

L'exception de fouille de textes et de données dans la directive DAMUN : avis de tempête
sur le droit d'auteur

Par Andrée Glancia MADINDA, Doctorante, laboratoire Institut François Géný,

Université de Lorraine.

La directive 2019/790 du 17 avril 2019, dite Directive DAMUN¹, est un terreau fertile sur lequel s'épanouissent de nombreuses réflexions. Edictée le même jour qu'une autre directive², non moins intéressante, la Directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique suscite un intérêt particulier. Au titre de ses multiples apports, l'exception de fouille de textes et de données (FTD), en anglais *Text and data mining*(TDM), va cristalliser notre réflexion. Qu'il s'agisse d'encenser l'opposabilité du droit d'auteur sur internet ou le regain de la gestion collective, la stature nouvelle de l'exception de fouille de textes et de données attire immanquablement l'attention. Il s'avère que cet élément de la directive provoque crainte ou enthousiasme selon le point de vue adopté.

La naissance de la directive. La Directive DAMUN a pour ambition de porter le désir d'harmonisation et d'efficience du droit d'auteur européen³. Tout en militant pour un droit d'auteur communautaire plus affirmé, le législateur communautaire a saisi l'occasion d'entamer une réconciliation législative avec les organismes de gestion collective (OGC). Il faut dire qu'auparavant, s'il a été acquis que les droits d'auteur et les droits voisins sont indissociables de la sphère contractuelle, le législateur communautaire ne semblait pas enthousiasmé par la

¹ Dir. (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les dir. 96/9/CE et 2001/29/CE, JOUE n° L130 du 17 mai 2019 p. 92 : Lexbase hebdo éd. Affaires, 11 juill. 2019, dossier spécial ; *Propr. Intell.* 2019, n° 72, pp. 33 et s., chron. par LUCAS (A.), BRUGUIERE (J.-M.) et BERNAULT (C.) ; *JCP G* 2019, 26, 693, p.1236, obs. BENABOU (V. L.) ; *JCP E* 2019, 27, étude, p. 1343, par TREPPOZ (E.) ; *RTDcom* 2019, p. 648, note POLLAUD-DULIAN (F.) ; *CCE* oct. 2019, 10, Dossier spécial.

² La Directive (UE) 2019/789 du 17 avril 2019, dite Directive CabSat 2, établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmission de programmes de télévision et de radio, prise le même jour, ne sera pas au centre de cette réflexion. Pour en savoir plus sur celle-ci voir VERCKEN (G.) et TABARY (V.), « L'«autre» directive : la nouvelle directive dite «CabSat 2» du 17 avril 2019 », *Légipresse*, 2019, n° 372.

³ Ainsi qu'il est rappelé dans l'introduction de la directive « considérant ce qui suit (1) : Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit l'établissement d'un marché intérieur et l'instauration d'un système propre à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur. Poursuivre l'harmonisation des dispositions législatives des États membres sur le droit d'auteur et les droits voisins devrait contribuer à la réalisation de ces objectifs ».

mutualisation de l'exercice des droits d'auteur opérée par les OGC⁴. Une défiance qui peut s'expliquer par la confrontation des conceptions du droit d'auteur qui sont présentes parmi les pays membres de l'Union européenne.

S'en tenant à la vision française de ce que doit être le droit d'auteur, le réflexe premier est la défiance face à cette exception qui semble prendre pour cible, encore une fois, le droit moral⁵. Au demeurant, celui-ci n'est pas le seul à en faire les frais. Toutefois, il importe de se rappeler que cette exception a bien émergé il y a quelques années en droit français et que sa consécration par le législateur européen n'est pas si inattendue. En effet, les appels du pied pour « le partage de la valeur »⁶ se font pressants depuis plusieurs années déjà en France⁷. Mais qu'est-ce que cette exception concrètement ?

Définitions. Le droit se fonde sur un système de principe et d'exception. Le principe étant la possibilité d'exercer des prérogatives et l'exception est la limitation des prérogatives par une dérogation. L'exception FTD est le fait d'autoriser une sorte de grille de lecture, avec exploitation⁸ à la clef⁹, des textes et travaux de chercheurs afin de concrétiser, étendre ou finaliser la recherche d'un autre¹⁰. *Stricto sensu*, on peut se risquer à dire qu'il s'agit avant tout de mettre en lumière un élément nouveau à partir de l'analyse des relations existant entre les œuvres « fouillées ». Les détracteurs de cette exception soulignent cependant qu'elle met à sac le droit moral de l'auteur, en plus de nier l'apport pécuniaire auquel il pourrait prétendre. Les

⁴ CARRE (S.), « Gestion collective : regards au prisme de la DAMUN », in RFPI, numéro spécial Déc. 2021, p. 47.

⁵ Le droit moral de l'auteur est sans doute l'élément spécifique du droit d'auteur à la française. Pourtant, ce monument a tout d'un géant aux pieds d'argile en raison des exceptions légales, des usages et pratiques développés par le droit des contrats. Pour aller plus loin RAIZON (H.), *La contractualisation du droit moral de l'auteur*, Thèse, Avignon, 2014, p. 141s, 211s et 229s.

⁶ « Le droit d'auteur et le partage de la valeur sont traités à l'échelon européen. Il faut absolument les défendre. Nous sommes le pays de Beaumarchais et du droit d'auteur, ne l'oublions pas. C'est un élément de soft power, dont nous sommes le *leader* mondial. Nous devons porter ce message dans un souci d'équilibre » déclarait en 2018 Françoise Nyssen, ancienne ministre de la culture d'Emmanuel Macron, lors de son passage devant la Commission culturelle du Sénat. La sénatrice a également évoqué la réforme européenne, alors en cours de discussion, du droit d'auteur, en faisant part des mesures qui selon ses mots « crispent l'opposition des ayants droit ».

⁷ A ce propos, on peut se remémorer les travaux autour de la loi Lemaire en 2016, dont l'application fut stoppée par les travaux de la future directive UE 2019/789 du 17 avril 2019.

⁸ Le terme exploitation renvoie ici à son sens premier « mettre en valeur » (la donnée recueillie), et non pas au sens de la propriété intellectuelle, sur l'exploitation des droits de propriété intellectuelle.

⁹ CPI, art. L. 122-5-3.-I. « On entend par fouille de textes et de données, au sens du 10° de l'article L. 122-5, la mise en œuvre d'une technique d'analyse automatisée de textes et données sous forme numérique afin d'en dégager des informations, notamment des constantes, des tendances et des corrélations ».

¹⁰ Jean-Michel Bruguière emploie les termes « forage de données, prospections de données », « extraction d'un savoir ou d'une connaissance », BRUGUIERE (J.-M.), *Le droit du copyright anglo-américain*, Dalloz, Connaissance du droit, 2017, p.193.

partisans de l'exception au contraire font valoir l'apport pour la recherche, l'innovation et bien sûr l'objectif de partage du savoir. D'aucuns affirment même qu'il était nécessaire que le droit communautaire soit plus ambitieux que les législations nationales sur le sujet afin d'être plus compétitif face aux droits anglo-américain¹¹. Réutiliser les travaux d'autrui, exploiter leur contenu et en tirer une « nouvelle œuvre de l'esprit » est-ce véritablement différent de produire une œuvre composite ? Comment approuver la réception de l'exception de fouille face à la singularité du droit d'auteur ? La question mérite d'être posée car que l'on se tienne d'un côté ou de l'autre de la Manche, voire de l'Atlantique, la démarche de la propriété littéraire et artistique est particulière. On reconnaît volontiers les rapprochements entre le droit d'auteur dit « à la française » et le Copyright anglo-américain. Mais, si d'un côté on place l'auteur au premier plan, de l'autre, en revanche, on place l'œuvre au centre de la démarche.

L'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle est ainsi modifié : après le neuvième alinéa, il est inséré un alinéa qui énonce que l'auteur ne peut interdire les copies ou reproductions numériques en vue de la fouille de textes et de données¹². En plus de ce texte, après le cinquième alinéa de l'article L. 342-3, du même code, il est inséré un alinéa qui autorise la conservation des œuvres objet de la fouille, dès lors que l'accès a été licite¹³. La lecture de ces deux articles du Code de la propriété intellectuelle semble militer pour une atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur, à l'exclusion de son droit moral. Cependant, dans les lignes qui vont suivre, nous verrons que le droit moral de l'auteur n'est pas à l'abri du *Text and data mining*.

Assurément, l'exception (du droit) de fouille interroge à la fois le droit moral et les droits patrimoniaux de l'auteur. De plus, la notion de donnée¹⁴ nous interpelle car elle est

¹¹ JONDET (N.), « L'exception pour le data mining dans le projet de directive sur le droit d'auteur- Pourquoi l'Union européenne doit aller plus loin que les législations des États membres », *Propr. Intel.*, avr. 2018, n°67, *Doctrine*.

¹² CPI, art. L. 122-5-I « 10° Les copies ou reproductions numériques d'une œuvre en vue de la fouille de textes et de données réalisée dans les conditions prévues à l'article L. 122-5-3 ; (...)

Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Les modalités d'application du présent article, (...) sont précisées par décret en Conseil d'Etat. »

¹³ CPI, art. L. 342-3 al. 6 « 5° Les copies ou reproductions numériques de la base réalisées par une personne qui y a licitement accès, en vue de fouilles de textes et de données dans un cadre de recherche, à l'exclusion de toute finalité commerciale. La conservation et la communication des copies techniques issues des traitements, au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites, sont assurées par des organismes désignés par décret. »

¹⁴ La donnée est une information. Les données les plus célèbres sont les données personnelles dont le sort est régi par le non moins célèbre RGPD. S'agissant du cas présent, nous considérons que toute information concernant l'identification ou la réalisation de l'œuvre d'art entre dans le champ du TDM.

suffisamment large pour faire intervenir l'œuvre dans son unité et les éléments qui la compose, dans leur singularité. Ce qui suppose une approche contractuelle tout aussi étendue de la question. Ceci est valable aussi pour l'exploitation de droits par la gestion collective.

La gestion collective. La gestion collective des droits d'auteur est sans doute la forme la plus pratiquée sinon la plus représentative de l'exercice des droits patrimoniaux de l'auteur. En ce sens, on pourrait penser que les organismes de gestion collective seraient les plus vigilants face à l'exception de fouille de textes et de données. Si on part de cette hypothèse, il faut alors se demander quel élément de cette exception cristalliserait leur méfiance ? Sur la base des droits patrimoniaux de l'auteur, on peut dire que les organismes de gestion collective peuvent trouver à redire quant aux textes exploités. Peut-on envisager que le résultat des fouilles soit une nouvelle œuvre ou bien qu'il ne s'agisse que d'un élément non protégeable par le droit d'auteur ?

Enfin, du droit de l'auteur, aux droits du public, en passant par les intérêts de la recherche, il ne faut pas s'y tromper, chaque partie prenante défend ses intérêts. Concrètement, de cette exception (nouvelle) au droit de l'auteur que peut-on retenir ? Répondre à cette question nous conduira à examiner le texte de la directive selon la position de ses partisans (I) et d'après la posture de ses détracteurs (II).

I/ Le droit de fouille en tant qu'allié de la recherche et de l'innovation

L'ordonnance n° 2021-1518. En droit français, la directive DAMUN a pris la forme de l'Ordonnance n°2021-1518 afin d'intégrer le Code de la propriété intellectuelle. La modification de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que nous avons cité plus haut révèle une extension de l'exception de recherche et d'enseignement (A) ; extension qui a pu être saluée par les praticiens mais qui érode le domaine législatif national (B).

A/ Une exception de fouille de textes et de données étendue au profit de la science

La recherche pour tous et par tous. Dans l'univers scientifique, il n'est pas rare qu'une œuvre dont l'incidence est mondiale naisse (en partie) grâce au travail (ou aux recherches) de précédents scientifiques qu'ils n'ont pas achevé ou ont conduit différemment. L'idée de pouvoir se servir des jalons posés par d'autres n'est donc pas extraordinaire ou immorale. Les échos favorables à la directive DAMUN proviennent essentiellement de la possibilité de rallier

davantage de chercheurs. En outre, l'optique de rendre la science attractive et compréhensible au public porte la notion de vulgarisation telle un héraut de la science contemporaine. L'idée de pouvoir (plus ou moins) librement accéder aux travaux d'autres chercheurs est galvanisante pour le marché économique. Si on ne parle qu'en termes de profit et d'avancée scientifique, les bonus semblent plus visibles que les malus. Toutefois, rallier toujours plus de monde pour faire avancer un projet n'est pas aussi simple.

Recherche circulaire. Le TDM n'est pas sans rappeler, dans une certaine mesure, le phénomène de la blockchain. Cette dernière consiste en un réseautage de l'information, la possibilité pour les membres du réseau de partager, simultanément, les informations et de les exploiter aussitôt¹⁵. Le partage instantané n'est pas ce que promeut la directive, mais l'ouverture du partage au plus grand nombre semble vouloir placer les individus dans une position circulaire et horizontale. Sans être catégorique, on peut distinguer l'exception de fouille qui s'adresse aux chercheurs d'un domaine prédéfini¹⁶ et celle qui s'adresse au public¹⁷ dans un sens plus global. La circulation du savoir, en excluant le caractère simultané, se fait finalement dans un système semblable à celui du réseau : on regroupe les membres d'une communauté. Les données représentent la base connue d'un savoir, leur partage suppose-t-il alors une transformation ou le maintien de leur état d'origine ? La protection contre la modification est prônée par le TDM, mais l'idée d'innovation peut mettre à mal cette conception. Le phénomène d'innovation conduit à la transformation de la matière première.

Selon le législateur communautaire, il revient aux titulaires de droits d'auteur de mettre en œuvre des mesures de protection « proportionnées » afin d'assurer la sécurité et l'intégrité des réseaux et bases de données sur lesquels leurs œuvres sont hébergées¹⁸. Cette disposition permet d'énoncer deux conséquences pratiques. Premièrement, la protection que l'auteur peut s'offrir contre le TDM est une protection en amont. On peut en déduire que comme pour tout ce qui touche à l'exploitation des droits, les titulaires de droits d'auteur doivent prévoir la sécurité de tout hébergement envisageable *en l'état de la technique*. Bien entendu, les mesures techniques

¹⁵ Rapport de la mission d'information commune sur la blockchain (chaîne de blocs) et ses usages : un enjeu de souveraineté. Assemblée Nationale, Déc. 2018.

¹⁶ Directives 2019/790 et 2019/789 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique Commentaire article par article, sous la direction de BINCTIN (N.) et PRES (X.), Bruylant, 2021, spéc. p. 28.

¹⁷ Directives 2019/790 et 2019/789 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique Commentaire article par article, sous la direction de BINCTIN (N.) et PRES (X.), op. cit., spéc. p. 32.

¹⁸ CPI, art. L. 122-5-3 II 4°.

permises sont celles qui sont efficaces¹⁹ et qui n'entravent pas les droits des utilisateurs²⁰. La seconde conséquence est que les données fouillées ne doivent pas être altérées²¹. La directive offre en ce sens une zone neutre pour les acteurs et rend réaliste l'objectif de vulgarisation de la science.

Vulgarisation et avancée scientifique. La vulgarisation est la capacité à mettre à la portée de tout profane le contenu d'une recherche, de résultats scientifiques. Il s'agit de rendre accessible, d'adapter le savoir scientifique pour que tout public étranger au domaine en comprenne l'essentiel. Il y a tout de même un paradoxe puisque le but de la propriété industrielle, notamment, est de mettre à l'abri les recherches scientifiques par le brevet, entre autres. D'un autre côté, le souci de la propriété intellectuelle est d'encourager la création. L'exception FTD s'avère donc une nécessité de notre époque²². Rendre les productions scientifiques compréhensibles par le public permet d'expliquer leur nécessité et de favoriser leur accomplissement. L'intérêt socio-économique n'est jamais mis de côté par le droit qui est lui-même une réponse adaptée à la société pour laquelle il est édicté. Le parcours de la vulgarisation scientifique fait émerger des modèles de recherches et la définition du TDM ne contredit pas ce caractère.

La modélisation de la science. Parmi les critères de protection de l'œuvre de l'esprit, la notion d'originalité²³ n'a sans doute pas fini de faire parler d'elle. La capacité ou la méthode d'exploration édictée par le TDM peut sans doute raviver ce (sempiternel) débat. Par exemple, Olivier Laligant se demandait s'il fallait retenir la nouveauté comme élément déterminant l'originalité sur la base de la qualification retenue par différentes juridictions dans leurs décisions²⁴. Les praticiens du droit d'auteur et la doctrine majoritaire réfuteraient féroce-ment pareille posture. Néanmoins, l'originalité s'évalue en général à propos de ce qui est inconnu,

¹⁹ L'efficacité des mesures techniques recherchée est le fait que le titulaire des droits contrôle véritablement l'utilisation de l'œuvre. LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., LexisNexis, 2017, n°1134.

²⁰ CPI, art. L331-5 à L331-11.

²¹ C'est tout de même intrigant de dire que l'on peut forer, dépecer l'œuvre de l'esprit (pour extraire les données) et de marteler que l'œuvre de l'esprit conservera son intégrité (par l'interdiction d'altération des données). Ce point sera discuté plus bas.

²² LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.) et BERNAULT (C.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., *op. cit.*, n°442s.

²³ Pour Olivier Laligant, l'originalité d'une œuvre se décline par le fait que son auteur y a apposé son empreinte (sa personnalité) et surtout qu'il lui a donné une individualité « suffisante ». Ce qui est à distinguer de la notion de nouveauté. LALIGANT (O.), *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999, n°161.

²⁴ *Ibid.*

qui n'a pas encore été fait, été vu. Ce qui donne du crédit à la considération, même partielle, de l'idée de nouveauté dans la recherche de l'originalité, sans entériner la confusion des termes.

Concernant la directive, la méthode exploratoire proposée suppose un mécanisme qui serait répété, l'objet de la fouille serait, avec l'auteur, les seuls critères fluctuants. Partant de cette réalisation, la répétition en amont pourrait-elle affecter la nature « originale » de l'œuvre de l'esprit et rendre discutable une protection ? Cette question se pose selon la qualification juridique accordée au résultat de la fouille. Si le résultat de la fouille *n'est qu'une découverte scientifique*²⁵, alors la modélisation est un outil qui facilite simplement l'exercice. Mais, si le résultat de la fouille devait être qualifié d'œuvre de l'esprit, l'automatisation de la recherche rendrait-elle les notions d'originalité et de nouveauté impropres à qualifier la création ? Nous pensons que le dilemme est véritable. Par analogie avec le régime des œuvres composites et celui du droit *sui generis* des bases de données, on pourrait sans doute conserver l'idée d'œuvre originale en raison de la création qui porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Cependant, l'affaire de la grotte Chauvet montre que la jurisprudence française estime que l'œuvre de l'esprit doit remplir au moins trois critères : originalité, nouveauté et première publication (ou divulgation). Ce qui complexifie la situation et met en avant le recul du domaine législatif national face au droit communautaire.

B/ Une exception de fouille de textes et de données échappant au domaine législatif national

Il faut avouer que la directive est un exemple de va et vient entre renforcement et affaiblissement de la protection accordée aux créateurs d'œuvres de l'esprit. La gestion collective des droits d'auteur apparaît tout de même assez mitigée. En effet, faut-il désormais prendre son parti du fait que tout ce qui n'est pas contractuellement autorisé est, potentiellement, hors du champ de protection de la gestion collective ? D'un côté, le législateur communautaire donne la carotte en encourageant le recours aux OGC par l'octroi de licences

²⁵ CA Paris, 2^e, Affaire de la Grotte Chauvet, 6 févr. 2015. Dans cette espèce, les inventeurs se sont vus refuser le titre de premiers publicateurs des peintures rupestres présentes dans la grotte découverte. Pour commencer, le terme inventeur interpelle car il renvoie, en droit des biens, au découvreur d'un trésor et en droit de la propriété industrielle à celui qui a réalisé une invention. Autrement dit, en propriété littéraire et artistique cela ne constitue pas la création d'une œuvre de l'esprit. Ensuite, la Cour se justifie en rappelant que la découverte a démontré que le lieu était très fréquenté au temps de la réalisation des peintures, réfutant ainsi l'idée d'une première publication par les inventeurs (Chauvet et alliés). D'où le rejet des prétentions des appelants.

Enfin, si nous proposons cette décision c'est en raison de la définition stricte du mot découverte. Il s'agit de mettre au jour ce qui était caché, ignoré. Or, la propriété littéraire et artistique est une démarche de création, tirer du néant ce qui n'est pas et non amené au jour ce qui a été perdu ou dissimulé.

et la réaffirmation d'une rémunération plus juste des auteurs²⁶. Pratiques dont l'aisance se conjugue avec le développement et le fonctionnement des OGC. De l'autre côté, il donne le bâton en insistant sur les droits des utilisateurs au point qu'il éveille la méfiance des titulaires de droits d'auteur. Toutefois, le bâton peut se retourner contre les utilisateurs en raison de la faculté qu'ont les titulaires de droits à renégocier les conditions d'utilisation de leurs œuvres protégées²⁷.

Cependant, certains pourraient se borner à rappeler que par l'interprétation stricte des cessions de droit d'auteur, nul ne pourrait s'opposer véritablement à cette approche. Ce serait tout de même ennuyeux, car s'il est vrai que le cocontractant n'a pas voix au chapitre pour tout ce qui est hors du champ contractuel, l'exception contenue dans la directive TDM semble méconnaître deux éléments importants. Premièrement, l'exception s'adresse à l'auteur, doit-on en conclure que l'auteur perd tout droit qu'il n'a pas fait entrer dans le champ contractuel ou cédé à un organisme de gestion collective ? Deuxièmement, ne pas pouvoir revendiquer un droit ne signifie pas que l'exploitation, voire l'usage de celui-ci, puisse se faire en violation des droits acquis par le contrat ou la gestion collective.

A ce stade, la directive place les protagonistes dans une impasse. On a l'impression que la FTD tend davantage vers un droit, une prérogative subjective (pleine et entière), que vers une exception (ponctuelle). Le martèlement de l'exception et l'extension des dispositions de la directive exécutent une curieuse danse d'équilibriste entre droit et exception au monopole de l'auteur.

La substance restante du domaine du législateur national. Le législateur national s'empare de tout ce qui n'est pas du ressort du droit européen et vient préciser les normes qui ne l'ont pas été. Tel est le principe, tel qu'il devrait s'appliquer. En l'espèce peut-on affirmer que ce processus est objectivement établi ? C'est difficile à dire, il lui revient de préciser certaines exceptions et leur mise en œuvre, mais faire obstacle au TDM ne semble pas si simple.

Au demeurant, l'exception de fouille est sous les feux de la rampe car la directive DAMUN semble lui dédier une voix propice à l'escalade de la dérogation face au monopole. Avant la

²⁶ CARRE (S.), « Gestion collective : regards au prisme de la DAMUN », *in* RFPI, numéro spécial, déc. 2021, p. 47.

²⁷ KAHN (A.-E.), « Les exceptions de fouille de textes et de données dans la directive 2019/790 du 17 avril 2019 : la fragilité d'un équilibre apparent », RFPI, numéro spécial, déc. 2021, p. 42.

prise de position du législateur communautaire, les titulaires de droits d'auteur proposaient l'avènement d'une exception au profit des acteurs du numérique. Exception qui se plierait aux contraintes contractuelles pour préserver leur droit exclusif, tout en permettant l'épanouissement de l'innovation par un système d'autorégulation. La lettre de la directive TDM montre que cette posture n'a pas prospéré, scellant ainsi les actions du législateur national. La crainte d'une nouvelle méthode d'érosion du droit exclusif de l'auteur en résulte.

II/ Le « droit de fouille », une nouvelle manifestation de l'érosion du droit de l'auteur

Le législateur européen ne semble pas confus en affirmant que la FTD une exception. Pourtant, la présentation et la réception de celle-ci par les usagers laissent penser qu'un nouveau droit *sui generis* pourrait se forger par un jeu de mutation qui échappe à la loi.

Il est certain que le jeu des exceptions permet de contenir, de rendre moins étouffant le monopole que confère le droit d'auteur. Cependant, la propriété littéraire et artistique montre une relation assez conflictuelle entre ces deux côtés d'un même ensemble juridique²⁸. Le bouleversement opéré par la FTD est alors propice à une analyse de son impact sur le droit moral (A) de l'auteur et les velléités qui surgissent parmi les droits patrimoniaux (B).

A/ Le droit moral, ce géant aux pieds d'argile

Œuvre nouvelle, nouvelle œuvre. L'idée de création d'une œuvre de l'esprit superposée à l'exception de fouille de textes et de données provoque un sentiment de déjà-vu. Il suffit de se souvenir de la controverse relative à l'intelligence artificielle qui secoue encore le monde de la propriété intellectuelle²⁹. La distinction entre robot et intelligence artificielle permet de dire qu'il y a eu création par action humaine au contrôle des actes de la machine ou qu'inversement la machine est autonome lors du processus de création. La doctrine est convaincue du fait que l'auteur d'une œuvre de l'esprit ne peut être une machine ou un animal car le critère premier, la personnalité juridique, leur fait défaut. Or, en reconsidérant la fouille automatisée de textes et de données, le résultat obtenu aurait quelle qualification juridique ? Premièrement, si l'on retient qu'il ne s'agit que d'actes préparatoires à la création d'une œuvre de l'esprit, cela

²⁸ Pour aller plus loin : PIATEK (D.), *La crise des exceptions en droit d'auteur : étude paradigmatique*, Thèse, Orléans, 2016, 540 p.

²⁹ Au sujet de l'intelligence artificielle : – Rapport VILLANI (C.), « Donner un sens à l'intelligence artificielle », 28 mars 2018, <https://www.aiforhumanity.fr/>. – Rapport de la Mission du CSPLA, « Intelligence artificielle et Culture », BENSAMOUN (A.) et FARCHY (J.), 27 janv. 2020. *spéc.* p. 138 Quelle éthique de l'IA.

suppose qu'il n'y a pas de nouvelle œuvre sur la seule base de fouille de textes et de données. Le caractère automatisé de la fouille milite en ce sens. Deuxièmement, si l'on retient que le mécanisme de la fouille, en dépit de son côté automatisé, revêt aussi une forme d'originalité en raison de la grille de lecture « créée » par l'auteur de la fouille, peut-on affirmer la naissance d'une œuvre de l'esprit ? Si oui, s'agit-il d'une œuvre composite ? Question légitime puisque l'œuvre sera née d'éléments existants dans d'autres œuvres. Toutefois, le refus de tout droit aux créateurs des œuvres antérieures exclue la possibilité de l'œuvre composite. Ce qui de notre point de vue comporte deux incohérences.

La première est pécuniaire. L'on ne peut affirmer plus de protection pour la rémunération des auteurs d'œuvres de l'esprit d'un côté et leur dénier tout droit en raison d'une exception dont l'ampleur est sans précédent, au regard du nombre d'œuvres de l'esprit qui pourraient être impliquées dans chaque processus de fouille. Tout en gardant à l'esprit que les fouilles peuvent être répétitives, point sur lequel la directive demeure énigmatique, elle se borne à autoriser la fouille, dans le respect d'une utilisation licite³⁰. Ce qui rappelle l'origine de l'extension, à savoir la recherche académique. Pourtant, ce serait une vision partielle d'affirmer que le but des fouilles est uniquement sociétal, voire altruiste et qu'il n'y a pas de profit personnel en vue.

La deuxième incohérence vient du droit moral dont il est précisément question ici. Le statut de l'œuvre et la volonté de son créateur semblent complètement méconnus au profit de la volonté de l'auteur de fouilles. Ce qui est curieux compte tenu du fait que les précédentes exceptions et l'exercice général de tout droit se doivent de les respecter. Bien que les textes rappellent le respect dû à l'œuvre et à son créateur, la mise en œuvre de l'exception n'est pas exempte de tout risque. La compilation des œuvres de l'esprit est un élément qui met en avant cette indépendance de l'auteur de la fouille qui nous paraît ambiguë.

La compilation d'œuvres de l'esprit, le cas de l'affaire Jean Ferrat. A titre d'illustration, le cas de l'artiste Jean Ferrat³¹ est une représentation de l'exercice du droit moral de l'auteur. Dans cette espèce, le chanteur a pu contester un catalogue de chansons en raison de son histoire personnelle et de ses convictions politiques. A l'époque du TDM, pourrait-il encore soulever les mêmes arguments et obtenir gain de cause ? L'impossibilité pour l'auteur de faire valoir ses

³⁰ Le CPI ne mentionne pas plus que la directive les questions de répétition des fouilles (art. L. 122-5-3.-I). Le fait d'autoriser le stockage peut justifier cette omission.

³¹ Cass. soc., 10 juill. 2002, B., V, n° 241, Affaire Jean Ferrat. Si on transpose cette affaire au cas présent, le doute est permis quant à la possibilité pour l'auteur de défendre le droit au respect de son œuvre.

droits car la fouille est un processus « automatisé » pourrait empêcher toute défense de l'auteur. L'intégrité et le respect de l'œuvre peuvent en être affectés. La densité de la fouille peut poser un problème. Les titulaires de droits pourraient tout à fait ignorer l'usage qui est fait de ceux-ci. Bien que soit précisée l'obligation de respect des conditions d'utilisation et que l'accès aux œuvres fouillées doit être licite, la directive n'offre pas des possibilités de revendications du droit moral suffisamment convaincantes. La faveur accordée aux chercheurs semble peu se soucier des volontés des créateurs des œuvres de l'esprit.

Le droit d'auteur et les OGC face au TDM. Un autre inconvénient de l'automatisation touche directement les OGC. Deux hypothèses peuvent être évoquées. La première est celle dans laquelle l'OGC est titulaire de droits sur l'œuvre fouillée. Il semble que dans cette configuration, il appartient à l'OGC de sécuriser l'œuvre. Or, la directive DAMUN présente des éléments qui peuvent gêner la compréhension du droit d'action des OGC. Lors d'une action en contrefaçon, la juridiction saisie avait demandé à l'OGC de prouver la titularité des droits détenus sur l'œuvre qu'elle revendiquait³². En replaçant cet élément au cœur du TDM, on s'aperçoit que cette évocation de la titularité peut entraîner un flou quant à celui qui est responsable de protéger l'œuvre de l'esprit. La seconde hypothèse repose sur l'idée que l'œuvre de l'esprit fouillée sort ou est sortie du catalogue de l'OGC. La possibilité pour les titulaires de droits d'auteur de renégocier les conditions d'utilisation des œuvres de l'esprit peut, en pratique, entraîner la confusion chez les utilisateurs. Ceux qui pensent exercer licitement l'exception pourraient en fait être en train de transgresser le droit des titulaires de droits d'auteur. En effet, l'accès à l'œuvre est encadré par la volonté des titulaires de droits, ce qui ne manque pas de rejaillir sur la fouille.

L'extraction de données. Le TDM propose de forer à l'intérieur d'une œuvre de l'esprit pour dégager des données. Nous avons fait remarquer que la donnée est une information collectée, produite, utilisée dans le cadre d'une recherche (scientifique notamment). Ce qui signifie que les éléments explorés sont à la fois des textes, images, sons, etc. Tout ce qui finalement peut être considéré comme une œuvre de l'esprit peut potentiellement être

³² DALEAU (J.), « Recevabilité de l'action en contrefaçon d'une société de gestion collective », *D. IP/IT*, 20 avr. 2021. Dans cet article, l'auteur de doctrine analyse un arrêt (Civ. 1^{re}, 11 mars 2020, FS-P+B, n° 19-11.532) dans lequel, la Cour oblige la société de gestion collective qui souhaite mener une action en contrefaçon à prouver les droits qu'elle entend revendiquer.

« fouillé ». Cela suppose aussi la possibilité de reproduire l'œuvre sur support numérique³³. Ainsi, une œuvre impossible à numériser, ne saurait faire l'objet d'une fouille³⁴. Les données extraites ne le sont pas pour le plaisir de leur conservation. D'abord, l'avancée de la recherche laisse entendre une transformation possible. Cette voie est ouverte par l'exploitation des données recueillies. Ensuite, le respect de l'œuvre peut être sujet à caution car celle-ci peut se trouver « démanteler » au cours du processus. Pointer du doigt la fragilité des assises contemporaines du droit moral ne masque pas le sort que la FTD réserve aux droits patrimoniaux de l'auteur.

Le lien entre droit moral et droits patrimoniaux est véritable, qu'importe que la titularité des droits patrimoniaux appartienne à l'auteur ou à d'autres titulaires. Le TDM les tient à distance par le refus de rémunération supplémentaire sur la base de fouilles de textes et de données.

B/ Les droits patrimoniaux, une défaite sans bataille ?

L'intérêt social. En partant d'une large définition, on retient que la fouille consiste à

« explorer, sans a priori, par le jeu d'algorithmes, un très grand nombre de données (images, textes, sons...). Cette exploration massive et automatisée permet ensuite de mettre en évidence, au sein de ces viviers de données, des corrélations permettant d'identifier et de comprendre les liens entre des phénomènes en apparence distincts, d'émettre, confirmer ou infirmer des hypothèses scientifiques, d'acquérir de nouvelles connaissances, d'ouvrir de nouvelles voies ou d'anticiper des tendances. »³⁵

Cette méthode est clairement tournée vers ce que le public, et plus largement la société, peut tirer du travail de création d'autrui. La diversité d'origine des œuvres peut poser un problème. Il existe également la possibilité d'une confusion en raison de l'utilisation d'algorithmes. Autrement dit, des œuvres protégées pourraient très bien côtoyer des créations non protégées

³³ Directive DAMUN, Cons. 3, CPI art. L. 122-5-I. le mouvement de fouille est directement tributaire de la possibilité de numériser les œuvres de l'esprit.

³⁴ L'exception TDM pourrait difficilement être appliquée à ce que l'on ne peut ni voir ni entendre, ni même toucher. La sculpture *Io sono* réalisée par l'Italien Salvatore Garau, vendue 14820€ en 2021, est un exemple d'œuvre invisible qui peut difficilement se voir appliquer la moindre fouille.

³⁵ KAHN (A.-E.), « Les exceptions de fouille de textes et de données dans la directive 2019/790 du 17 avril 2019 : la fragilité d'un équilibre apparent », RFPI, numéro spécial, déc. 2021, p. 39.

par le droit d'auteur³⁶. A ce titre, la détermination d'un régime uniforme est rendue complexe en raison des intérêts du public que le législateur semble tenir plus à cœur que ceux des titulaires de droits. En général, une œuvre, qui n'est pas protégée par le droit d'auteur, peut être appréhendée par une autre matière ; à moins qu'elle soit une chose sans maître. La possibilité de heurts dans l'utilisation et la compilation d'un grand nombre d'œuvres est vraisemblable. D'autant plus que l'économie est le moteur de la recherche dont la démarche confine à la noblesse.

L'antagonisme économique. Le droit de la propriété littéraire et artistique encourage la création et l'antagonisme économique par son affirmation sincère de vouloir permettre aux créateurs d'œuvres de l'esprit de vivre des fruits de leurs créations. Il offre un terrain de compétition des plus fertiles et se pose en gardien de la richesse générée par les œuvres de l'esprit. Seulement, avec la FTD, la législation communautaire prend un tour inattendu pour les auteurs et leurs ayants droits, de protecteur le droit semble devenir hostile à leur endroit. La compétitivité du marché est la justification avancée.

La défense des droits patrimoniaux au-delà du droit moral. Le fait d'explorer les données peut être défendu comme n'altérant pas l'œuvre. En pratique, cela peut devenir source de difficultés. Pour commencer, les données explorées sont en général stockées, même temporairement, pour les besoins de l'étude³⁷. Il faut garder à l'esprit que la fouille sert un but et n'est pas une fin en soi. C'est l'exemple que nous avons relevé au sujet de l'intelligence artificielle, avant d'être capable de produire, elle se nourrit en stockant des informations sélectionnées via les algorithmes. Ensuite, si les œuvres ainsi explorées et stockées se trouvent en *open access*, le respect des droits de propriété intellectuelle doit quand même être considéré au moins du point de vue des producteurs de bases de données par exemple. Or, si les œuvres ne sont pas en *open access*, du point de vue des organismes de gestion collective, cela ne correspond-il pas à une utilisation au sens de leurs prérogatives vis-à-vis des œuvres qui leur ont été cédées ? Le phénomène n'est pas un cas d'école puisque l'accès licite d'une seule

³⁶ Directive DAMUN, Cons. 9. La directive se contente d'écarter le contrôle par le droit d'auteur, mais sans envisager la possibilité qu'une autre matière (par exemple, le droit des contrats) opère un contrôle étendu sur les éléments fouillés, sans restriction de leur catégorie juridique.

³⁷ Ce stockage peut être source de conflits face aux partages et à la transclusion. La transclusion ou « framing » est une « technique consiste à diviser une page d'un site Internet en plusieurs cadres et à afficher dans l'un d'eux, au moyen d'un lien cliquable ou d'un lien Internet incorporé, un élément provenant d'un autre site afin de dissimuler aux utilisateurs de ce site l'environnement d'origine auquel appartient cet élément », <https://www.gazette-du-palais.fr/actualites-juridiques/jur-cjue-la-technique-de-la-transclusion-et-le-droit-dauteur/>.

personne peut servir à plusieurs (abonnement unique et comptes multiples). Par exemple, les notions de foyer et de cercle de famille sont suffisamment larges pour rendre difficile la détection de fraudes. Dès lors que la recherche se combine avec une course à la production, une réponse positive à la violation des droits des OGC est envisageable. L'absence de précision textuelle permet le doute. L'esprit de compétition est une cause de ce type d'usage.

Concurrence et droits de propriété intellectuelle. Bien que les défenseurs de la directive mettent en avant le progrès scientifique, il est tout aussi évident que la concurrence internationale présente sur tous les fronts guide le législateur. L'Europe se veut compétitive, à ce titre elle met en avant la recherche scientifique. Cette directive, au cœur de nombreux remous en droit d'auteur, intéresse aussi le droit de la concurrence. Le droit de la concurrence défend le libéralisme, ce qui peut le mettre en porte-à-faux avec le droit de la propriété intellectuelle. Pourtant, les deux matières se rejoignent sur un point : l'équilibre (du marché). Chaque fois que le produit de fouilles aura une valeur économique, les notions de concurrence et de parasitisme seront au premier plan. Encenser l'innovation scientifique ne signifie que la science est dénuée de relations pécuniaires.

L'exception de fouille est clairement en train de changer les règles, de bouger les lignes entre les acteurs. A ce titre, l'œuvre de l'esprit et son créateur ne semblent trouver un début de salut que dans le domaine de l'exploitation. En effet, le respect des règles de propriété intellectuelle ne saurait contredire le droit commun des obligations. Nous sommes alors amené à poser l'hypothèse selon laquelle, la FTD se trouve contrebalancée par les règles du droit des contrats car tout se décide au niveau de l'accès aux œuvres. Puisqu'il s'agit de la passerelle que la directive laisse aux titulaires de droits, la bataille à mener se situera davantage au niveau des mesures techniques de protection. Il s'agira alors de mettre en avant la faculté de désengagement que la directive permet aux titulaires de droits³⁸.

Conclusion :

Le *text and data mining* fait la joie des acteurs économiques et reçoit les bénédictions des défenseurs de la solidarité sociale, c'est indéniable. Du côté du droit de la propriété littéraire et artistique, cette exception ne présente pas un visage uni. La dualité même du droit d'auteur est

³⁸ Directive DAMUN, art. 4.3 et cons. 18. La réservation doit être expresse et ne pas faire obstacle à la recherche scientifique ou à l'exception de reproduction provisoire. Notons tout de même que l'application de ces dispositions n'est pas forcément des plus aisées.

mise en avant une fois de plus. L'auteur doit pouvoir revendiquer et vivre, s'il le souhaite, de sa création. Mais vivre de sa création signifie la partager avec le public dans une certaine mesure. En pratique, on peut se dire qu'il y a une forme de maladresse quant à l'exception de fouille de texte et de données : sous couvert d'en faire profiter le plus grand nombre, ce sont les personnes à l'origine des fouilles qui finalement bénéficient le plus de la mesure, et ce au détriment du public (rien ne les oblige à publier leurs résultats) et des auteurs (la loi les met hors de portée de toute revendication).

Pour reprendre les mots d'Anne-Emmanuelle Kahn, l'exception de fouille de textes et de données présente « un équilibre apparent » d'une fragilité certaine³⁹. Le législateur européen a ouvert un chemin, mais pas toujours pour le meilleur. Aussi, dire que l'œuvre prime sur tout, amènerait à conclure que la fin justifie (peut-être) les méthodes employées pour créer. Les chercheurs sont ravis et les titulaires de droits se sentent spoliés. Nous savons qu'il ne s'agit nullement de former une pensée si caricaturale. A y regarder de plus près, le législateur européen accorde une faveur qui peut être retirée avant même d'atteindre les destinataires. La directive, par l'option de réservation ou d'*op out* conférée aux titulaires de droits, donne d'une main pour reprendre de l'autre⁴⁰. En fin de compte, l'exception de fouille de textes et de données semble laisser dans son sillage un parfum aigre-doux, peut-être l'avenir l'adoucira-t-il.

³⁹ KAHN (A.-E.), « Les exceptions de fouille de textes et de données dans la directive 2019/790 du 17 avril 2019 : la fragilité d'un équilibre apparent », RFPI, numéro spécial, déc. 2021, p. 39.

⁴⁰ KAHN (A.-E.), « Les exceptions de fouille de textes et de données dans la directive 2019/790 du 17 avril 2019 : la fragilité d'un équilibre apparent », RFPI, numéro spécial, déc. 2021, p. 45.