



CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

MISSION
Services automatisés de référencement d’images
- *Rapport et proposition de modification législative* -

Pierre SIRINELLI, professeur à l’Université Paris 1, *Président*
Sarah DORMONT, Maître de Conférences à l’Université Paris-Est Créteil, *Rapporteur*

Novembre 2019

SOMMAIRE

SYNTHÈSE	5
INTRODUCTION	7
I. Le contexte législatif et jurisprudentiel dans lequel s'inscrit le référencement automatique d'images pas un moteur de recherche	8
II. L'opposabilité de principe des droits d'auteur des créateurs d'œuvres d'art plastique, graphique ou photographique aux services de référencement d'images.....	12
III. La technique de la licence étendue comme réponse aux difficultés soulevées par l'activité de référencement d'images	17
IV. Proposition de réforme des articles L. 136-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle	25
TABLE DES MATIÈRES.....	31

SYNTHÈSE

Les services de référencement d'images collectent et proposent aux internautes un nombre considérable de reproductions d'images, notamment de photographies, collectées par leur soin sur les réseaux numériques.

Ces actes mettent en œuvre le droit d'auteur relatif à ces créations. Les moteurs de recherche devraient donc les respecter puisque ces prestataires techniques ne peuvent mettre en avant, pour s'y soustraire, le bénéfice des articles 12 à 15 de la directive 2000/31 relatifs au commerce électronique (V. Rapport, II).

Afin de faciliter le recueil des autorisations nécessaires, la loi du 7 juillet 2016, votée à l'unanimité, avait mis en place, à propos de ces services de référencement d'images, un système de gestion collective obligatoire (V. Rapport, I-1). L'objet des articles L. 136-1 à L. 136-5 du code de la propriété intellectuelle était tant de permettre la rémunération des auteurs d'œuvres ainsi utilisées que de simplifier la tâche de ces services de référencement dans la recherche des autorisations nécessaires à cette utilisation. Le but était donc de permettre – au regard de l'immense multitude d'images concernées – un traitement de masse pour le recueil des autorisations associé à un système de redistribution permettant à chacun des créateurs de percevoir son dû.

Cette loi est restée ineffective faute de décret d'application (V. Rapport, I-2). Cette carence réglementaire s'expliquant vraisemblablement par les doutes qui pouvaient exister à propos de la conformité aux principes européens de droit d'auteur du système mis en place. L'objet de la Mission mise en place par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, à la demande du Ministre de la culture, était d'élaborer une autre construction juridique, permettant d'atteindre les mêmes objectifs, sans toutefois méconnaître les exigences européennes.

L'adoption de la directive du 17 avril 2019 en a offert la possibilité puisque ce texte prévoit en son article 12 le recours à un système de licence collective étendue dès lors que certaines conditions sont respectées (V. Rapport, III).

Le texte présenté par la Mission propose de transposer dans le droit français ce mécanisme pour l'appliquer aux services de référencement d'images (V. Rapport, IV).

Cette construction permettrait un traitement collectif, sur le territoire national, par un ou plusieurs organismes de gestion collective spécialement agréés.

Grâce à ce système, un organisme de gestion collective qui passe au nom de ses membres un accord de licence avec un service de référencement d'images peut étendre cet accord à d'autres auteurs qui pourtant ne font pas partie de ses membres.

Cette extension n'est possible qu'au profit de créateurs d'œuvres de mêmes catégories que celles visées dans la licence.

Le respect des droits d'auteur impose à cet organisme de prendre des mesures de publicité permettant, en amont, d'avertir tous les créateurs éventuellement concernés de l'extension de la licence conclue de sorte que les auteurs qui ne souhaiteraient pas profiter de ce système puissent manifester une volonté contraire (« opt-out »).

La mission propose donc de substituer aux articles L. 136-1 et suivants actuels du code de la propriété intellectuelle de nouvelles dispositions mettant en œuvre les principes qui viennent d'être exposés.

C'est dire que serait substitué au régime de gestion collective obligatoire originellement prévu un système de licence collective étendue conforme aux nouveaux principes énoncés par la directive du 17 avril 2019. De la sorte, tous les auteurs d'une catégorie d'œuvres pourraient recevoir une juste rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres, sans que

puisse exister aucune discrimination de traitement. Les auteurs qui préféreraient des contrats de gré à gré ou ceux qui souhaiteraient laisser leurs créations en libre accès se voient offrir la possibilité de ne pas être attraités dans la licence étendue. Les moteurs de recherche qui passeraient un accord avec le ou les organismes de gestion collective agréés verraient la mise en œuvre de leur obligation de passer un accord considérablement simplifiée.

INTRODUCTION

1. Les services de référencement d'images offrent aux internautes, à la requête de ces derniers, un accès à des millions d'images dont certaines illustreront leur demande. Ce type de services est proposé par plusieurs entreprises différentes, mettant à disposition du public des moteurs de recherche. L'usage en est pour l'internaute gratuit. Bien que ce caractère non onéreux soit indifférent pour l'appréciation de la mise en œuvre du droit d'auteur, les créateurs des œuvres ainsi reproduites et mises à disposition du public ne perçoivent pas de rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres ainsi offertes aux internautes. Si cette situation ne pose pas de problèmes à certains de ces auteurs, imprégnés d'une logique de libre accès, il n'en va pas de même pour la très grande majorité des autres qui regrettent tant l'absence de sollicitation de leur autorisation pour la mise en place de pareils services que l'absence de rémunération corrélative. Pour ces créateurs et leurs représentants, cette pratique relève de la contrefaçon. Pour autant, les tentatives de négociation avec les services de référencement n'ont jamais abouti à un accord visant expressément de tels usages et prévoyant une rétribution en échange. Il est vrai que, seuls ou représentés par leurs organismes de gestion collective, les auteurs peinent à conduire des discussions fructueuses face à des opérateurs beaucoup plus puissants qu'eux.

2. En raison des enjeux économiques, pratiques et sociaux soulevés par la pratique du référencement d'images réalisée par certains moteurs de recherche, le Parlement français est intervenu le 7 juillet 2016 pour mettre en place un système de gestion collective obligatoire. Il est renvoyé aux travaux parlementaires de ce texte pour l'exposé des motifs de pareille intervention et pour un examen des enjeux économiques. Ce dispositif poursuivait un double objectif : d'une part, permettre aux créateurs d'être rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres dans ce cadre, d'autre part, faciliter l'obtention d'autorisations au profit des moteurs sans avoir à multiplier les démarches malgré la multitudes d'œuvres en cause et donc d'auteurs concernés (I. 1).

3. Cette construction législative est restée ineffective en raison de l'absence de décret d'application. Cette situation s'explique sans doute par la prise en considération du pouvoir réglementaire d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne pouvant faire douter de la rectitude du dispositif législatif au regard du droit européen, notamment s'agissant du respect des principes destinés à protéger les intérêts des auteurs (I. 2).

4. Pourtant il est indiscutable que les services de référencement d'images mettent en œuvre le droit de reproduction et/ou le droit de communication au public (droit de représentation suivant l'appellation française). Comme il n'est pas douteux que les droits ainsi mis en œuvre sont bien opposables aux moteurs puisque ces derniers ne peuvent bénéficier des dispositions (articles 12 à 15) de la directive 2000/31 relative au commerce électronique (II).

5. Cette ineffectivité n'est pas simplement préjudiciable aux auteurs (et à leurs partenaires), elle gêne également ceux des services de référencement qui souhaiteraient inscrire leur activité dans un cadre licite. Elle est également dommageable pour la foi que l'on peut avoir en un système démocratique dans le Verbe du législateur. Pour cette raison le Ministre de la Culture a chargé le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique de mettre en place une Mission chargée d'étudier les voies devant permettre une évolution de la situation :

« Face à cette captation de valeur préjudiciable aux auteurs d'arts graphiques, plastiques et photographiques, le Parlement a adopté à l'unanimité, dans le cadre de la loi n° 2016-925 du 7 juillet

2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, un système de gestion collective obligatoire des droits pour assurer une juste rémunération aux photographes et plasticiens dont les œuvres sont reproduites et communiquées au public, sans autorisation préalable, par les services automatisés de référencement d'images.

Depuis lors, la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique est venue conforter l'objectif poursuivi par le législateur français à travers divers dispositifs visant à renforcer la capacité des créateurs à être rémunérés par les plateformes numériques qui exploitent leurs œuvres.

Dans ce contexte, le Ministre de la culture a exprimé sa volonté de modifier le dispositif relatif aux services automatisés de référencement d'images adopté dans le cadre de la loi du 7 février 2016 afin d'en assurer la mise en œuvre effective ».

6. C'est dans ce cadre, et après auditions tant des auteurs ou de leurs ayants droit que des services du ministère ou des opérateurs techniques, que la Mission, au vu des contraintes juridiques, des réalités techniques et de la diversité d'aspirations, propose une solution fondée sur la transposition en droit français du mécanisme de licence collective étendue mis en place par l'article 12 de la Directive 2019/790 du 17 avril 2019 (III). En effet, au regard de la masse d'images potentiellement concernées, la simple conclusion de contrats de gré à gré n'est pas envisageable ; il faut nécessairement se tourner vers la gestion collective. Dans cette optique la voie de la licence étendue paraît celle qui permet de combiner efficacité et sécurité juridique.

7. Ce système viendrait donc substituer aux articles L. 136-1 et s. actuels du Code de la propriété intellectuelle (CPI), prévoyant un système de gestion collective obligatoire, un mécanisme de licence collective étendue répondant aux exigences du texte européen (IV). Cette voie permet d'associer l'ensemble des auteurs d'un secteur concerné aux bénéfices d'une licence conclue avec un service de référencement par un organisme de gestion collective agréé. Elle offre aussi aux auteurs qui ne souhaitent être inclus dans cette licence de manifester (« *opt out* ») leur volonté d'exclusion après en avoir été avertis par un mécanisme de publicité. L'ensemble continuant de permettre d'assurer une certaine sécurité aux services de référencement dont l'activité est simplifiée grâce à l'existence de ce mécanisme collectif.

I. Le contexte législatif et jurisprudentiel dans lequel s'inscrit le référencement automatique d'images pas un moteur de recherche

8. En raison des enjeux qui ont été précédemment exposés et face au phénomène de « *captation de la valeur* » constaté, la loi *Liberté de création, architecture et patrimoine* (ci-après LCAP) du 7 juillet 2016¹ avait tenté d'encadrer l'activité de référencement automatique d'images par les moteurs de recherche et mis en place un système de gestion collective obligatoire (I. 1.). Le dispositif voté, à l'unanimité, par le Parlement n'a cependant jamais été mis en œuvre faute de décret d'application, la carence réglementaire s'expliquant sans doute par la concomitance du prononcé d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui, à propos d'une autre loi, a invalidé un système de gestion collective obligatoire proche (I. 2.).

¹ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JORF n° 158 du 8 juillet 2016 (ci-après « loi LCAP »).

I. 1. Le mécanisme voulu par le législateur dans la loi Liberté de création, architecture et patrimoine (LCAP) : une gestion collective obligatoire

9. Problèmes posés par l'activité de référencement automatique d'images par les moteurs de recherche. La situation constatée en 2016 par le législateur est celle d'une utilisation des œuvres par les moteurs de recherche sans autorisation ni rémunération des auteurs. Cette situation crée à leur détriment un préjudice patrimonial et éventuellement moral². Par ailleurs, le fonctionnement des moteurs de recherche lors de l'indexation des images est également préjudiciable pour les sites sources qui ont fait la démarche de liciter l'utilisation des œuvres et payent pour cet usage : les internautes peuvent être détournés de ces sites et se contenter d'accéder aux images des œuvres uniquement *via* le service proposé par le moteur de recherche, ce qui diminue d'autant l'audience des sites source et bouleverse leur modèle économique³. C'est ainsi qu'a émergé une préoccupation majeure pour mieux répartir la valeur de l'exploitation des œuvres, notamment dans le secteur des arts visuels. La loi LCAP a cherché à mettre en place un système permettant aussi bien de liciter l'usage des images des œuvres par les moteurs de recherche effectué pour répondre aux requêtes des internautes que d'octroyer une rémunération aux auteurs des œuvres concernées⁴. La construction retenue devait être ainsi, dans l'esprit du législateur, favorable aux deux séries de protagonistes.

10. Le référencement automatique dans la loi LCAP. Le chapitre II de la loi LCAP⁵ était consacré au « *partage* » et à la « *transparence des rémunérations dans les secteurs de la création artistique* ». C'est en particulier pour l'activité de référencement en ligne des œuvres d'art graphiques, plastiques ou photographiques par les moteurs de recherche que le législateur a cherché à assurer les conditions d'un meilleur partage de la valeur : l'article 30 de la loi LCAP, par la suite codifié aux articles L. 136-1 et s. du CPI, est dédié à cette question⁶. Selon les dispositions adoptées, le référencement automatique consiste, pour un moteur de recherche, à reproduire et mettre « *à la disposition du public des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques collectées de manière automatisée à partir de services de communication au public en ligne* »⁷.

11. Économie de la réglementation sur le référencement. La loi LCAP a mis en place le système suivant : la publication en ligne « *d'une œuvre d'art plastique, graphique ou photographique* » déclenche la mise en gestion collective des droits sur cette œuvre pour son référencement par un

² V. *infra* II. pour les analyses tendant à montrer que l'activité d'un moteur de recherche d'images donne prise au droit d'auteur.

³ Ce constat s'inscrit dans un contexte où la situation économique est particulièrement difficile pour le monde de la photographie, et notamment pour les agences photos. Sur les effets économiques du référencement d'images hors contexte, on se reportera au rapport du CSPLA relatif au *Référencement des œuvres sur Internet* issu de la Commission présidée par Mmes V.-L. Benabou, J. Farchy et C. Méadel, juillet 2013 (ci-après « rapport référencement de 2013 »), spéc. p. 61-62 : « *sur Google images, la prévisualisation des images est possible hors contexte ; [...] de ce fait, aucun clic ne vient alimenter le score du site source dont le classement dans les moteurs de recherche devient médiocre. [...] Si l'on se place dans l'hypothèse d'un site source qui aurait comme modèle d'affaire la publicité ou l'abonnement, ce développement des services de recherche est susceptible de lui porter préjudice. Il a été fait valoir que, même sans publicité, ou abonnement, le simple fait de ne pas avoir de visiteur sur le site peut être préjudiciable à plusieurs égards. Le visiteur qui ne se rend pas sur le site ne va pas consulter les autres pages du site et notamment celles proposant licitement des livres ou des produits dérivés (offerts contre paiement), celles faisant la promotion d'une exposition en cours (à entrée payante)...* ».

⁴ V. Varnerot, « La gestion collective du droit de reproduction et de représentation des œuvres d'arts visuels par les services automatisés de référencement d'images », *Comm. Comm. Électr.* n° 1, janv. 2018, étude 1, pp. 10-16.

⁵ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JORF n° 158 du 8 juillet 2016 (ci-après « loi LCAP »).

⁶ On notera que cet article a été adopté à l'unanimité par la représentation nationale.

⁷ Article L. 136-1 du CPI.

moteur de recherche ; ce dernier ne peut utiliser les œuvres pour le référencement qu'à condition d'avoir passé une licence avec l'organisme de gestion collective compétent⁸. L'économie du système repose ainsi sur un système de gestion collective obligatoire avec, d'un côté, une mise en gestion déclenchée par la publication d'une œuvre en ligne⁹, et, de l'autre côté, un accord liant l'organisme de gestion collective agréé et l'utilisateur des œuvres, soit les moteurs de recherche. Les dispositions sur le référencement issues de la loi LCAP, codifiées aux articles L. 136-1 et s. du CPI, n'ont toutefois jamais été mises en œuvre, faute de décret d'application. Il semblerait que ce soit l'incompatibilité entre le système voulu par le législateur français et le droit européen qui explique l'inertie du pouvoir réglementaire en la matière, le mécanisme de la gestion collective obligatoire ayant été soumis à l'analyse de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et censuré par cette dernière à l'occasion de l'affaire *Soulier et Doke*¹⁰, concomitamment au moment où devait être adopté le décret.

I. 2. La censure d'un système de gestion collective obligatoire, hors autorisation d'un texte européen, par l'arrêt Soulier et Doke de la CJUE

12. Le cas *Soulier et Doke*. Le 16 novembre 2016, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt qui concerne la législation française sur les livres indisponibles¹¹ mais intéresse directement le mécanisme des articles L. 136-1 et s. du CPI sur le référencement automatique. En effet, les dispositions françaises sur les livres indisponibles reposaient sur un système de gestion collective obligatoire pour l'exploitation numérique des livres indisponibles : le système présumait, sous certaines conditions, le consentement des ayants droit à ce qu'une société de gestion collective gère leurs droits relatifs à l'exploitation numérique de leurs œuvres devenues indisponibles. Un contentieux est né en France relativement à ce mécanisme qui a conduit à la transmission d'une question préjudicielle par le juge français aux juges européens. La question soulevait le problème de la conformité du système de gestion collective obligatoire prévu pour l'exploitation des livres indisponibles avec les dispositions européennes, en particulier les articles 2 et 5 de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information¹².

13. Nécessité d'une information effective individualisée des auteurs. À l'issue d'une analyse circonstanciée du mécanisme de gestion collective obligatoire mis en place pour l'exploitation des livres indisponibles, et malgré les précautions prises par le législateur français, la Cour de justice a conclu à l'incompatibilité du système avec les normes européennes¹³. La Cour a

⁸ Article L. 136-2 du CPI.

⁹ À l'instar de la gestion du droit de reprographie, v. l'article L. 122-10 du CPI, qui dispose que la publication d'un livre déclenche la mise en gestion collective automatique du droit de reprographie pour l'œuvre concernée.

¹⁰ CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Soulier et Doke* (ci-après « arrêt *Relire* » ou « arrêt *Soulier et Doke* »). V. V.-L. Benabou, « Pourquoi l'arrêt Soulier et Doke dépasse le cas ReLire : le contrôle par la CJUE des modalités de l'autorisation préalable de l'auteur », *Dalloz IP/IT* n°2 févr. 2017, pp. 108-112.

¹¹ Loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^{ème} siècle, *JORF* n° 53 du 2 mars 2012, p. 3986.

¹² Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOUE* L 167, 22 juin 2001, pp. 10-19 (ci-après « directive InfoSoc »). L'article 2 de la directive InfoSoc définit le droit de reproduction reconnu aux auteurs ; l'article 5 est relatif aux exceptions aux droits patrimoniaux.

¹³ La gestion collective obligatoire existe en France et a perduré postérieurement à l'arrêt *Soulier et Doke* dans le cadre de la gestion du droit de reprographie prévue aux articles L. 122-10 et s. du CPI. Ces dispositions n'ont jamais fait l'objet de contestation. On ajoutera que la mise en place d'un système aussi efficace que celui relatif à la reprographie

pris soin de rappeler la nature préventive du droit d'auteur et, corrélativement, le principe du consentement préalable des ayants droit avant l'exploitation de leurs œuvres¹⁴. Or, pour elle, le système mis en place par le législateur français pour l'exploitation des œuvres indisponibles ne reposait pas sur une information préalable, « *effective et individualisée des auteurs* »¹⁵. Dans ces conditions, et faute d'exception ou de limitation spécifique prévue par le droit européen¹⁶, l'absence d'opposition de ces derniers ne pouvait être analysée comme un consentement même implicite à l'utilisation de leurs œuvres¹⁷. L'information effective et individualisée des auteurs constitue donc un point cardinal dans le raisonnement de la Cour et l'absence d'un tel mécanisme suffit à invalider le système de gestion collective obligatoire mis en place, alors même qu'un double système d'*opt-out* avait été prévu par le législateur français¹⁸.

14. Possibilité d'un consentement implicite. La Cour a toutefois pris le soin de préciser que les textes européens n'imposaient pas que soit systématiquement recueilli le consentement des ayants droit ainsi que le respect des lourdes exigences formelles en matière de contrats d'auteur. Selon l'arrêt *Soulier et Doke*, un consentement implicite est envisageable s'il est doublement encadré¹⁹ :

- (i) en amont il est nécessaire d'informer préalablement les ayants droit de l'existence du système
- (ii) en aval les ayants droit doivent avoir la possibilité de sortir du système de gestion collective (système de l'*opt-out*).

15. Paralysie des dispositions de la loi LCAP. Il est donc probable que les leçons tirées par l'affaire *Soulier et Doke* aient conduit le Conseil d'Etat à douter de la conformité du dispositif français aux principes fondamentaux du droit d'auteur dégagés par la Cour de justice et, par voie de conséquence, aux principes français relatifs au droit de propriété dont le droit d'auteur a la nature. De façon assez paradoxale, c'est le respect du droit d'auteur qui a eu pour conséquence l'abandon d'un système dont l'un des objectifs était pourtant l'amélioration de la situation des créateurs. Est-il possible de continuer à poursuivre ce but tout en empruntant une autre voie juridique – régulière – pour l'atteindre ? Car il n'est pas douteux que les services de référencement d'images mettent bien en œuvre le droit d'auteur et puissent se voir opposer les règles applicables en la matière.

pour le référencement automatique des œuvres est d'autant plus nécessaire que le référencement par un moteur de recherche concerne une masse d'œuvres bien plus importante que les livres concernés par la reprographie.

¹⁴ Décision *Soulier et Doke* de la Cour de justice précitée.

¹⁵ V. notamment point 43 de l'arrêt *Soulier et Doke*.

¹⁶ V. notamment le paragraphe 26 de l'arrêt *Soulier et Doke*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ La loi sur les livres indisponibles prévoyait, d'une part, la possibilité pour l'ayant droit de s'opposer en amont à l'exploitation numérique de son œuvre littéraire dans un délai de 6 mois après l'inscription de l'œuvre dans la base de données instituée à cet effet (base de données *Relire* gérée par la BNF, prévue à l'article L. 134-2 du CPI). D'autre part, une fois le délai de 6 mois dépassé, l'auteur conservait un droit d'opposition conjointement avec l'éditeur titulaire du droit de reproduction (article L. 134-6 du CPI).

¹⁹ Ce que l'Avocat général avait exclu dans ses conclusions, v. notamment les points 38-39 de ses conclusions.

II. L'opposabilité de principe des droits d'auteur des créateurs d'œuvres d'art plastique, graphique ou photographique aux services de référencement d'images

16. Le référencement automatique d'images par un moteur de recherche donne prise au droit d'auteur. Le référencement automatique d'images par un moteur de recherche repose sur des actes d'exploitation des œuvres référencées²⁰, ce qui soumet l'activité de référencement au droit d'auteur (II. 1.). Toutefois, certaines analyses tendent à démontrer que le moteur de recherche qui réalise un tel référencement ne procède pas à des actes soumis au droit d'auteur. Une première série d'arguments renvoie au statut ou à la nature des moteurs de recherche (II. 2.). Une seconde se rattache à la technique par laquelle les images sont présentées, les hyperliens, qui permettrait d'échapper au droit d'auteur (II. 3.). Enfin, selon certaines analyses, les ayants droit dont les œuvres sont référencées sur Internet ont implicitement donné leur consentement à un tel référencement (II. 4.). Aucun de ces arguments n'emporte toutefois la conviction.

II. 1. Le référencement automatique d'images par un moteur de recherche repose sur des actes de mise en œuvre des droits d'auteur relatifs aux œuvres référencées

17. Fonctionnement des moteurs de recherche d'images. Le référencement automatique d'images effectué par les moteurs de recherche propose les services suivants : lorsqu'un internaute procède à une requête dans la fonctionnalité images du moteur, ce dernier présente l'ensemble des images correspondant à la requête que le moteur a pu trouver dans différentes sources du web sur une page, un mur d'images. Suivant les versions des moteurs, le site source de l'image est ou non indiqué sous chaque image²¹. L'internaute peut ensuite cliquer sur une image de son choix, ce qui a pour effet d'ouvrir un panneau intermédiaire²². Il est également possible, dans certaines versions des moteurs de recherche, d'avoir accès à l'image sur le site source en cliquant une nouvelle fois dessus.

18. Actes d'exploitation des œuvres. Concrètement, les images sur le mur – première étape de la réponse à la requête dans *Google images* – sont stockées dans un petit format dans les serveurs des moteurs de recherche²³. Cette manière de référencer les images d'œuvres souligne une différence importante entre la problématique de référencement des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques et le référencement d'œuvres d'autre nature – musicales, littéraires ou audiovisuelles. Pour ces dernières, le référencement peut reposer sur un emprunt qui ne reprend pas des éléments protégés. En revanche, lorsque c'est une œuvre d'art plastique, graphique ou photographique qui est référencée, le référencement repose presque systématiquement sur la reprise d'éléments protégés (la combinaison de traits, formes et/ou couleurs de l'œuvre en question). Le fait que le référencement d'images d'œuvres soit effectué en

²⁰ Au sens purement juridique du terme. Le CPI ne distinguant pas entre actes à titre onéreux et actes à titre gratuit.

²¹ Les fonctionnalités et la présentation des images varient suivant les différentes versions des moteurs de recherche. On a noté une modification des fonctionnalités et de l'affichage proposé par *Google images* en France entre le début de la mission, au mois de juin 2019 et la fin en novembre 2019.

²² Actuellement, pour *Google images*, ce panneau intermédiaire se situe sur la droite de l'écran et ne masque qu'une partie du mur. Dans d'autres versions du moteur de recherche, le panneau intermédiaire prenait plus de place et masquait le mur d'images de la première étape. Pour le moteur de recherche *Quant* on trouve également un mur d'images et lorsque l'internaute clique sur l'une d'elles l'image apparaît en plus gros sur la page web, en masquant en partie les autres images du mur.

²³ C'est ce que l'on peut déduire des adresses associées à ces images ; les moteurs de recherche reconnaissent eux-mêmes ce stockage.

petit format ne modifie pas l'analyse du point de vue du droit français²⁴. **Pour les images protégées par le droit d'auteur, il y a donc bien, à un moment du processus, un acte de reproduction de la part des moteurs de recherche puisque les œuvres sont « fixées matériellement »²⁵, stockées et ensuite communiquées au public sur la page de *Google images*. Les reproductions s'affichant sur le mur d'images et à l'écran, elles sont ainsi communiquées au public par le biais d'une représentation.** Pour le panneau intermédiaire – seconde étape –, l'image est présentée suivant une technique variable. Il est possible d'identifier, dans une première approche, une communication de l'œuvre au public – un acte de représentation indirecte de l'œuvre dans une terminologie plus classiquement française – puisque le moteur permet au public d'y avoir accès. Certaines techniques utilisées comme les liens hypertextes pourraient modifier l'analyse à la marge mais uniquement pour ce panneau intermédiaire et seulement pour certaines versions des moteurs de recherche²⁶.

Cependant, en tout état de cause, il convient de redire que lorsque la vignette reproduit une œuvre, sa présentation sur le mur d'images constitue bien un acte de communication au public²⁷. La technique de l'hyperlien ne doit être envisagée qu'à propos de l'œuvre stockée sur le site pointé. Et même pour ces œuvres ainsi visées, le droit de communication au public peut être considéré comme parfois mis en œuvre suivant les critères de la Cour de justice de l'Union européenne.

II. 2. La technique du référencement ne permet pas aux moteurs de recherche d'échapper aux règles de droit d'auteur

19. Absence de régime spécifique pour les moteurs. La directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000²⁸ a organisé un système de régimes spéciaux de responsabilité pour les intermédiaires techniques qui correspondent à une responsabilité atténuée : c'est uniquement en cas de connaissance de l'illicéité d'un contenu après notification et d'absence de retrait prompt que la responsabilité de l'opérateur peut être engagée²⁹. Dans ce cadre, seules quatre activités ont été envisagées par la directive qui permettent de bénéficier d'un régime de responsabilité atténuée : les transporteurs, les fournisseurs d'accès, les hébergeurs et les opérateurs de cache. Les moteurs de recherche et leur activité de référencement n'ont pas fait l'objet d'un traitement spécifique par la directive commerce électronique, pas plus que par loi française dite « loi pour la confiance dans l'économie numérique » (LCEN) qui a transposé le texte européen³⁰. Pour bénéficier des régimes spéciaux de responsabilité, il est nécessaire de rentrer dans une des

²⁴ V., pour de plus amples développements sur cette idée, le très riche rapport du CSPLA relatif au *Référencement des œuvres sur Internet* (« rapport référencement de 2013 »).

²⁵ Art. L. 122-3 du CPI qui définit l'acte de reproduction au sens du droit d'auteur.

²⁶ V. *infra* II. 3.

²⁷ Précédé d'un acte de reproduction.

²⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOUE* L 178, 17 juin 2000, pp. 1-16 (« directive sur le commerce électronique »).

²⁹ Cette particularité repose à la fois sur une volonté politique de permettre, au début des années 2000, un développement des activités numériques et sur un présupposé de neutralité technique – présupposé qui se transforme, d'ailleurs, en une obligation de neutralité et de passivité des intermédiaires techniques, au risque de ne plus bénéficier des régimes susvisés. V. les plus amples développements du rapport référencement de 2013, spéc. p. 73.

³⁰ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF* du 22 juin 2004 p. 1168 (ci-après « loi LCEN »).

catégories de la directive, c'est-à-dire, répondre aux critères qui fondent la qualification juridique. Les qualifications de transporteur et de fournisseur d'accès n'étant pas envisageables³¹, on évoquera l'hypothèse du stockage temporaire (*caching*) et la qualification d'hébergeur.

20. L'hypothèse du stockage temporaire (*caching*) inenvisageable. Les moteurs de recherche pourraient-ils bénéficier de l'exception de *caching*? Un temps invoquée par les moteurs de recherche pour échapper au droit d'auteur, cette analyse ne saurait prospérer, ne serait-ce qu'en raison du caractère ni temporaire ni transitoire de l'acte de reproduction réalisé par le moteur lorsqu'il propose des images sur un mur. D'ailleurs, la Cour de cassation a explicitement rejeté l'analyse en 2012 dans l'important arrêt *aufeminin.com* qui traite précisément de la question de la qualification juridique des moteurs de recherche et en particulier du service images de la société *Google*. Dans cette affaire, la société *Google* invoquait le fait de ne réaliser que des stockages temporaires (*caching*). La Cour de cassation rejette le moyen : elle relève les constatations suivantes des juges du fond :

« ces sociétés avaient procédé à la réduction de la photographie litigieuse sous forme de vignette [...] celle-ci demeurait stockée sur le site de Google Images, où elle pouvait faire l'objet d'un agrandissement, au-delà et indépendamment des strictes nécessités d'une transmission ».

De telles constatations excluaient, pour la Cour de cassation, « la qualification retenue par l'article L. 32-3-4 du code des postes et des communications électroniques », soit la technique du *caching*. L'attendu de la Cour de cassation insiste d'ailleurs sur le rôle actif du moteur de recherche *Google images* puisque les images sont réduites, stockées, et qu'elles peuvent par la suite faire l'objet d'un agrandissement. Cette analyse du rôle actif ou passif des moteurs, presque incidente dans le passage invoqué, renvoie à une autre interrogation sur le statut de ces intermédiaires techniques, la qualité d'hébergeur.

21. La qualité d'hébergeurs exclue. Les moteurs de recherche pourraient-ils être qualifiés d'hébergeurs et bénéficier, ainsi, de ce régime de responsabilité atténuée prévu par la *loi pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN)³² ? Là encore, l'analyse ne convainc pas. L'hébergeur est, selon l'article 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, la personne physique ou morale qui assure, « même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services »³³. Cette définition ne correspond pas à l'activité de référencement et notamment de référencement d'images puisque, dans ce cas, ce n'est pas l'internaute qui fournit directement au moteur de recherche les images en question à des fins de stockage ; le moteur de recherche ne se contente pas de stocker des éléments à la demande d'internautes, il recherche, *via* des dispositifs techniques reposant sur ses algorithmes, des images correspondant à la requête de l'internaute³⁴. Le rôle actif du service de référencement d'images paraît donc indiscutable. Ce qui, en soi, suffit à écarter la qualification d'hébergeur.

³¹ V. toutefois l'analyse plus nuancée du rapport référencement de 2013 sur la qualification des moteurs de recherche en fournisseurs d'accès.

³² Loi LCEN précitée.

³³ Nous soulignons.

³⁴ C'est également pourquoi l'analyse retenue par la Cour de justice dans son arrêt *Adwords* en 2010 (CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, *Google France SARL, Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA* (« arrêt *Adwords* »)), qui tend à permettre aux moteurs de recherche de bénéficier de la responsabilité atténuée issue de la directive commerce électronique, ne semble pas pouvoir être transposée, telle, quelle, à la fonctionnalité *images* d'un moteur de recherche.

II. 3. Le recours partiel aux hyperliens ne suffit pas à échapper totalement au droit d'auteur³⁵

22. **Arrêts *Svensson* et *Bestwater*.** Les moteurs de recherche avancent que les murs d'images reposent sur la technique des hyperliens, en particulier de la transclusion (ou « *framing* ») du moins pour certaines fonctionnalités³⁶. À supposer que cela soit bien le cas, la mise en œuvre des jurisprudences *Svensson*³⁷ et *Bestwater*³⁸ permettrait de considérer que les images ainsi référencées ne sont pas systématiquement soumises à l'autorisation des ayants droit. Du moins faut-il distinguer suivant les conditions de la mise en ligne initiale. Lorsque des reproductions d'œuvres – photos, œuvres graphiques, plastiques – sont placées initialement sans restriction et licitement sur des sites puis ensuite référencées par un moteur de recherche *via* la technique de l'hyperlien, l'acte de référencement échappe au droit d'auteur. Mais la jurisprudence *Svensson*³⁹ suppose donc (i) qu'on soit bien en présence d'un hyperlien et (ii) que les œuvres référencées soient elles-mêmes en amont licitement présentes sur les sites sources.

23. **Arrêt *GS Media*.** Lorsque l'œuvre est illicitement mise en ligne en amont, ce sont les critères dégagés par l'arrêt *GS Media* qui s'appliquent⁴⁰. On s'interroge sur la connaissance, par le créateur du lien, du caractère illicite de la mise en ligne initiale. En cas de connaissance de l'illicéité, le lien est alors soumis au droit d'auteur ; dans le cas contraire, le lien y échappe. Dans le cadre de ce critère de connaissance de l'illicéité, la CJUE a mis en place une présomption au regard du critère lucratif ou non de l'activité. Si celui qui crée le lien poursuit une activité lucrative, on présume qu'il connaissait le caractère illicite de la mise en ligne initiale. Or on ne peut raisonnablement douter du caractère lucratif de l'activité d'un moteur de recherche, quand bien même les opérateurs concernés déclarent que l'activité spécifique du référencement d'images ne génère aucun revenu.

Au regard de cette jurisprudence, à supposer que l'activité de référencement d'images repose bien sur la création d'hyperliens, il y a donc deux hypothèses :

- (i) pour les œuvres mises en ligne licitement et sans restriction d'accès, le moteur peut librement référencer les images en question sur son mur d'images s'il n'a recours qu'à des liens hypertextes
- (ii) pour les œuvres mises en ligne illicitement, le moteur est en tout état de cause soumis au droit d'auteur

Cette analyse souligne, si cela était encore nécessaire, la complexité de mise en œuvre et l'incohérence des jurisprudences *Svensson* et *GS Media*. **Elle rend peut-être également d'autant plus nécessaire un système qui permet de liciter l'activité des moteurs de recherche, indépendamment des conditions de mise en ligne initiale des images des œuvres.** Quoi qu'il en soit, l'analyse sur les hyperliens ne vaut probablement que pour une partie de l'activité du

³⁵ Pour une analyse plus détaillée, v. l'opinion de S. von Lewsinski, « Automated image referencing services – Analysis of draft provisions of the European Parliament and of the Council and Proposals for the Trilogue regarding the DSM Directive », écrit pour l'European Visual Artists (EVA), Bruxelles, 3 décembre 2018.

³⁶ Du moins, le recours à cette technique semble en effet pouvoir être identifiée, dans certaines versions des moteurs de recherche.

³⁷ CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson*.

³⁸ CJUE, ord., 21 oct. 2014, aff. C-348/13, *BestWater*.

³⁹ Prolongée par l'ordonnance *BestWater*.

⁴⁰ CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Media*.

moteur de recherche ; il y a de toute manière des actes de reproduction opérés par ce dernier, ne serait-ce que pour les images en petit format ainsi que des actes de communication de ces vignettes au public à partir du mur d'images. Dès lors, ce n'est pas la jurisprudence *Svensson* et ses suites qui est pertinente mais la décision *Cordoba*.

24. L'arrêt *Cordoba*. L'activité de référencement repose *a priori* au moins en partie sur la reproduction des œuvres : c'est le cas pour le mur d'images qui présente des reproductions d'images en petit format⁴¹ puisque ces dernières sont stockées dans les serveurs des moteurs de recherche⁴². Or lorsque sont en cause des reproductions d'œuvres déjà présentes sur Internet, c'est l'arrêt *Cordoba*⁴³ qui a vocation à s'appliquer et l'approche est plus favorable à l'ayant droit que lorsque l'utilisateur a recours aux liens hypertextes⁴⁴. La partie de l'activité des moteurs de recherche qui repose sur la réalisation de copies d'œuvres – soit le mur d'images – suppose donc nécessairement l'autorisation des ayants droit dont les œuvres protégées sont indexées.

II. 4. L'argument de l'existence d'un consentement implicite du fait de l'absence d'opposition des ayants droit est irrecevable

25. Est-il possible de considérer, à l'instar de ce qu'avancent certains moteurs de recherche⁴⁵, que les ayants droit qui ne prennent pas de mesures pour échapper au référencement automatique par un moteur de recherche donnent implicitement leur consentement pour être référencés ?⁴⁶ Un tel raisonnement conduirait à considérer que *Google* procède à des actes de reproduction et de représentation implicitement autorisés par les ayants droit. Il est loisible de formuler quelques observations à l'encontre de cette argumentation.

(i) On observera qu'elle s'inscrit dans une logique au rebours de celle imposée par tous les canons du droit d'auteur puisque, à suivre ce raisonnement, ce ne serait plus à celui qui désire utiliser une œuvre d'accomplir des démarches pour recueillir l'autorisation expresse de l'ayant droit mais à celui qui ne veut pas avoir son œuvre ainsi exploitée de manifester expressément son refus d'une telle utilisation. D'une logique d'autorisation préalable (« *opt in* ») qui irrigue tout le droit d'auteur, on basculerait ainsi – hors texte international le permettant – dans une démarche d'« *opt out* ». Or, quand bien même des outils seraient offerts aux ayants droits pour manifester leur désaccord, cela ne devrait normalement pas être à eux de se montrer actifs pour que soit tranchée la question de l'existence ou de l'absence de leur consentement. L'argumentation mise en avant par les

⁴¹ Le droit français envisage ce type d'actes de reproduction comme des reproductions au sens du droit d'auteur, peu important le format réduit. Il y a donc soumission au droit d'auteur. Le droit américain pourrait avoir, dans le cadre du *fair use*, une solution différente. Toutefois l'analyse américaine n'exclut pas que l'acte accompli soit un acte de reproduction. Simplement, ce dernier échappe à l'exigence d'une autorisation et d'une rémunération parce qu'il entre dans le champ d'une exception.

⁴² L'adresse de l'image en format réduit permet de s'en convaincre.

⁴³ CJUE, 7 août 2018, aff. 161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff* (« *Cordoba* »).

⁴⁴ La différence d'approche de la Cour de justice s'explique par le fait que cette dernière considère qu'il est nécessaire de permettre aux ayants de garder la maîtrise de leurs œuvres. Or, selon la Cour, lorsqu'un utilisateur crée un lien hypertexte pointant vers une œuvre, l'ayant droit garde la maîtrise de son œuvre puisqu'il peut toujours choisir de la faire disparaître, ce qui n'est pas le cas si une copie de l'œuvre a été effectuée. Cette analyse reste techniquement et juridiquement discutable mais elle explique la différence opérée par la Cour et elle limite fortement la portée des arrêts sur les liens hypertextes.

⁴⁵ V. par exemple l'argument avancé par *Google* dans l'arrêt CA Paris, 26 janvier 2011, *SAIF c. Google France*, n° RG 80/13423. *Adde* C. Manara, « Référencement et droit d'auteur », *Propr. Intell.* n° 19, avril 2006, pp. 147-154.

⁴⁶ Par le jeu des métadonnées inscrites dans le fichier de l'image, il est possible d'empêcher ce type de référencement.

moteurs de recherche inverse non seulement le processus d'offre et d'acceptation mais fait du silence une manifestation de cette dernière. Sauf à considérer que l'auteur qui laisse des reproductions de ses œuvres sur des sites serait, sans même le savoir, dans une situation d'offre permanente et indéterminée, ce qui est loin de répondre aux exigences classiques d'échange des volontés en droit français. À quoi on ajoutera que le prétendu contrat ainsi passé ne répond à aucune des exigences du formalisme posé par les articles L 131-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

En résumé, imposer aux ayants droit de se manifester ou d'agir pour que soit connue leur volonté de ne pas être référencés revient à renverser la logique du consentement préalable, voire à imposer des formalités en matière de droit d'auteur, ce qui a précisément été condamné par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), notamment dans l'affaire *Soulier et Doke*⁴⁷.

(ii) On observera cependant que l'argumentation ainsi présentée par certains prestataires techniques est une forme indiscutable de reconnaissance de la nécessité d'un consentement des auteurs pour le référencement des images (licence implicite). Et donc une reconnaissance de leur part des actes de mise en œuvre des droits d'auteur qu'ils accomplissent dans cette activité⁴⁸.

Lorsque l'on envisage l'activité de référencement d'images par les moteurs de recherche dans son ensemble, l'analyse juridique conclut à la nécessité d'obtenir l'autorisation des ayants droit des œuvres concernées.

III. La technique de la licence étendue comme réponse aux difficultés soulevées par l'activité de référencement d'images

26. Le droit d'auteur étant opposable aux services de référencement d'images, il y a lieu de régler la question de l'obtention de l'autorisation nécessaire. Une analyse des questions pratiques et juridiques montre que la voie qui paraît le mieux concilier les intérêts des auteurs – désireux ou non d'obtenir une rémunération – et ceux des moteurs de recherche est celle de la licence collective étendue (III. 1.). Cette dernière solution ne peut cependant être mise en œuvre que dans le respect des exigences posées par l'article 12 de la Directive 2019/790 du 17 avril 2019 (III. 2.).

III. 1. Les raisons du recours à la technique de la licence collective étendue

27. **Le contrat de gré à gré, une technique possible mais inadaptée.** L'opposabilité du droit d'auteur au service de référencement implique que ce dernier doit obtenir une autorisation des créateurs des images reproduites et représentées au public. La difficulté tient alors à la multitude de créations concernées, soit plusieurs milliards.

Lorsqu'une autorisation de la part d'un ayant droit doit être recueillie par un utilisateur, il y a deux modalités envisageables. Soit la conclusion d'un contrat de gré à gré qui lie directement l'ayant

⁴⁷ Arrêt *Soulier et Doke* précité, spécialement points 33-34 pour l'importance du principe de l'autorisation préalable. V. *supra* pour une analyse plus détaillée.

⁴⁸ V. le rapport du CSPLA sur le référencement précité, spéc. p. 21.

droit à l'utilisateur de l'œuvre et détaille précisément le périmètre de la cession⁴⁹ ou de la licence. Soit le recours à la gestion collective⁵⁰. Au regard de la quantité d'images concernées par le référencement automatique, la gestion individuelle ne paraît pas être la voie la plus aisée à mettre en œuvre. La particularité de l'activité de référencement impose plutôt le recours à la gestion collective. La directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE du 17 avril 1992 (ci-après, DAMUN) ne le dit pas autrement :

« Étant donné la nature de certaines utilisations ainsi que le nombre habituellement élevé d'œuvres ou autres objets protégés concernés, les coûts de transaction liés à l'acquisition des droits individuels auprès de chaque titulaire de droits concerné sont prohibitifs. Il en résulte qu'il est peu probable que, sans des mécanismes effectifs d'octroi de licences collectives, toutes les transactions dans les domaines concernés qui sont requises pour permettre l'utilisation de ces œuvres ou autres objets protégés se réaliseraient »⁵¹.

28. L'utilité et les limites de la gestion collective volontaire classique. Le recours à la gestion collective ne résout pas en soi tous les problèmes. Son utilité pour les auteurs membres de l'organisme de gestion collective est indéniable mais le champ ainsi couvert peut être trop étroit si l'on se place du point de vue du service de référencement. L'activité de référencement automatique par un moteur de recherche va bien au-delà de l'utilisation de répertoires prédéfinis. En réalité, **c'est moins la quantité d'utilisations qui pose problème que l'impossibilité de savoir quelles œuvres vont être utilisées par le moteur de recherche dès lors que ces utilisations proviennent des requêtes effectuées par les internautes. La particularité de cette activité réside dans le fait que si l'acte de reproduction et / ou de communication au public des œuvres est bien effectué par le moteur, c'est l'internaute qui définit l'objet de la requête.** Et cette requête est totalement indépendante des répertoires représentés par les organismes de gestion collective. Envisager de couvrir l'activité des moteurs de recherche par le recours à une gestion collective classique pourrait représenter un danger pour les utilisateurs – les moteurs de recherche – puisque ces derniers devraient, d'un côté, payer pour l'utilisation potentielle d'un répertoire sans être assurés, de l'autre côté, que leur activité de référencement est totalement couverte par l'autorisation ainsi recueillie. Dans l'hypothèse où un internaute procéderait à la recherche de l'image d'une œuvre qui ne fait pas partie des répertoires des organismes avec lesquels les accords ont été conclus, l'activité reste au moins en partie contrefaisante. C'est précisément pour pallier ce danger que la technique de la licence étendue doit être envisagée.

29. L'utilité du recours à la technique de la licence étendue. L'un des remèdes aux difficultés précédemment évoquées peut être trouvé dans le recours à un système de gestion collective obligatoire. C'était la voie suivie par le Parlement français dans la loi de 2016. Mais cette construction, outre qu'elle souffrait de défauts qui ont déjà été soulignés en raison des contraintes du droit européen, n'était pas perçue comme très heureuse par des auteurs qui ne souhaitaient pas devoir entrer et se voir enfermés dans pareil système. Pour cette raison, et pour

⁴⁹ Art. L. 131-3, al. 1 du CPI : « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

⁵⁰ Pour une présentation complète du mécanisme de la gestion collective et notamment ses avantages on se reportera à l'étude de M. Ficsor pour l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), « La gestion collective du droit d'auteur et des droits connexes », OMPI, 2002.

⁵¹ Considérant 45 de la directive DAMUN.

remédier aux inconvénients d'un système de gestion collective volontaire, il paraît préférable d'explorer une autre voie juridique, celle de la licence collective étendue, déjà pratiquée dans certains pays et consacrée par le législateur européen dans la directive 2019/790 du 17 avril 2019. Ce mécanisme permet de faire de l'accord passé avec un organisme de gestion collective - et de son paiement corrélatif - **un acte véritablement libératoire pour les moteurs de recherche : la licence étendue permet de couvrir non seulement l'utilisation des œuvres des répertoires des organismes avec lesquels les accords ont été passés mais également l'utilisation d'œuvres de même nature⁵² d'ayants droit non membres des organismes ou non représentés par eux⁵³ :**

« L'octroi de licences collectives étendues par des organismes de gestion collective et des mécanismes similaires peuvent permettre la conclusion d'accords dans les domaines dans lesquels l'octroi de licences collectives qui repose sur une autorisation délivrée par les titulaires de droits ne constitue pas une solution exhaustive permettant de couvrir toutes les œuvres ou autres objets protégés qui seront utilisés »⁵⁴.

30. Le mécanisme de l'article 12 de la directive DAMUN. Le mécanisme a été introduit à l'article 12 de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique⁵⁵.

Ce texte dispose :

Article 12

Octroi de licences collectives ayant un effet étendu

1. En ce qui concerne l'utilisation sur leur territoire et sous réserve des garanties prévues au présent article, les États membres peuvent prévoir que, lorsqu'un organisme de gestion collective qui est soumis aux règles nationales transposant la directive 2014/26/UE, conformément aux mandats donnés par les titulaires de droits, conclut un accord de licence pour l'exploitation d'œuvres ou d'autres objets protégés :

a) un tel accord peut être étendu pour s'appliquer aux droits des titulaires de droits qui n'ont pas autorisé l'organisme de gestion collective à les représenter par voie de cession, de licence ou de tout autre accord contractuel ; ou

b) en ce qui concerne un tel accord, l'organisme dispose d'un mandat légal ou est présumé représenter les titulaires de droits qui ne l'ont pas autorisé à agir de la sorte.

2. Les États membres veillent à ce que le mécanisme d'octroi de licences visé au paragraphe 1 ne s'applique que dans des domaines d'utilisation bien définis, lorsque l'obtention d'autorisations auprès des titulaires de droits sur une base individuelle s'avère habituellement onéreuse et difficile à mettre en œuvre dans une mesure qui rend improbable la transaction nécessaire à l'octroi d'une licence, en raison de la nature de l'utilisation ou des types d'œuvres ou d'autres objets protégés concernés, et veillent à ce que ce mécanisme d'octroi de licences préserve les intérêts légitimes des titulaires de droits.

⁵² En l'occurrence des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques.

⁵³ Un ayant droit peut être non membre mais néanmoins représenté par un organisme de gestion collective, notamment par le biais des accords de réciprocité passés entre sociétés sœurs situées dans des États différents.

⁵⁴ Considérant 45 de la directive DAMUN.

⁵⁵ Le mécanisme n'est pas inédit en droit européen et la directive DAMUN fait elle-même mention du mécanisme visé à l'article 3 de la directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite à la retransmission par câble, JOCE L 248 du 6 octobre 1993, p. 15 (ci-après « directive cab sat »).

3. Aux fins du paragraphe 1, les États membres prévoient les garanties suivantes :

- a) l'organisme de gestion collective est, sur la base de ses mandats, suffisamment représentatif des titulaires de droits pour le type d'œuvres ou autres objets protégés concernés, d'une part, et le type de droits qui font l'objet de la licence d'autre part, dans l'État membre concerné ;
- b) une égalité de traitement est garantie à tous les titulaires de droits, y compris en ce qui concerne les conditions de la licence ;
- c) les titulaires de droits qui n'ont pas autorisé l'organisme à octroyer la licence peuvent à tout moment, facilement et de manière effective, exclure leurs œuvres ou autres objets protégés du mécanisme d'octroi de licences établi conformément au présent article ; et
- d) des mesures de publicité appropriées sont prises, dans un délai raisonnable précédant l'utilisation sous licence des œuvres ou autres objets protégés, pour informer les titulaires de droits quant à la capacité de l'organisme de gestion collective à octroyer des licences pour des œuvres ou autres objets protégés, quant à l'octroi de licences conformément au présent article et quant aux options à la disposition des titulaires de droits visées au point c). Les mesures de publicité sont effectives sans qu'il soit nécessaire d'informer chaque titulaire de droits individuellement.

4. Le présent article n'affecte pas l'application de mécanismes d'octroi de licences collectives ayant un effet étendu conformément à d'autres dispositions du droit de l'Union, y compris des dispositions qui permettent des exceptions ou des limitations.

Le présent article ne s'applique pas à la gestion collective obligatoire des droits.

L'article 7 de la directive 2014/26/UE s'applique au mécanisme d'octroi de licences prévu par le présent article.

5. Lorsqu'un État membre prévoit, dans son droit national, un mécanisme d'octroi de licences conformément au présent article, cet État membre informe la Commission du champ d'application des dispositions nationales correspondantes, des finalités et des types de licences qui peuvent être introduites en vertu de ces dispositions, des coordonnées des organismes délivrant des licences conformément à ce mécanisme d'octroi de licences, et des moyens d'obtenir les informations sur l'octroi de licences et les options à la disposition des titulaires de droits visées au paragraphe 3, point c). La Commission publie ces informations.

6. Sur la base des informations reçues en application du paragraphe 5 du présent article et des discussions menées au sein du comité de contact établi par l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE, la Commission présente au Parlement européen et au Conseil, au plus tard le 10 avril 2021, un rapport sur l'utilisation dans l'Union des mécanismes d'octroi de licences visés au paragraphe 1 du présent article, sur leur incidence sur les licences et sur les titulaires de droits, y compris les titulaires de droits qui ne sont pas membres de l'organisme qui octroie les licences ou qui sont des ressortissants d'un autre État membre ou qui résident dans un autre État membre, sur leur efficacité pour faciliter la diffusion de contenus culturels et sur leur incidence sur le marché intérieur, y compris la prestation transfrontière de services et la concurrence. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, d'une proposition législative, y compris en ce qui concerne l'effet transfrontière de ces mécanismes nationaux.

Le système s'inspire de mécanismes déjà connus en Europe, notamment dans les pays

nordiques⁵⁶ ou aux États-Unis⁵⁷. La licence collective étendue est un mécanisme particulièrement efficace dans certains secteurs en ce qu'elle « combine une licence volontaire à un élargissement légal du répertoire aux titulaires non représentés, simplifiant et accélérant ainsi le processus d'acquisition des droits »⁵⁸. Le principe de la licence étendue est qu'à partir du moment où un nombre déjà substantiel de titulaires de droits dans une certaine catégorie ou un certain secteur adhèrent à une « formule collective » de gestion des droits⁵⁹, le répertoire de l'organisme de gestion collective concerné peut être élargi par une autorité compétente et sur demande aux autres titulaires d'œuvres de la même catégorie non membres de l'organisme. La particularité de ce mécanisme impose de prévoir des conditions et des garanties qui l'encadrent strictement.

III. 2. Les conditions que doit remplir un système de licence collective étendue

31. La licence collective étendue, sorte de gestion collective présumée⁶⁰ repose sur une licence au périmètre souple et sans recueil du consentement exprès des ayants droit. Pour cette raison, un certain nombre d'exigences doivent être respectées, afin d'être en conformité avec les normes constitutionnelles (III. 2. 1.), européennes (III. 2. 2.) et internationales (III. 2. 3.).

III. 2. 1. La conformité du système de gestion collective étendue aux exigences constitutionnelles

32. Question prioritaire de constitutionnalité. La licence collective étendue repose sur un système qui n'est pas fondé sur le consentement explicite de l'auteur ; un tel système soulève donc une question d'articulation avec la protection constitutionnelle du droit de propriété⁶¹.

Quels sont les enseignements de la jurisprudence en la matière ? La question de la constitutionnalité d'un système de gestion collective obligatoire ou assimilé a été directement examinée par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la loi sur les livres indisponibles⁶². Le Conseil constitutionnel a considéré qu'un tel régime de gestion collective :

- (i) ne constituait pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC) et
- (ii) que les conditions posées par la loi permettaient de considérer que l'atteinte portée au droit de propriété n'était pas disproportionnée⁶³

⁵⁶ V. P. Schønning, « Chronique des pays nordiques », RIDA n° 173, juillet 1997, pp. 136-221, spéc. p. 168 : la licence collective étendue « existe depuis le début des années soixante dans les législations nordiques sur le droit d'auteur où elle a été prévue d'abord dans le domaine de la radiodiffusion ». Adde J. Rosén, « Chronique des pays nordiques », RIDA n° 227, janv. 2011, pp. 162-207 ; « La diffusion en ligne et le régime de licence collective étendue ("ECL") des pays nordiques – Les œuvres orphelines comme précédent », *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 24 n° 2, 2012, pp. 321-345.

⁵⁷ V. P. Kamina, « Un an de droit anglo-américain du copyright », *Comm. Comm. Électr.* n° 2, févr. 2014, chron. 2, pp. 23-26.

⁵⁸ D. Gervais, « Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre », Étude établie pour le ministère du Patrimoine canadien, juin 2003 (http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/licence_etendue_questions.pdf), spéc. p. 17.

⁵⁹ D. Gervais, art. précité, p. 17.

⁶⁰ Sur la distinction entre gestion collective obligatoire et licence collective étendue, v. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2017, spéc. n° 1032 pp. 813-814.

⁶¹ Sur la qualification du droit d'auteur en droit de propriété, v. la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi de transposition de la directive InfoSoc (Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006).

⁶² Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-370 QPC du 28 février 2014, *Mar. S. et autres*.

⁶³ Décision précitée du Conseil constitutionnel, spéc. point 18.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a notamment considéré que les dispositions litigieuses poursuivaient un but d'intérêt général, ce qui justifiait le recours au mécanisme particulier de la gestion collective obligatoire⁶⁴.

33. Portée de la décision *Soulier et Doke* du Conseil constitutionnel. Certes, les dispositions françaises relatives au référencement des articles L. 136-1 du CPI et s. n'ont pas directement fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, ni *a priori*, ni *a posteriori*. Il est toutefois possible d'estimer que le Conseil constitutionnel aurait une appréciation similaire pour les dispositions sur le référencement. L'objection de la compatibilité avec les normes constitutionnelles ne semble donc pas constituer une difficulté sérieuse, *a fortiori* si l'on modifie les dispositions actuelles des articles L. 136-1 et s. du CPI pour retenir une gestion étendue et non obligatoire : le mécanisme de la licence étendue se rapproche encore plus du respect du droit exclusif que ne le fait la gestion collective obligatoire. L'argument du respect des normes constitutionnelles ne devrait, dans ces circonstances, pas soulever de difficultés.

III. 2. 2. La conformité du système de gestion collective étendue aux exigences du droit européen

34. Position du législateur européen. Le législateur européen s'est emparé de la question des licences étendues à l'occasion de l'adoption de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique du 17 avril 2019⁶⁵. Un temps envisagé par le Parlement européen lors du processus législatif, l'article spécifique au référencement automatique d'images par les moteurs de recherche a finalement été abandonné, le législateur européen préférant consacrer un régime général de la licence étendue en son article 12⁶⁶. L'article 12 relatif à « *l'octroi de licences collectives ayant un effet étendu* » dispose que lorsqu'un organisme de gestion collective « *conclut un accord de licence pour l'exploitation d'œuvres ou d'autres objets protégés* :

a) un tel accord peut être étendu pour s'appliquer aux droits des titulaires de droits qui n'ont pas autorisé l'organisme de gestion collective à les représenter par voie de cession, de licence ou de tout autre accord contractuel ; ou

b) en ce qui concerne un tel accord, l'organisme dispose d'un mandat légal ou est présumé représenter les

⁶⁴ Décision précitée du Conseil constitutionnel, spéc. point 14.

⁶⁵ V. F. Macrez, « Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique : les mesures en faveur de l'octroi de licences et de l'accès plus large aux contenus (articles 8 à 14) », Lexbase Hedbo éditions affaires n° 601, juill. 2019 ; F. Siirriainen, « Les licences collectives à effet étendu : entre gestion collective consentie, facilitation des autorisations et sécurité juridique (commentaire de l'article 12 de la directive) », *Comm. Comm. Électr.* n° 10, oct. 2019, pp. 1-6 ; *Adde* sur le mécanisme spécifique aux œuvres indisponibles F.-M. Piriou, « Nouvelle réglementation européenne sur les œuvres indisponibles et la gestion collective étendue (commentaire des articles 8 à 11 de la directive) », *Comm. Comm. Électr.* n° 10, oct. 2019, pp. 14-20.

⁶⁶ La directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 *concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur* renvoie au système d'octroi de licences collectives étendues en son considérant 12 pour préciser que le nouveau texte « *n'interfère pas* » avec de tels systèmes. On a pu envisager cette référence comme un indice d'une reconnaissance de ce mécanisme. Déjà la directive cab sat précitée envisageait le mécanisme en son article 3. La directive DAMUN va plus loin en organisant le régime de la licence étendue.

Pour une étude de la compatibilité du mécanisme des licences étendues avec le droit de l'Union européenne antérieure à la directive DAMUN, v. notamment J. Axham et L. Guibault, « Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage? », août 2011, pp. 44-55 (http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_na_report092011.pdf) ; *adde* le document de l'Union européenne de radio-télévision (UER), « Licences collectives étendues, un instrument au service de l'économie créative en Europe » (<https://www.ebu.ch/fr/publications/extended-collective-licensing>).

titulaires de droits qui ne l'ont pas autorisé à agir de la sorte ».

Ainsi l'article 12 de la directive DAMUN prévoit un mécanisme de licence collective étendue tout en posant certaines conditions⁶⁷. La première série de conditions renvoie à l'idée que le recours au mécanisme de licence à effet étendu suppose que le contexte est tel que « *l'obtention d'autorisations auprès des titulaires de droits sur une base individuelle s'avère habituellement onéreuse et difficile à mettre en œuvre dans une mesure qui rend improbable la transaction nécessaire à l'octroi d'une licence, en raison de la nature de l'utilisation ou des types d'œuvres ou d'autres objets protégés concernés* »⁶⁸. Ainsi les États membres ne peuvent envisager l'hypothèse d'un recours aux licences étendues que dans les cas où l'exercice individuel et la gestion collective classique ne permettent pas d'apporter des réponses satisfaisantes au regard de l'ampleur de l'utilisation des œuvres. C'est, entre autres, pour cette raison qu'un État membre doit nécessairement définir strictement les domaines pour lesquels le mécanisme de licence étendue est retenu⁶⁹. Toutes les exploitations d'œuvres ne justifient pas en tant que telles un recours au mécanisme ; de manière implicite, c'est la spécificité du marché concerné qui justifie le recours aux licences étendues délivrées par les organismes de gestion collective⁷⁰.

Au-delà de ces considérations qui renvoient à la particularité de l'activité du référencement automatique d'images d'œuvres protégées⁷¹, les États membres doivent entourer le mécanisme de licence étendue d'un certain nombre de garanties :

- Le caractère représentatif de l'organisme de gestion collective concerné⁷²
- Une égalité de traitement à tous les titulaires de droits⁷³
- En amont, un système de publicité pour informer les ayants droit de l'existence du système de licence étendue ainsi que de la possibilité d'en sortir⁷⁴
- En aval, pour les titulaires de droits n'ayant pas expressément autorisé la licence, un

⁶⁷ L'article 12. 5. de la directive DAMUN prévoit une information de la Commission européenne. Cette dernière est tenue de faire un rapport sur l'utilisation des licences étendues, « *sur leur incidence sur les licences et sur les titulaires de droits [...], sur leur efficacité pour faciliter la diffusion de contenus culturels et sur leur incidence sur le marché intérieur, y compris la prestation transfrontière de services et la concurrence* » (article 12. 6 de la directive).

⁶⁸ Art. 12. 2 de la directive DAMUN ; nous soulignons.

⁶⁹ Un parallèle peut être opéré avec l'exigence du triple test en matière de mise en œuvre des exceptions et en particulier la condition du « *cas spécifique* ». Pour les licences étendues, il est raisonnable de considérer que le référencement d'œuvres graphiques, plastiques ou photographiques par un moteur de recherche satisfasse à cette exigence. On pourrait toutefois se demander si l'exigence des « domaines bien définis » suppose que ceux-ci doivent être ou non déterminés en amont par le législateur, par exemple suivant une liste prédéterminée. L'autre interprétation de cette exigence revient à considérer que le fait de consacrer un système de licence étendue pour un cas spécifique – comme ici – et non à consacrer, en règle générale, la technique de la licence étendue, est suffisant. Il nous semble que cette interprétation peut être retenue.

⁷⁰ L'article 12. 2 de la directive DAMUN ajoute également que la licence étendue se doit de préserver « *les intérêts légitimes des titulaires de droits* ».

⁷¹ V. *supra* III. 1.

⁷² Art. 12. 3. a) de la directive DAMUN, « *les États membres prévoient [...] : a) l'organisme de gestion collective est, sur la base de ses mandats, suffisamment représentatif des titulaires de droits pour le type d'œuvres ou autres objets protégés concernés, d'une part, et le type de droits qui font l'objet de la licence d'autre part, dans l'État membre concerné* ».

⁷³ Art. 12. 3. b) de la directive DAMUN : « *les États membres prévoient [...] : b) une égalité de traitement est garantie à tous les titulaires de droits, y compris en ce qui concerne les conditions de la licence* ».

⁷⁴ Art. 12. 3. d) de la directive DAMUN : « *les États membres prévoient [...] : d) des mesures de publicité appropriées sont prises, dans un délai raisonnable précédant l'utilisation sous licence des œuvres ou autres objets protégés, pour informer les titulaires de droits quant à la capacité de l'organisme de gestion collective à octroyer des licences pour des œuvres ou autres objets protégés, quant à l'octroi de licences conformément au présent article et quant aux options à la disposition des titulaires de droits visées au point c). Les mesures de publicité sont effectives sans qu'il soit nécessaire d'informer chaque titulaire de droits individuellement* ».

système d'*opt-out* qui soit « facile » et « effectif ».

Ces diverses exigences sont autant de garanties destinées à ménager les intérêts des auteurs et, notamment, à éviter d'enfermer un créateur non membre de l'organisme de gestion collective ayant passé un accord avec l'utilisateur d'œuvres dans une licence dont il ne souhaite pas profiter.

35. Sens de l'extension de l'accord. Il reste une difficulté majeure dans le système de licence étendue. Le système repose expressément sur la signature d'un accord entre, d'une part, l'organisme de gestion collective et, d'autre part, les utilisateurs des œuvres puisque l'article 12 de la directive DAMUN précise bien qu'on est dans le cas où un organisme de gestion collective « conclut un accord de licence pour l'exploitation d'œuvres ou d'autres objets protégés »⁷⁵. La licence étendue n'est en aucun cas un système imposant aux utilisateurs d'œuvres de conclure des contrats. Dit autrement, **le caractère étendu de la licence ne concerne que la relation entre l'organisme de gestion collective et les auteurs qu'il représente – explicitement ou par présomption.** Cela impose que le système soit suffisamment incitatif pour que les utilisateurs aient la volonté de conclure les licences, sans quoi le risque existe de se retrouver dans la même situation que celle des droits voisins d'éditeurs de presse⁷⁶ : l'affirmation d'un droit sans mise en œuvre effective.

36. Utilité du recours à la médiation. Nombre de créateurs sont conscients de cette faiblesse du mécanisme d'extension unilatéral. D'aucuns estiment que le recours à un médiateur permettrait peut-être de lever une partie des difficultés susceptibles de se présenter. Non pour imposer la conclusion d'un contrat forcé mais pour donner des indications sur ce que pourrait être l'économie raisonnable d'une licence étendue dans un cas particulier⁷⁷. En tout état de cause, dès lors qu'un service de référencement d'images met à disposition des œuvres protégées, ce sont les règles mêmes du droit d'auteur qui – comme rappelé précédemment⁷⁸ – lui imposent d'obtenir l'accord des ayants droit s'il veut continuer de le faire.

III. 2. 3. La conformité du système de gestion collective étendue aux exigences internationales

37. Au regard des textes internationaux, la question qui se pose principalement est l'absence de formalités requise par la Convention de Berne⁷⁹. Cette question a été étudiée dans le cadre de l'affaire *Soulier et Doke*. La loi française sur les livres indisponibles prévoyait que, dans l'hypothèse où l'auteur exerçait son droit d'opposition en aval de l'exploitation et sans l'accord de son éditeur, il devait alors prouver qu'il était seul titulaire des droits sur l'œuvre concernée⁸⁰. La CJUE a vu dans ce mécanisme l'instauration de formalités à l'encontre de l'auteur souhaitant jouir de ses droits et l'exigence a donc été considérée comme contraire à l'article 5. 2 de la Convention de Berne⁸¹. Il ne faut pas déduire de cette analyse que c'est le principe de l'*opt-out* qui est en soi

⁷⁵ Art. 12. 1 de la directive DAMUN.

⁷⁶ Article 15 de la directive DAMUN.

⁷⁷ V. en Annexes la proposition des organismes de gestion collective.

⁷⁸ V. *supra* II.

⁷⁹ Article 5. 2 de la Convention de Berne : « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre ». La Convention de Berne est muette sur le système des licences étendues. V. l'analyse de J. Ginsburg à ce sujet in « Extended Collective Licenses in International Treaty Perspective : Issues and Statutory Implementation », Columbia Public Law Research Paper n° 14-564 (2017).

⁸⁰ Article L. 134-6, al. 2 du CPI.

⁸¹ V. points 50-51 de la décision *Soulier et Doke*.

assimilé à une formalité par la Cour de justice : seule la nécessité de prouver la titularité des droits imposée à l'auteur, et dans le cas particulier de la législation sur les livres indisponibles, a été censurée à ce titre. Dès lors, le système de la licence collective étendue ne semble pas poser de difficultés au regard des règles du droit international.

IV. Proposition de réforme des articles L. 136-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle

38. Le dispositif nouveau proposé par la Mission contient 5 articles qui auraient leur siège au chapitre VI du Livre III du Titre III de la première partie du Code de la propriété intellectuelle, intitulé « *Dispositions applicables à la recherche et au référencement des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques* ». Ces articles L. 136-1 et suivants, nouveaux, du Code de la propriété intellectuelle se substitueraient donc aux dispositions actuelles figurant dans ce chapitre. Cependant si le siège de la construction juridique et l'objectif poursuivi demeurent identiques, le régime juridique mis en place est différent dans la mesure où il substitue un système de licence collective étendue au système de gestion collective obligatoire adopté en 2016. Il convient d'expliquer les orientations générales et la construction de ce dispositif (IV. 1.) avant de procéder à son exposé (IV. 2.).

IV. 1. Présentation du dispositif retenu

39. Art. L. 136-1 nouveau du CPI. L'article L. 136-1 du code de la propriété intellectuelle est un texte de **définition** permettant de déterminer les personnes concernées par la réforme.

Cette disposition reprend quasi intégralement la teneur de l'actuel article L. 136-1 CPI à une nuance près. Il est en effet intégré dans le donné légal le mot « *techniquement* » pour désigner les actes accomplis par ce prestataire, ce qui permet de fournir une définition purement matérielle des personnes concernées. Les actes de reproduction et de mise à disposition sont envisagés ici sur un plan purement technique sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'acte accompli entre dans le champ des notions juridiques de reproduction ou de communication au public. Ce dernier aspect est envisagé à l'article L. 136-2, alinéa premier CPI.

40. Art. L. 136-2 nouveau du CPI. L'article L. 136-2 du CPI a pour objet de déterminer les **hypothèses de mise en œuvre du droit d'auteur** par le service automatisé de référencement. L'analyse n'est plus ici simplement matérielle puisque s'y ajoute une approche juridique.

Le **premier alinéa** énonce que le service automatisé de référencement qui accomplit soit un acte de reproduction (au sens juridique du terme) soit un acte de communication au public (toujours au sens juridique du terme) met en œuvre le droit d'auteur ce qui signifie qu'il doit obtenir une autorisation des ayants droit faute de pouvoir bénéficier d'une exception.

Il est à noter qu'il n'est pas nécessaire que le prestataire accomplisse un acte mettant en œuvre cumulativement le droit de reproduction et le droit de communication au public pour qu'il y ait soumission au droit d'auteur.

Le **deuxième alinéa** tire les conséquences de cette soumission. Si l'auteur le demande, une rémunération est due au titre des actes accomplis. Le texte précise les conditions de calcul de cette rémunération. L'assiette, calquée sur celle déjà retenue dans le Code de la propriété intellectuelle pour d'autres œuvres faisant l'objet d'une utilisation numérique, comprenant tant le

fruit d'une exploitation commerciale que d'autres revenus, notamment ceux tirés de la présence de publicité.

Le **troisième alinéa** rappelle un principe simple suivant lequel le droit exclusif peut être exercé à titre individuel ou à titre collectif par l'intermédiaire d'un organisme de gestion collective. Il y a ici simple application du droit commun. La gestion collective est ici volontaire. Il y a donc une rupture manifeste avec le dispositif figurant actuellement aux articles L. 136-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle qui met en place un système de gestion collective obligatoire.

L'alinéa 4 envisage, lui, l'hypothèse – nouvelle pour le droit français – **d'une licence collective étendue**. Cette disposition reprend l'économie de l'article 12 de la directive 2019/790.

Ce mécanisme n'est pas, on l'a dit, un cas de gestion collective obligatoire. Les auteurs qui ne souhaitent pas être concernés par l'extension de la licence peuvent exercer un « *opt out* » après avoir été informés de l'extension. Ce mécanisme est limité, dans une dimension territoriale, aux actes accomplis sur le territoire français et suppose pour sa mise en œuvre le respect d'un certain nombre de garanties énoncées dans l'article suivant.

L'économie de cette nouvelle solution est la suivante. Un organisme de gestion collective, spécialement agréé par le Ministre de la culture, peut étendre le contenu d'un accord qu'il a passé avec un opérateur technique à des personnes qui ne figurent pas parmi ses membres.

De la sorte, l'accord conclu bénéficie à d'autres personnes, ce qui peut également simplifier la tâche de l'opérateur technique qui, grâce à ce mécanisme, n'aura pas à conclure de multiples conventions avec les divers auteurs d'œuvres photographiques ou graphiques.

41. Article L. 136-3 nouveau du CPI. L'article L. 136-3 CPI expose les **conditions et les garanties** auxquelles est subordonnée l'extension de l'accord projeté par l'organisme de gestion collective.

C'est ainsi que l'extension n'est possible qu'à propos d'œuvres du même type que celles du répertoire de l'organisme de gestion collective concernées par l'accord originel.

Tout organisme de gestion collective n'est pas nécessairement habilité à proposer une extension d'un accord conclu. Il doit, pour cela, recevoir un agrément spécial de la part du Ministre de la culture.

Le deuxième alinéa de l'article pose l'exigence de mesures de **publicité appropriée** de l'extension réalisée. L'alinéa 3 vient préciser, en reprenant la formule de la directive 2019/790 qu'il n'est pas nécessaire d'informer chaque titulaire de droits individuellement.

Le troisième alinéa 2 de cet article met en place un système *d'opt out* par lequel les auteurs extérieurs à l'organisme de gestion collective peuvent demander à ne pas être concernés par l'extension mise en place. Cela pourrait être le cas, par exemple, de tous les créateurs qui souhaitent laisser leurs œuvres en libre accès. Ou encore de ceux qui préféreraient avoir recours à des licences de gré en gré. Cette dernière hypothèse se présentera cependant assez rarement pour les raisons qui ont été évoquées.

La plupart des dispositions de cet article sont une reprise formelle du texte de l'article 12 de la directive 2019/790.

42. Article L. 136-4 nouveau du CPI. L'article L 136-4 CPI détermine les **modalités et les conditions** de l'agrément de l'organisme de gestion collective susceptible de procéder à une extension. Ce deuxième agrément peut avoir pour conséquence que tout organisme de gestion collective qui peut gérer les droits de ses membres n'aura pas nécessairement le droit de proposer une extension de l'accord qu'il aura conclu.

43. Article L. 136-5 nouveau du CPI. Enfin, **l'article L. 136-5** CPI, a trait à **l'office de l'organisme de gestion collective agréé.**

Il pèse sur ce dernier une obligation d'égalité de traitement de sorte qu'il ne peut pas exister de différence entre les avantages que retireraient des membres de cet organisme et ceux des auteurs qui ne sont pas membres de cet organisme.

Il pèse sur le fournisseur de services l'obligation de fournir à l'organisme de gestion collective toutes les informations susceptibles de permettre d'assurer une juste répartition des revenus entre les titulaires de droits.

Pour l'essentiel, le contenu de cette disposition est une reprise du texte de l'article 12 de la directive 2019/790.

IV. 2. Projet de texte

Article L. 136-1

On entend par service automatisé de référencement d'images, au sens du présent chapitre, tout service de communication au public en ligne dans le cadre duquel sont techniquement reproduites et communiquées au public, à des fins d'indexation et de référencement, des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques collectées de manière automatisée à partir de services de communication au public en ligne.

Article L. 136-2

En ce qu'ils accomplissent un acte de reproduction ou un acte de communication au public d'œuvres mentionnées à l'article L. 136-1, les services automatisés de référencement d'images sont soumis à l'autorisation de l'auteur ou de ses ayants droit.

La rémunération due au titre de ces actes de reproduction et de communication au public est assise sur les recettes et revenus de toute nature issus directement et indirectement du service automatisé de référencement d'images. A défaut, elle peut être fixée forfaitairement, conformément aux dispositions de l'article L. 131-4.

L'autorisation d'exploitation et les rémunérations auxquelles elle donne lieu peuvent être gérées par un ou plusieurs organismes de gestion collective régis par le titre II du livre III du présent code.

Lorsqu'il conclut un accord de licence pour l'exploitation d'œuvres, conformément aux mandats donnés par ses membres, un organisme de gestion collective peut, en ce qui concerne l'utilisation sur son territoire et sous réserve des garanties prévues au présent chapitre, étendre, par l'effet d'une licence collective étendue, le contenu de cet accord pour qu'il s'applique aux titulaires de droits non membres de cet organisme.

Article L. 136-3

L'extension de l'accord conclu par l'organisme de gestion collective pour ses membres emporte représentation, pour les œuvres du même type, des titulaires de droits non membres de l'organisme de gestion collective agréé ayant conclu l'accord.

L'extension est subordonnée :

- 1° - au fait pour l'organisme concerné d'avoir été agréé pour cette fonction par le ministre en charge de la culture ;
- 2° - à la mise en œuvre de mesures de publicité appropriées, dans un délai raisonnable précédant l'utilisation sous licence des œuvres, destinées à informer les titulaires de droits quant à la capacité de l'organisme de gestion collective à octroyer des licences pour des œuvres, quant à l'octroi de licences conformément au présent chapitre et quant aux possibilités offertes à ces titulaires de droits inclus dans le champ de l'accord par l'extension de manifester leur volonté de ne pas être concernés par pareil accord ;
- 3° - à l'absence de manifestation contraire de volonté de la part des titulaires de droits concernés mais non désireux de bénéficier de l'accord conclu.

Les mesures de publicité sont prises par l'organisme agréé. Elles sont effectives sans qu'il soit nécessaire d'informer chaque titulaire de droits individuellement.

Les modalités de manifestation contraire, qui peut être prise à tout moment, sont prévues par un décret.

Article L. 136-4

Un ou plusieurs organismes de gestion collective peuvent être agréés par le ministre chargé de la culture pour octroyer des licences collectives étendues au titre des actes d'exploitation visés aux articles précédents.

L'agrément est délivré en considération :

- 1° De l'importance du répertoire de l'organisme et de la diversité de ses associés ;
- 2° De la qualification professionnelle des dirigeants ;
- 3° Des moyens humains et matériels que l'organisme propose de mettre en œuvre pour assurer la gestion des droits de reproduction et de représentation des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques par des services automatisés de référencement d'images.

Un décret en Conseil d'État fixe les modalités de la délivrance et du retrait de cet agrément.

Article L. 136-5

Tout organisme de gestion collective ayant conclu un accord ayant fait l'objet d'une extension est tenu d'assurer une égalité de traitement à l'ensemble des titulaires de droits représentés.

Les règles de répartition sont établies de manière à garantir aux titulaires de droits représentés une rémunération appropriée, tenant compte de l'importance de l'utilisation de leurs œuvres dans le cadre du service.

Le fournisseur du service est tenu de communiquer à l'organisme de gestion collective l'ensemble des informations pertinentes relatives à l'exploitation des œuvres permettant d'assurer la juste répartition des revenus entre les titulaires de droits.

TABLE DES MATIÈRES

Synthèse	5
Introduction	7
I. Le contexte législatif et jurisprudentiel dans lequel s'inscrit le référencement automatique d'images pas un moteur de recherche	8
I. 1. Le mécanisme voulu par le législateur dans la loi Liberté de création, architecture et patrimoine (LCAP) : une gestion collective obligatoire.....	9
I. 2. La censure d'un système de gestion collective obligatoire, hors autorisation d'un texte européen, par l'arrêt Soulier et Doke de la CJUE	10
II. L'opposabilité de principe des droits d'auteur des créateurs d'œuvres d'art plastique, graphique ou photographique aux services de référencement d'images	12
II. 1. Le référencement automatique d'images par un moteur de recherche repose sur des actes de mise en œuvre des droits d'auteur relatifs aux œuvres référencées	12
II. 2. La technique du référencement ne permet pas aux moteurs de recherche d'échapper aux règles de droit d'auteur	13
II. 3. Le recours partiel aux hyperliens ne suffit pas à échapper totalement au droit d'auteur	15
II. 4. L'argument de l'existence d'un consentement implicite du fait de l'absence d'opposition des ayants droit est irrecevable.....	16
III. La technique de la licence étendue comme réponse aux difficultés soulevées par l'activité de référencement d'images	17
III. 1. Les raisons du recours à la technique de la licence collective étendue	17
III. 2. Les conditions que doit remplir un système de licence collective étendue	21
III. 2. 1. La conformité du système de gestion collective étendue aux exigences constitutionnelles	21
III. 2. 2. La conformité du système de gestion collective étendue aux exigences du droit européen	22
III. 2. 3. La conformité du système de gestion collective étendue aux exigences internationales.....	24
IV. Proposition de réforme des articles L. 136-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle	25
IV. 1. Présentation du dispositif retenu	25
IV. 2. Projet de texte	27