

Territorialité de la propriété littéraire et artistique : un anachronisme au sein du marché unique numérique ?

Par Valérie-Laure BENABOU
Université Aix-Marseille

Le Droit, disait Giraudoux, dans *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, « est la plus puissante école de l'imagination » : ainsi se moque-t-il de la « réalité » lorsqu'elle contrarie la résolution des difficultés qu'il doit saisir. Si un intérêt légitime le justifie, il peut aussi bien considérer que les pays ont, ou non, des frontières, que des choses invisibles soient incorporées dans des supports, qu'elles deviennent exclusives avant d'entrer dans le domaine public...

Les œuvres de l'esprit sont emblématiques d'un double exercice de fiction juridique : en premier lieu, elles sont saisies, non pas au travers de leur support, mais à travers leur essence « immatérielle », dotées de l'ubiquité des choses non rivales. Leur valeur économique résulte essentiellement de leur présence multiple et simultanée en plusieurs endroits : telle chanson populaire fredonnée dans plusieurs pays ; tel film de cinéma regardé sur Internet. C'est pour saisir cette valeur qu'a été créée la propriété littéraire et artistique qui se distingue de la propriété des choses tangibles. En second lieu, les œuvres sont appréhendées au seul prisme du droit national, qui leur assure une protection dont l'assise ne peut dépasser celle de l'impérium de l'État qui la consacre. Elles sont donc nationales par leurs origines et jouissent d'une reconnaissance propre à chaque État, et ce même si des instruments internationaux – de la convention de Berne à l'OMC – ont permis d'élargir la protection hors du pays d'origine de l'œuvre.

Ainsi cette « propriété littéraire et artistique » est-elle au cœur d'une contradiction quant à son application territoriale ; protection nécessairement réduite dans sa géographie, elle entend saisir des objets qui sont pourtant éminemment « circulatoires » dans le temps et dans l'espace. Il n'existe pas de restriction inhérente à la mobilité des œuvres de l'esprit autre que celle de l'attention humaine ; elles se partagent naturellement – en se multipliant – dans la conversation humaine. Le Droit seul établit ici les obstacles en soumettant cette circulation à des règles d'exclusivité qui créent artificiellement de la rivalité, règles elles-mêmes limitées dans leur champ d'application géographique par le pouvoir dont elles émanent.

Le découpage territorial historique des droits de la propriété littéraire et artistique

Par la vertu et les limites de la volonté législative sont donc réintroduites les frontières des États qui, chacun, déterminent librement le périmètre de la protection des créations. De cette décision souveraine résultent plusieurs conséquences. Les Pays-Bas protègent le parfum par le droit d'auteur, alors que la France estime la fragrance trop volatile pour relever d'un tel monopole. Chaque État demeure maître du choix du titulaire qu'il gratifie : ici le réalisateur du film, là son producteur. Les remèdes existants, tirés du système conventionnel, laissent toutefois encore subsister d'importantes différences de régimes. Territorialité rime toujours avec diversité des situations juridiques et fractionnement des droits. La seconde conséquence, plus indirecte, est l'organisation de l'exploitation des œuvres sur la base d'exclusivités territoriales. Si le découpage

géographique des droits découle de la nature même de la protection légale, il est, aussi et surtout, fonction des perspectives d'optimisation de la distribution de l'œuvre sur différents marchés. En matière cinématographique, par exemple, les films sont habituellement distribués sur la base de contrats d'exclusivité territoriale, permettant au producteur d'amortir au mieux ses investissements, selon une chronologie des médias propre à chaque marché. À la restriction géographique des droits, inhérente à l'impérialisme du législateur, s'ajoute une organisation territoriale de l'exploitation fondée sur des exclusivités contractuelles. Ce mécanisme se double, enfin, d'une organisation « territoriale » de la gestion collective et des systèmes de perception des rémunérations au profit des ayants droit.

Une telle architecture correspondait assez bien au temps où les circuits de diffusion étaient tenus par des opérateurs nationaux s'adressant à des publics friands de productions locales. Il se heurte toutefois à une série d'évolutions politiques, techniques et sociologiques : le phénomène de « globalisation » économique et d'intégration régionale ; l'accessibilité potentiellement universelle des contenus numériques sur Internet ; la reproduction numérique à un coût marginal presque nul et la revendication d'accès immédiat du public. L'évolution des usages et de l'industrie a également concentré l'attention sur des « produits » internationaux, réduisant la part de l'attention dédiée aux autres productions. Dans ce contexte, la construction d'une offre segmentée par territoire ne semble plus répondre aux besoins actuels ; elle ne rencontre plus la demande d'un public en quête d'immédiateté, habitué des systèmes ou plateformes de distribution mondiale. Sur le plan juridique, une protection d'essence nationale s'oppose, quant à elle, à une contrefaçon « internationale » par ses moyens.

Ces éléments constituent autant de facteurs qui plaident en faveur d'une reconsidération du principe de territorialité, notamment à l'ère d'Internet. L'Union européenne s'est attachée, ces dernières années, à concilier plusieurs objectifs possiblement contradictoires : la libre circulation des œuvres au sein de l'Union, d'une part, et la préservation des intérêts des titulaires de droits, d'autre part. Plusieurs initiatives s'attachent à établir cet équilibre délicat ; certaines ont été guidées par la préoccupation de renforcer la position des titulaires parfois fragilisés par l'émiettement législatif de leur protection ; d'autres procèdent d'une philosophie plus concurrentielle et centrée sur l'amélioration de l'accès du public aux contenus.

Le difficile dépassement de la territorialité au service des titulaires

Le premier moyen de surmonter les freins à la circulation des œuvres liées à la territorialité des droits, sans réduire la protection des titulaires, consiste sûrement à uniformiser le contenu de cette protection « par le haut ». Depuis trente ans, l'Union européenne a adopté plus d'une dizaine de directives rapprochant les législations nationales, par exemple sur la définition des œuvres protégées ou des droits reconnus. Pourtant, s'agissant de la territorialité, ce chantier est affecté d'un vice congénital, car si un règlement est venu consacrer une marque ou un dessin ou modèle de l'Union européenne, titre dont la substance est unique sur l'ensemble du territoire de l'Union, aucun équivalent n'existe pour la propriété littéraire et artistique qui reste résolument nationale. Par conséquent, en dépit des avancées indiscutables de l'harmonisation, c'est toujours la diversité des systèmes juridiques qui prospère, par exemple pour la titularité ou le droit moral, chaque État membre jouant du caractère interstitiel de l'harmonisation réalisée par voie de directives pour préserver la singularité de son régime juridique. Dans son programme de travail de 2015 (Towards a modern, more European copyright framework, 9.12.2015, COM(2015) 626 final, p. 12), la Commission a mentionné qu'une perspective de titre unique n'était pas exclue à long terme, mais force est de constater que le sujet demeure prospectif en 2020. En l'absence d'un tel titre, la territorialité des droits continue à fractionner le marché unique, sans garantir un niveau de protection uniforme au bénéfice des titulaires.

Cette segmentation s'avère également problématique, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les droits, l'Union européenne n'ayant pas non plus unifié le droit applicable lors d'une atteinte. La Convention de Berne retient essentiellement le principe de la « territorialité » : selon son article 5 - paragraphe 2, « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays, où la protection est réclamée. » L'article 8 - paragraphe 1 du règlement dit Rome II (règlement (CE) 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles) ne dit pas autre chose, s'agissant de la loi applicable à l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Il convient toujours d'apprécier l'existence de la protection et de sa violation au regard de la seule loi sur le territoire duquel se produit la contrefaçon (voir, CJUE, 3 octobre 2013, *Pinckney*, C-170/12, point 39), ce qui conduit mécaniquement à additionner les lois applicables en cas de contrefaçon pan-européenne. De plus, la jurisprudence de la Cour de Justice, s'agissant notamment des atteintes commises par Internet, ne permet pas aux titulaires de demander devant une juridiction unique une réparation intégrale du préjudice subi dans l'ensemble des États dans lesquels un dommage a été ressenti, obligeant les titulaires à porter leurs causes devant plusieurs juridictions, à grands frais, lorsqu'ils n'ont pas la possibilité d'assigner le contrefacteur devant le tribunal du fait générateur du délit.

La seule tentative probante de réduire les effets de complexité liés à la territorialité au profit des titulaires est relative à la loi applicable à la radiodiffusion par satellite. Dans la directive 93/83, le législateur a opté pour un mécanisme original – une loi de police à coloration matérielle – visant à réputer que « la communication au public par satellite a lieu uniquement dans l'État membre dans lequel, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, les signaux porteurs de programmes sont introduits dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la Terre » (article 1^{er}). Cette mise en sourdine de la territorialité des droits par la désignation d'une loi unique se conjugue avec le niveau de protection élevé requis par la directive. Ce dispositif est, par ailleurs, complété par une série de rattachements en cascade pour désigner la loi du territoire d'un État membre, lorsqu'un État tiers impliqué dans la transmission n'assure pas la protection des titulaires au niveau exigé par la directive. Quelle que soit la réalité de leur localisation, les opérateurs n'ont d'autre choix que de se conformer aux droits exclusifs dont ils obtiennent le transfert contractuel pour l'ensemble du territoire de diffusion. Les ayants droit sont assurés de n'avoir pas à multiplier les recours au regard de lois multiples et moins protectrices : l'obstacle de la territorialité est alors levé à leur bénéfice.

Il est regrettable que l'Union européenne demeure en retrait sur la question de la territorialité élargie des droits de propriété littéraire et artistique au territoire de l'Union et qu'elle ne fasse pas preuve de plus d'audace quant à la désignation d'une loi unique pour saisir les effets d'une diffusion transfrontière, car les conflits de lois et de juridictions laissent place à de nombreuses difficultés de mise en œuvre pour les titulaires et accroît l'opacité des règles pour les utilisateurs, notamment dans le cadre des exceptions.

Le difficile dépassement de la territorialité au service de l'accès numérique aux œuvres

Au lieu de libérer la circulation des œuvres, le numérique semble avoir, paradoxalement, sonné le retour en grâce de la territorialité. La segmentation des marchés y est d'autant plus importante qu'elle n'est pas contrecarrée par le mécanisme d'épuisement des droits prévu pour la distribution « tangible » des objets protégés. Ce système d'épuisement interdit au titulaire de s'opposer à la libre circulation de la marchandise incorporant une chose grevée d'un droit de propriété intellectuelle, lorsqu'il a consenti à sa première commercialisation sur le territoire de l'Union européenne. Au contraire, l'épuisement du droit de distribution numérique est expressément exclu par l'article 3 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, ce

qui permet au titulaire de s'opposer aux éventuelles circulations intra-communautaires de l'œuvre diffusée par voie numérique. Les consommateurs estiment que la distribution numérique a plus réduit leurs usages qu'elle ne leur a offert d'opportunités d'accès. Ainsi, des mesures techniques autorisent des mécanismes de zonage ou de blocage des usages, suscitant des comportements de contournement de l'offre dite légale, notamment lorsqu'elle ne répond pas au désir du public. La contrefaçon de masse, encore nommée piratage, s'est d'autant plus « décomplexée » que le public ne comprend pas pourquoi certaines œuvres sont indisponibles ou très onéreuses dans les circuits légaux, alors qu'il est si facile d'y accéder gratuitement ou presque par Internet.

Consciente de ces enjeux, l'Union européenne a récemment envoyé plusieurs signaux visant à alléger certaines contraintes territoriales afin de permettre un meilleur accès transfrontière à l'offre culturelle et faire ainsi émerger un marché unique numérique de la création. Cette préoccupation s'est notamment traduite par des incursions répétées du droit de la concurrence et du droit de la consommation dans les logiques jusque-là propres au droit d'auteur.

La jurisprudence de la Cour de Justice a, notamment dans un arrêt dit *Premier League* (CJUE, 4 octobre 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 108), énoncé que les exclusivités territoriales de diffusion ne devaient pas au-delà de l'objectif d'assurer aux titulaires de droit non pas une rémunération optimale, mais une *rémunération appropriée* pour chaque utilisation des objets protégés. Par conséquent, les restrictions d'accès qui vont au-delà de cet objectif sont injustifiées, ce qui ouvre la voie à une sanction de tels accords par le droit de la concurrence, à rebours de ce qui avait été décidé dans la jurisprudence *Coditel I* et *II* (18 mars 1980, C-62/79 et 6 octobre 1982, C-262/81).

La DG de la Commission européenne a également voulu battre en brèche la pratique des clauses dites de « territorialité », aux termes desquelles seul l'organisme de gestion collective du territoire sur lequel l'utilisateur du répertoire a son siège social est habilité à délivrer une autorisation d'usage, y compris pour les exploitations ayant lieu sur Internet. À l'issue d'un long épisode contentieux, la directive d'harmonisation relative à la gestion collective (directive 2014/26/UE du 26 février 2014) a finalement opté pour une solution visant à favoriser la délivrance de licences d'autorisation pan-européennes en matière d'exploitation de la musique en ligne, ce qui a profondément reconfiguré la gestion territoriale des droits dans ce domaine – sans d'ailleurs que les résultats soient très probants pour les utilisateurs comme pour les titulaires.

La revendication d'accès transfrontière aux œuvres a connu des échos, bien qu'encore timides, dans des textes relatifs au droit de la consommation. Le règlement (UE) 2017/1128 du 14 juin 2017 interdit ainsi, en son article 7, les clauses contractuelles qui interdisent ou limitent la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne, et ce quelle que soit la loi applicable au contrat. Ainsi, les consommateurs sont assurés que les exclusivités territoriales consenties en matière de droit d'auteur ne peuvent pas faire obstacle à l'accessibilité des contenus protégés dans le cadre de la mobilité intra-communautaire des utilisateurs – relativement restreinte – envisagée par le règlement. En revanche, le règlement (UE) 2018/302 du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié permet, pour l'heure, le maintien d'une distribution des contenus protégés par la propriété intellectuelle, différenciée selon le lieu de résidence de l'utilisateur, et s'est refusé à condamner le système des exclusivités territoriales en matière de diffusion audiovisuelle (article 4). Toutefois, ce possible maintien du géoblocage en matière de droit d'auteur doit faire l'objet d'un réexamen en 2020. En termes d'accessibilité, le bilan reste en demi-teinte, le législateur ayant été incité à la prudence face au risque de déstabilisation des marchés de l'audiovisuel en cas d'abandon des accords d'exclusivité territoriale.

Pourtant l'idée d'un « déconfinement » intra-européen des œuvres par l'abandon progressif du principe de territorialité fait doucement mais sûrement son chemin au sein même du droit d'auteur,

comme en témoigne, de manière plus diffuse, les objectifs formulés par les deux dernières directives d'harmonisation adoptées le 17 avril 2019, lesquelles cherchent respectivement à améliorer l'accès transfrontière aux œuvres de l'esprit (article 1^{er} de la directive dite « câble-satellite II », 2019/789) et à établir, comme son nom l'indique, un marché unique numérique (directive 2019/790) en permettant notamment l'exercice transfrontière des exceptions harmonisées. Indiscutablement, le numérique catalyse une réflexion sur le besoin de renouveau du principe de territorialité, ouvrant d'intéressantes perspectives de développement pour un droit d'auteur véritablement européen.