

Les exceptions de fouille de textes et de données dans la directive 2019/790 du 17 avril 2019 : la fragilité d'un équilibre apparent

Anne-Emmanuelle KAHN

Maître de conférences HDR, Université Lumière – Lyon 2
Membre de l'équipe Droit – Contrats – Territoires

Introduction

Parmi les mesures phares de la directive 2019/790 du 17 avril 2019¹, il a beaucoup été question de la responsabilité des plateformes, d'un meilleur partage de la valeur, du droit voisin des éditeurs de presse et, dans une moindre mesure, des nouvelles exceptions parmi lesquelles celles relatives à la fouille de textes et de données (FTD) ou *text and data mining* (TDM). Ces dispositions qui établissent le cadre juridique européen du TDM ont donné lieu à de vifs débats et l'Union Européenne était très attendue sur cette question, eu égard aux enjeux économiques liés à l'utilisation de ce processus automatisé d'exploration et d'analyse de données, présenté dès les années 1990 comme l'une des technologies susceptibles de bouleverser l'avenir de nos sociétés hyper connectées. L'on peut constater que cette technologie a effectivement modifié en profondeur la recherche, si bien que les données sont dorénavant au cœur des nouvelles démarches scientifiques permises par les techniques de TDM.

Les différents rapports consacrés à la fouille de textes et de données en donnent une définition plus ou moins large ou technique selon les cas².

Elle est définie à l'article 2.2 de la directive 2019/790 comme :

¹ Directive (UE) 2019/790 du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE : JOCE 17 mai 2019, L. 130/92.

² V. par ex. : Rapport J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on legal framework text and data mining*, mars 2014 : « traitement automatisé de contenus numériques qui peuvent inclure des textes, des données, des sons,

« toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous une forme numérique afin d'en dégager des informations, ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations »³.

Ainsi, l'opération consiste d'abord 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.

La FTD intéresse tous les domaines et toutes les sciences, qu'il s'agisse de la recherche publique ou privée. Ces techniques de modélisation exploratoire ont largement bouleversé les méthodes de travail des chercheurs et conduit à une (r)évolution de la démarche scientifique. Des moyens financiers et matériels conséquents sont déployés par les entreprises sur des projets qui impliquent l'utilisation de la fouille de données. L'on songe évidemment en premier lieu au développement de l'intelligence

des images ou d'autres éléments ou une combinaison de ceux-ci, afin de découvrir de nouvelles connaissances ou des idées ». – Rapport C. Villani, « Donner un sens à l'intelligence artificielle », 28 mars 2018, <https://www.aiforhumanity.fr/>. – Rapport de la Mission du CSPLA, « Intelligence artificielle et Culture », A. Bensamoun et J. Farchy, 27 janv. 2020.

³ V. aussi : Dir. 2019/790, cons. 68.

artificielle puisque le principe même de l'apprentissage machine, qui s'alimente de grandes quantités de données, implique la FTD. Les enjeux et les perspectives scientifiques, économiques et politiques sont donc considérables.

Cependant, le phénomène de la FTD engendre également de nombreux conflits, l'une des difficultés tenant au fait que le processus repose sur l'analyse de quantités de données parmi lesquelles figurent des œuvres ou d'autres contenus protégés. Si bien que c'est essentiellement sur le terrain des droits de propriété intellectuelle que se sont cristallisées les tensions. S'est rapidement posée la question de la compatibilité de la FTD avec le respect de ces droits, incitant le législateur européen, en parallèle des réflexions initiées par les législateurs nationaux, à envisager l'évolution du droit d'auteur et des droits voisins. L'objectif étant d'assurer le meilleur équilibre possible permettant de préserver les intérêts des titulaires de droits sans freiner l'innovation permise par la FTD, dans un contexte de très grande concurrence internationale. Avant d'envisager le cadre juridique retenu par le législateur européen dans la directive 2019/790 (II), il semble important de revenir rapidement sur le contexte et les éléments de débat et finalement sur le processus qui a conduit à la légalisation de la FTD (I).

I. Le contexte ayant présidé à l'adoption des dispositions européennes relatives au TDM

Si l'accès aux contenus numériques protégés peut parfois être libre, en *open access*⁴, très souvent les contenus fouillés demeurent encadrés par un droit de propriété intellectuelle (droit d'auteur, droit voisin ou droit du producteur de base de données). Or, l'exploration impose non seulement d'accéder aux données mais aussi de les stocker, même de manière temporaire, puis

de les décomposer, de les rassembler et de les relier entre elles, avant de les analyser et de les recomposer. Il peut également être nécessaire de les modifier (changer leur format, les compiler, les couper, les fusionner, ...) pour les rendre exploitables par les outils informatiques⁵. Chacune de ces opérations est susceptible d'entrer en contradiction avec les droits de propriété intellectuelle lorsque les données réutilisées sont protégeables. En effet, l'exploitation et l'analyse des données impliquent en amont des actes de reproduction intermédiaires et parfois temporaires des œuvres ou autres contenus, nécessitant en principe un accord exprès des titulaires de droits.

On pourrait considérer, comme certains l'ont suggéré⁶, que ces reproductions ne constituent qu'une étape technique, les contenus fouillés n'étant pas utilisés ni copiés pour eux-mêmes mais pour leur valeur informationnelle. Il s'agirait ainsi de copies techniques et non de copies juridiques, si bien que ces actes ne seraient pas des actes d'exploitation autonomes et échapperaient au droit d'auteur. Cependant, d'une part, le droit de reproduction n'intègre pas de distinction relative au seul contenu informationnel⁷, d'autre part, le législateur européen a clairement pris position. En adoptant des exceptions relatives à la FTD, il considère qu'elle engendre bien des actes de reproduction et/ou d'extraction au sens du droit de la propriété intellectuelle, comme il l'avait fait antérieurement, avec l'exception de reproduction transitoire.

Mais, dès lors que l'on considère que la FTD donne prise au droit de reproduction, il est indispensable d'obtenir les autorisations nécessaires à l'utilisation des contenus protégés, ce qui peut s'avérer long et très incertain, et finalement intenable en pratique, sauf à bloquer l'usage du *data mining* et le développement de l'intelligence artificielle. Or, aucune des exceptions listées de manière exhaustive dans l'article 5 de la directive 2001/29⁸ ne permet d'appréhender de

⁴ Sur cette question : C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, Larcier, 2016.

⁵ L. Ballet, « Text and Data Mining, l'impossible exception », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 415 ; J. Larrieu, « Un cadre juridique européen pour la fouille de données », *Propr. industr.* juil. 2019, comm. 41

⁶ V. Rapport du CSPLA de 2020, préc.

⁷ V. en ce sens : Rapport du CSPLA de 2020, préc.

⁸ Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information.

manière appropriée la FTD, qui ne fait l'objet d'aucune exception dédiée. Si certaines exceptions aux contours relativement flous peuvent ponctuellement s'appliquer, comme le relève le législateur européen⁹, la plupart sont facultatives et peu adaptées à la fouille massive et systématique de données qui sont non seulement reproduites, mais aussi modifiées et partiellement réutilisées pour un usage qui n'est pas purement privé. Ainsi, les limitations à des fins de recherche ne peuvent s'appliquer à la FTD que dans des circonstances réduites¹⁰, et les conditions d'application de l'exception de courte citation excluent son application. Quant à l'exception relative à la reproduction transitoire¹¹, bien que la directive semble considérer qu'elle puisse couvrir certaines hypothèses de fouille de données¹², on saisit mal quelles sont ces hypothèses et l'exception sera la plupart du temps inadaptée¹³. Finalement, sauf à faire preuve d'une grande créativité juridique, aucune des exceptions ne permet d'apporter une solution satisfaisante aux opérations de TDM. Afin de remédier à l'insécurité juridique entourant ces techniques, tenant notamment aux divergences des réponses nationales, et d'assurer la compétitivité des chercheurs et des industries européennes, une intervention législative était indispensable.

Dans cette perspective, les débats se sont cristallisés autour de deux positions. D'un côté, les titulaires de droits, soucieux de conserver le contrôle de leurs contenus protégés, se sont fortement opposés à l'adoption de nouvelles exceptions, au profit des acteurs du numérique qui pourraient tirer profit de l'utilisation des données sans

investissement aucun. Ils ont très tôt milité pour une autorégulation passant par des solutions contractuelles favorisant le développement technologique, sans sacrifier leur droit exclusif¹⁴. De l'autre, les chercheurs européens et l'industrie du numérique, soumis à la concurrence internationale, revendiquaient, à défaut de pouvoir utilement soutenir un droit d'accès libre aux données¹⁵, l'adoption d'une nouvelle exception spécifique de *data mining*, justifiée par le fait que, dès lors qu'un accès licite aux contenus a été obtenu, l'exploration devrait être permise, sans qu'il soit besoin de s'acquitter d'une nouvelle autorisation ou d'une nouvelle rémunération¹⁶.

Si la directive 2019/790 a finalement pu être adoptée, ce n'est qu'à l'issue d'un long processus législatif durant lequel les positions européennes ont beaucoup évolué, tant les désaccords ont été nombreux, conduisant à des compromis laborieux. Ainsi, à la suite de la consultation publique préalable, lancée en 2013, abordant pour la première fois la question du TDM, la perspective d'une résolution contractuelle a été écartée au profit d'une exception¹⁷. Cependant, si l'exception de TDM avait d'abord été limitée à la recherche scientifique non commerciale, comme l'est l'exception française, la proposition de directive soumise par la Commission européenne en septembre 2016 a finalement ouvert l'exception aux usages commerciaux encadrés¹⁸.

Il faut encore souligner que l'Union européenne a tranché la question du TDM après que certains États aient eux-mêmes adopté des dispositions nationales favorisant

⁹ V. consid. 9.

¹⁰ V. en ce sens Dir. 2019/790, cons. 10.- V. cependant le Royaume-Uni qui considère que son exception de TDM n'est que le prolongement de l'exception à des fins exclusives de recherche (Dir. 2001/29/CE, art. 5, 3°, a). - N. Jondet, « 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. intell.* 2018, p. 25.

¹¹ CPI, art. L. 122-5-6°.

¹² Cons. 9 : « Il peut également exister des situations [...] dans lesquelles les reproductions effectuées relèvent de l'exception obligatoire concernant les actes de reproduction provisoires prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE », lorsque

les copies engendrées par ces techniques de fouille ne dépassent pas les actes couverts par cette exception.

¹³ V. Rapport du CSPLA de 2020, préc.

¹⁴ Solution également prônée le CSPLA : Rapport de la Mission du CSPLA sur l'exploration de données (« *Text and Data mining* »), J. Martin et L. de Carvalho, 2014.

¹⁵ V. C. Bernault, « Exceptions – Fouille de textes et de données », *Propr. intell.* 2019, n° 72, p. 39.

¹⁶ L. Ballet, art. préc.

¹⁷ V. en ce sens le rapport Reda sur l'harmonisation du droit d'auteur en Europe rendu le 20 janvier 2015.

¹⁸ V. en ce sens également le rapport T. Comodini pour la Commission aux affaires juridiques de mars 2017.

la fouille de données pour des utilisations généralement non commerciales¹⁹. Ainsi, la loi n° 2016-925 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a consacré une exception étroite et limitée à la recherche scientifique publique²⁰, qui a fait l'objet de nombreuses critiques au rang desquelles la question de sa licéité et de son opportunité. En effet, dans la mesure où la liste des exceptions prévues par la directive 2001/29 est exhaustive²¹, les États n'auraient pas dû s'arroger le pouvoir de créer une nouvelle exception relative à la FTD. D'autant que cette démarche d'anticipation du législateur national, alors que le droit européen était sur le point d'évoluer, ne manque pas de surprendre et démontre un problème de méthode relevé en doctrine²². Cela est d'autant plus regrettable que l'exception française, qui n'est pas en totale conformité avec le texte européen, devra être révisée. Cependant, si les divergences entre les textes nationaux ont rendu plus délicate l'adoption d'un consensus sur la question de la FTD, ils ont aussi fortement irrigué et influencé les débats et le texte européen.

II. La légalisation de la fouille de textes et de données : un équilibre apparent mais fragile

La recherche d'un équilibre entre les objectifs d'innovation poursuivis par la directive et la préservation des intérêts des titulaires de droits portant sur les contenus numériques fouillés a conduit le législateur européen à opter pour la libéralisation encadrée de la FTD²³. Alors que la proposition initiale ne prévoyait qu'une exception de *data mining* à des fins de recherche scientifique, à l'instar du droit français, le législateur européen a

finalement choisi d'étendre le périmètre de la fouille de données couvert par la directive dans le cadre de deux exceptions. Le but de cette démarche est de favoriser à la fois l'activité des chercheurs européens et l'innovation des acteurs privés de l'économie numérique, dont les nouveaux modèles reposent sur la FTD²⁴. Mais si ces exceptions dédiées traduisent un équilibre apparent des intérêts en présence, celui-ci peut être remis en cause par la faculté de réservation reconnue aux titulaires de droits, leur permettant de renégocier les conditions d'utilisation de leurs contenus protégés.

A. Les exceptions de FTD : un équilibre apparent

Les deux régimes juridiques relatifs à la FTD instaurés par la directive 2019/790 ont une portée très différente. La première exception à des fins de recherche scientifique, définie à l'article 3, est d'ordre public et il ne peut y être dérogé contractuellement²⁵. Elle est clairement favorable aux acteurs de la recherche. La seconde exception consacrée à l'article 4 est plus large puisqu'elle est ouverte à toute entité, même si la fouille est réalisée dans un objectif commercial. Mais ce régime en faveur du *machine learning* et de l'intelligence artificielle, ne s'appliquera en réalité qu'à condition que les titulaires n'en aient pas expressément exclu l'usage, ce qui est plus respectueux de leurs droits de propriété intellectuelle. La question des bénéficiaires de ces exceptions a été extrêmement débattue et la distinction entre une exception à finalité scientifique et une autre à finalité commerciale traduit cette prise en compte, plus pragmatique, par

¹⁹ Comme l'ont fait l'Estonie le 1^{er} juill. 2017 – avec l'exception sans doute la plus large en Europe –, l'Allemagne le 1^{er} mars 2018, ou le RU – avec l'exception en faveur de la recherche interprétée de manière très extensive depuis 2014 afin d'englober la FTD. D'autres États, comme les USA, ont consacré le TDM en se fondant sur les notions très flexibles de *fair use* ou de *fair dealing*, qui laissent une grande latitude d'appréciation aux juges, permettant de couvrir ces fouilles massives d'œuvres. Le Japon a adopté une exception très large qui couvre toutes les activités de fouille, avec ou sans but commercial.

²⁰ CPI, art. L.122-5-10° pour les auteurs et L. 342-3-5° s'agissant des producteurs de bases de données.

²¹ Ce qu'a rappelé la Cour de justice récemment : CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-476/17, *Funke Medien*.

²² E. Treppoz, « Premiers regards sur la directive droit d'auteur dans le marché numérique », *JCP E* 2019, n° 27, p. 28. – C. Castets-Renard, « Vers une réforme du droit d'auteur pour un marché unique numérique : faire face aux GAFA ! », *Dalloz* 2016, p. 2172.

²³ Cons. 3.

²⁴ Cons. 8 et 18.

²⁵ Art. 7.1 : « toute disposition contractuelle contraire aux exceptions prévues aux articles 3, 5 et 6 est non exécutoire ».

l'Union européenne des réalités pratiques et des enjeux économiques²⁶.

1. Dispositions communes

L'ensemble des nouvelles exceptions relève de dispositions communes contenues aux articles 3 à 7 de la directive. Ainsi, en vertu de l'article 7 § 2, les exceptions demeurent soumises d'une part, à la limite du triple test prévu à l'article 5.5 de la directive 2001/29 et d'autre part, à l'article 6.4 de la même directive. Ainsi, aucune mesure technique de protection ne doit entraver l'exercice des nouvelles exceptions²⁷. Par ailleurs, les exceptions de FTD s'appliquent dès lors qu'une reproduction est réalisée et que l'acte met en œuvre le droit exclusif sans pouvoir bénéficier de l'exception obligatoire pour copie provisoire et accessoire. Cette dernière s'appliquera lorsque les techniques de fouille ne conduisent pas à la réalisation de copies qui dépassent le champ d'application de cette exception²⁸. Il sera sans doute délicat en pratique de tracer la frontière avec les nouvelles exceptions.

Surtout, et afin de faciliter la FTD, les exceptions ont été rendues obligatoires sur le territoire de l'UE et devront donc être transposées dans tous les droits nationaux. C'est un changement d'approche important qui était fondamental, l'harmonisation des régimes nationaux ayant pour objectif d'assurer une plus grande cohérence et l'effectivité des dispositions dans le marché unique du numérique²⁹.

Par ailleurs, le champ d'application des exceptions quant aux contenus susceptibles d'être fouillés est très large, l'objectif étant de permettre l'accès à tous les types de contenus,

textes, sons, images ou données informationnelles³⁰, quel que soit le droit de propriété intellectuelle en cause (droit d'auteur, droits voisins, y compris le nouveau droits voisin des éditeurs de presse et droit sui generis des producteurs de base de données), sans réserver l'exception à la fouille des textes, écrits scientifiques et bases données textuelles, comme c'est le cas de l'exception française qui devra être interprétée à la lumière de la directive³¹.

En revanche, les exceptions ne limitent que le droit de reproduction et sont sans incidence sur le droit de représentation. Ainsi, elles n'autorisent pas la diffusion d'objets protégés sans autorisation des ayants droit. Surtout, elles supposent, pour trouver application, que le bénéficiaire de l'exception ait un accès licite aux contenus fouillés, soit qu'il analyse des contenus disponibles en *open access*, soit qu'il y accède dans le cadre d'arrangements contractuels comme un abonnement souscrit par l'institution à laquelle il est rattaché, ou en vertu d'autres voies légales. Garantie essentielle pour les titulaires de droits, qui permet par ailleurs de soutenir la filière de l'édition en s'assurant qu'un abonnement a bien été acquitté par ceux qui procèdent à des fouilles de données. Cela justifie, selon le législateur européen, que l'exception de fouille de données à des fins scientifiques ne donne lieu à aucune compensation financière, le préjudice potentiel pour les ayants droit étant jugé minime³². Il appartiendra en principe à celui qui veut procéder à des fouilles de s'assurer au préalable de la licéité de son activité, mais la directive prévoit tout de même que :

« les personnes rattachées à un organisme de recherche ou à une institution du patrimoine

²⁶ V. en ce sens, C. Bernault, art. préc.

²⁷ Cons. 7. – V.-L. Benabou, « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 531, qui relève à juste titre que ce renvoi à l'article 6 de la directive 2001/29 « laisse dubitatif sur l'articulation pratique de cette exception avec les mesures techniques ».

²⁸ Cons. 9.

²⁹ Cons. 5. – C. Bernault, art. préc. – V. cpdt V.-L. Benabou, art. préc. qui souligne que l'article 25 de la directive semble laisser aux États une certaine liberté lors de la transposition des exceptions, qui pourrait remettre en question cette harmonisation européenne pourtant souhaitée.

³⁰ Cons. 8.

³¹ La question est discutée en doctrine, certains auteurs considérant que la loi du 7 octobre 2016 inclut les images et les sons dans le champ de l'exception (V.-L. Benabou, art. préc. – J.-C. Alleaume, « Les exceptions en faveur de l'enseignement et de la recherche scientifique », *Comm. com. électr.* oct. 2019, 3), alors que d'autres ont une interprétation plus restrictive (M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4^e éd., 2019, n° 670).

³² Cons. 17.

culturel qui a souscrit des abonnements à certains contenus sont réputées bénéficier de l'accès licite à ces abonnements »³³.

Reste que ces licences d'accès et abonnements ont un coût non négligeable et les chercheurs risquent d'être tributaires de la capacité financière des établissements à souscrire ces abonnements, sauf à développer les politiques fondées sur l'*open access*³⁴.

Enfin, la directive envisage le sort des copies de données réalisées pour permettre la fouille, souvent nécessaires. Elles pourront être conservées, notamment pour la vérification des résultats de la recherche. Il appartiendra aux États de définir les organismes chargés de la conservation des copies et les modalités de stockage qui devront être :

« proportionnées et limitées à ce qui est nécessaire à la conservation des copies en toute sécurité et à la prévention de leurs utilisations non autorisées »³⁵.

Les titulaires de droits pourront appliquer des mesures techniques s'il existe un risque que la sécurité et l'intégrité des réseaux soient compromises, à condition que ces mesures soient nécessaires et ne visent pas à bloquer la fouille des données³⁶. En revanche, la directive ne prévoit aucune disposition relative à l'effacement automatique des données. L'article 4.2 précise uniquement pour la seconde exception que les reproductions peuvent être conservées «aussi longtemps que nécessaire aux fins de la fouille de textes et de données ». Elles devraient donc être effacées dès lors qu'elles ne sont plus utiles ou nécessaires dans le cadre de l'opération de fouille, mais ce temps nécessaire pourrait s'avérer très long en pratique, surtout lorsque l'on sait que le

machine learning conduit en matière d'intelligence artificielle à fouiller en permanence ces banques de données³⁷.

2. Périmètre des exceptions

Les deux exceptions ont un périmètre très différent, l'une est spécifique et vise des usages très ciblés, l'autre est beaucoup plus générale. Ainsi, la première exception de FTD, définie à l'article 3 de la directive 2019/790, bénéficie exclusivement aux chercheurs des « organismes de recherche et des institutions du patrimoine culturel à des fins de recherche scientifique ». Sont expressément visés les universités, les établissements d'enseignement supérieur – y compris leurs bibliothèques –, les instituts de recherche, ou « toute autre entité ayant pour objectif de mener des recherches scientifiques », comme les hôpitaux qui font de la recherche, et au titre des institutions du patrimoine culturel, les bibliothèques accessibles au public, musées, services d'archives ou institutions dépositaires d'un patrimoine cinématographique ou sonore³⁸.

Une limite importante a été posée puisque l'exception ne couvre que les usages non commerciaux afin de préserver les intérêts des titulaires de droits. L'organisme de recherche doit ainsi exercer ses activités « à titre non lucratif ou en réinvestissant tous les bénéfices dans ses recherches scientifiques », ou bien encore « dans le cadre d'une mission d'intérêt public reconnue par un État membre »³⁹. Une difficulté tiendra sans doute à la notion de mission d'intérêt public et à son interprétation qui relèvent des États, ce qui limite le champ du texte⁴⁰.

Peu importe en revanche le financement de la recherche. L'exception couvre ainsi les partenariats public-privé, nombreux en

³³ Cons. 14.

³⁴ C. Bernault, *art. préc* : militant pour le développement de l'*open access*.

³⁵ Cons. 15. En revanche, « les utilisations de copies aux fins d'activités de recherche scientifique autres que la fouille de textes et de données, comme l'examen scientifique [une évaluation par exemple] par des pairs » devraient relever de l'exception relative à la recherche scientifique issue de l'article art. 5.3 a) de la directive 2001/29.

³⁶ Cons. 16 : ces mesures pourraient avoir pour objectif de « garantir que seules les personnes ayant

accès de manière licite à leurs données puissent y accéder, notamment sur la base de la validation de leur adresse IP ou de l'authentification de l'utilisateur ».

³⁷ V. en ce sens J.-C. Alleaume, *art. préc*.

³⁸ Art. 2.3.

³⁹ Cons. 12.

⁴⁰ Selon le considérant 12 de la directive, une mission d'intérêt public pourrait par exemple se traduire par un « financement public ou par des dispositions dans les législations nationales ou les marchés publics ». – C. Bernault, *art. préc*.

pratique, les organismes publics s'appuyant souvent sur les moyens financiers ou techniques de partenaires privés dans le cadre de leurs projets de recherche⁴¹. La directive pose cependant une condition afin d'éviter que l'exception ne soit détournée. Le partenaire privé ne doit pas exercer une influence déterminante lui attribuant un accès préférentiel aux résultats de la recherche, ce qui serait le cas d'une entreprise commerciale qui serait actionnaire ou associée, ce lien structurel lui garantissant un contrôle sur l'organisme de recherche⁴². En permettant aux structures privées qui financent la recherche scientifique de bénéficier de cette exception de FTD, le législateur européen s'est montré plus pragmatique que le législateur français qui a cantonné l'exception à la seule recherche publique.

La seconde exception plus générale est prévue à l'article 4 de la directive. Son périmètre est plus large et elle est moins contraignante pour les titulaires de droits. Ainsi, elle bénéficie à toute entité privée ou publique qui pratique la fouille massive de textes et de données et elle inclut les logiciels parmi les contenus pouvant être fouillés, contrairement à la première exception. Surtout, aucune finalité particulière n'est indiquée, l'article 4 visant seulement :

« les reproductions et les extractions d'œuvres et d'autres objets protégés accessibles de manière licite aux fins de la fouille de textes et de données ».

L'exception permet de couvrir la fouille à finalité commerciale ou pour « l'élaboration de nouvelles applications ou technologies »⁴³, ce que ne permet pas le droit français qui devra être complété pour inclure cette exception favorable aux acteurs du numérique. Cependant, l'exception est en réalité moins contraignante que la première puisque les titulaires de droits ont la faculté d'en bloquer l'exercice. En effet, selon l'article 4.3, l'exception s'applique uniquement si l'utilisation des contenus protégés n'a pas été « expressément réservée par leurs titulaires

de droits de manière appropriée ». Cette exception finalement optionnelle montre que l'équilibre apparent instauré par le législateur européen est incertain et pourrait être partiellement neutralisé. Deux pas en avant, un pas en arrière...

B. Un équilibre instable reposant sur un système d'*opt-out*

La faculté de réservation offerte aux titulaires de droits a été introduite comme contrepartie au caractère obligatoire et large de l'exception. Il s'agit d'une forme d'*opt-out* puisque le principe demeure la liberté de fouille des contenus, qui repose sur un consentement présumé du titulaire du droit, auquel il revient de manifester explicitement son refus d'accorder le droit de fouiller les contenus lui appartenant. Les titulaires de droits peuvent ainsi faire échec à l'exception de FTD, à condition toutefois que la réservation soit réalisée de manière appropriée, que ce soit « au moyen de procédés lisibles par machine, y compris des métadonnées et les conditions générales d'utilisation d'un site internet ou d'un service », par des clauses contractuelles ou une déclaration unilatérale⁴⁴. La réservation doit être clairement exprimée, de manière loyale et transparente, et ne peut pas faire obstacle à l'exception en faveur de la recherche scientifique, ni à l'exception de reproduction provisoire⁴⁵, ni même affecter « d'autres utilisations », sans autre précision sur ce que cela recouvre, ce qui laissera place à l'interprétation.

Il est encore trop tôt pour prendre la mesure et la portée de cette exception de FTD, favorable au développement de l'intelligence artificielle, mais elle pourrait n'avoir en pratique qu'une portée limitée si les titulaires de droits font usage, par précaution, de cette faculté d'*opt-out*. L'exception est finalement le fruit d'un compromis peu satisfaisant qui consiste à autoriser d'une main ce qui peut être retiré de l'autre. Si l'article 4 semble consacrer une mise en retrait du droit exclusif, la faculté de réservation offerte aux

⁴¹ Cons. 12.

⁴² Art. 2, 1, b et cons. 12.

⁴³ Cons. 18.

⁴⁴ Art. 4.3 et cons. 18.

⁴⁵ Sur les interrogations liées à la faisabilité de ce mécanisme et la nécessité d'un standard technique : Rapport de la Mission du CSPLA, « Intelligence artificielle et Culture », préc., spéc. p. 58.

titulaires de droits conduit en réalité à leur reconnaître un droit exclusif très fort, qu'ils peuvent opposer aux utilisateurs de contenus. L'enjeu tient ici à l'exploitation commerciale et à la recherche d'une juste répartition des revenus au profit des ayants droit, et à travers cette question, ce sont en réalité tous les équilibres qui sont susceptibles d'être remis en cause.

Ce compromis en demi-teinte devrait inciter les différents acteurs à négocier de bonnes pratiques afin de ne pas bloquer la FTD sans offrir pour autant un accès libre et gratuit à ces bibliothèques de données aux acteurs commerciaux, sans que ceux qui sont à la source des contenus fouillés n'en retirent aucun bénéfice. D'autres solutions devront sans doute être trouvées pour permettre une utilisation facilitée des contenus protégés.

Cela pourrait passer par la négociation de licences générales accordées par les sociétés de gestion collective qui pourraient offrir un accès aux contenus dans un format adapté⁴⁶. Les « licences collectives ayant un effet étendu », prévues dans la directive, pourraient sans doute constituer une réponse utile pour la FTD commerciale⁴⁷. Ce qui est certain, c'est que la directive, par cette limitation optionnelle, se décharge finalement de la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence et encourage plutôt les titulaires de droits et les acteurs du numérique à trouver ensemble des accords ou de bonnes pratiques pour encadrer la FTD à finalité commerciale. Reste à voir comment ces dispositions seront transposées et comment la pratique s'en emparera.

A.-E. K.

⁴⁶ En ce sens : Rapport de la Mission du CSPLA, « Intelligence artificielle et Culture », préc., spéc. p. 59.

⁴⁷ Art. 12 et cons. 46 : licences permettant « aux organismes de gestion collective de conclure des

licences sur une base volontaire, indépendamment du fait que l'ensemble des titulaires de droits aient autorisé l'organisme concerné à le faire ».