

**Dispositions sur le transfert de valeur dans la proposition de  
directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique  
(Considérants 38, 39, article 13)**

**Analyse**

**Agnès Lucas-Schloetter**

Dr. jur. habil. (Univ. Paris), akademische Oberrätin Ludwig-Maximilians-Universität, Munich

**Mars 2017**

**Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (recital 38, 39, article 13)**  
**An Appraisal**  
**Agnès Lucas-Schloetter\***

**Intro**

La Commission européenne a présenté en septembre 2016 son « paquet » droit d'auteur comprenant diverses mesures destinées à moderniser les règles européennes, parmi lesquelles une proposition de **directive sur le droit d'auteur dans le marché intérieur numérique**<sup>1</sup>. Cette proposition de directive contient notamment des dispositions visant à rééquilibrer le transfert de valeur qui profite à certaines plateformes en ligne au détriment des créateurs de biens culturels<sup>2</sup>. La question dite du *value gap*<sup>3</sup> est résumée par le considérant 37 en ces termes :

*Over the last years, the functioning of the online content marketplace has gained in complexity. Online services providing access to copyright protected content uploaded by their users without the involvement of right holders have flourished and have become main sources of access to content online. This affects rightholders' possibilities to determine whether, and under which conditions, their work and other subject-matter are used as well as their possibilities to get an appropriate remuneration for it.*

Les dispositions de la proposition de directive relatives au transfert de valeur - les considérants 38 et 39 ainsi que l'article 13 - ont fait l'objet de critiques parfois virulentes provenant de certains représentants des milieux académiques<sup>4</sup>. Il est principalement reproché au texte proposé par la Commission d'être incompatible avec la directive E-commerce et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Certaines voix qui se font l'écho de telles critiques contestent l'existence même d'un *value gap* à combler :

---

\* Dr. jur. habil. (Univ. Paris), akademische Oberrätin Ludwig-Maximilians-Universität, Munich.

<sup>1</sup> Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593 final.

<sup>2</sup> Un mouvement comparable peut être observé aux Etats-Unis, v. Sisario, *Music World Bands Together Against YouTube, Seeking Change to Law*, The New York Times 31 May 2016, <http://nyti.ms/1WXeqQB>.

<sup>3</sup> V. à ce propos la pétition, signée par plus de 22.000 artistes, „Make Internet Fair for Creators“, [www.makeinternetfair.eu](http://www.makeinternetfair.eu)

<sup>4</sup> S. Stalla-Bourdillon, E. Rosati et al., *Open Letter to the European Commission - On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society*, 30 September 2016, available at: <https://ssrn.com/abstract=2850483>. - C. Angelopoulos, *EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence*, 6 October 2016, available at: <http://kluwercopyrightblog.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/>. - S. Stalla-Bourdillon, E. Rosati, K. Turk, C. Angelopoulos, A. Kuczerawy, M. Peguera, M. Husovec, *A brief exegesis of the proposed Copyright Directive*, 24 November 2016, available at: <https://ssrn.com/abstract=2875296>. - C. Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, January 2017. - Max-Planck Institute for Innovation and Competition, *Position Statement on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules*, Part A, General Remarks, 27 January 2017, Part G, *Use of Protected Content on Online Platforms*, 1 March 2017, available at : <http://www.ip.mpg.de/en/research/intellectual-property-and-competition-law/position-statement-modernization-of-european-copyright-rules.html>. - European Copyright Society, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 January 2017, p. 7. - M. Husovec, *Holey cap ! CJEU drills (yet) another hole in the e-Commerce Directive's safe harbours*, (2017) JIPLP 115. - Copyright Reform: Open Letter from European Research Centres – <http://bit.ly/2loFISE>, 22 February 2017, p. 1.

*The idea of a “value gap” echoes a discourse almost exclusively fabricated by the music and entertainment industry. (...) This rhetoric seems scarcely concerned with empirical evidence. (...)*

*Actually, there is no clear evidence on the effects of copyright infringement in the digital environment, the scale of it, the nature of it, or the effectiveness of more aggressive enforcement strategies. (...) The “value gap” rhetoric echoes an over-exploited narrative identifying the internet as a “digital threat”, rather than a digital opportunity. Crafting important pieces of a reform that should promote the European Digital Single Market on the assumption of a “value gap” to close does endorse a rhetorical approach that would be apparently looking backwards, rather than forward. (...) The literature has shown to a certain degree of consistency that there is in fact an added value to promote, rather than a value gap to close<sup>5</sup>.*

De telles critiques, dont beaucoup sont excessives<sup>6</sup> et pour la plupart infondées, ne sont néanmoins pas représentatives de l'accueil qu'ont reçu, dans la communauté académique, les dispositions de la proposition de directive relatives au transfert de valeur. Nombreux sont en effet les auteurs pour qui la proposition de la Commission va dans la bonne direction, même si certains regrettent que les solutions préconisées soient trop timides<sup>7</sup>. Il convient notamment d'attirer l'attention sur la résolution adoptée le 18 février 2017 par le comité exécutif de l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) approuvant pleinement les propositions de la Commission Européenne sur ce point<sup>8</sup>.

Les dispositions de la proposition de directive concernant le transfert de valeur ne s'adressent pas à tous les prestataires de services de la société de l'information, mais seulement à certains d'entre eux. Seuls sont en effet visés les prestataires de services qui **stockent et fournissent un accès** au public à des œuvres ou d'autres objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins, mis en ligne par leurs utilisateurs. Le champ d'application des nouvelles règles contenues dans la proposition de directive est donc délimité par deux critères relatifs à l'activité du prestataire :

- stockage
- fourniture d'accès au public

---

<sup>5</sup> G. Frosio, *Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy*, 6 February 2017, available at: <https://ssrn.com/abstract=2912272>, pp. 7-8. See also Copyright Reform: Open Letter from European Research Centres, préc., p. 6: “the Commission’s proposals take the “value gap” as given as a rationale for intervention. The idea that the creation of value should lead automatically to transfer or compensation payments has no scientific basis. The concept was invented by the music industry in 2006, initially as a “value recognition right” in the copyright levy debate. (...) It is disturbing that the European legislator now appears to take the concept for granted”.

<sup>6</sup> See also C. Angelopoulos, *EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence*, 6.10.2016, Kluwer Copyright Blog: “Article 13(1) of the proposed directive is deeply worrying. It is ill-conceived, badly-worded and incompatible with established law. It betrays a bewildering lack of understanding of European copyright law and an alarming disregard for the law of fundamental rights”.

<sup>7</sup> V. par ex. M. Leistner, *Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators*, (2017) JIPLP, 136-149, fn 35: „In its recent copyright package, the Commission has made a rather cautious, limited attempt to address this challenge”.

<sup>8</sup> ALAI, *Resolution on the European proposals of 14 September 2016 to introduce fairer sharing of the value when works and other protected material are made available by electronic means*, 18 February 2017, available at: <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/170218-value-gap-en.pdf>.

Or ces deux critères cumulatifs sont empruntés à deux instruments législatifs distincts, le premier (stockage) à la définition de l'hébergeur consacrée à l'article 14 de la directive 2000/31, le second (fourniture d'accès au public) à la définition de la communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29 tel qu'interprété par la CJUE. Ces actes de stockage et de fourniture d'accès au public portent par ailleurs sur des contenus protégés par le droit d'auteur et les droits voisins mis en ligne (*uploaded*) par les utilisateurs du service.

Cette délimitation des prestataires concernés par les nouvelles règles proposées par la Commission appelle les observations suivantes. Il résulte de la double exigence de stockage et de fourniture d'accès que les agrégateurs<sup>9</sup> sont exclus du champ d'application des dispositions étudiées puisqu'ils utilisent les techniques de *linking* ou de *framing*, mais ne stockent pas les contenus auxquels ils donnent accès. Les moteurs de recherche ne sont pas non plus concernés dans la mesure où les contenus qu'ils stockent<sup>10</sup> ne sont pas mis en ligne par les utilisateurs. Sont par conséquent principalement visées par l'article 13 et les considérants 38 et 39 de la proposition de directive les plateformes 2.0 dites UUC<sup>11</sup> telles que YouTube, Dailymotion, Vimeo ou Soundcloud<sup>12</sup>.

## **I – La responsabilité primaire des plateformes UUC au titre du droit de communication au public**

### **Recital 38 para. 1 :**

*Where information society service providers store and provide access to the public to copyright protected work or other subject-matter uploaded by their users, **thereby** going beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to the public, they are obliged to conclude licensing agreements with rightholders, **unless** they are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31.*

Ce considérant soulève deux questions distinctes:

- les plateformes UUC accomplissent-elles un acte de communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29 ?
- peuvent-elles, dans l'affirmative, néanmoins bénéficier de l'exemption de responsabilité de l'article 14 de la directive 2000/31 ?

### **A) Le droit de communication au public (art. 3 Dir. 2001/29)**

Le considérant 38 de la proposition de directive apporte une précision bienvenue quant à la qualification, du point de vue du droit d'auteur, des services offerts par certains prestataires de service. Contrairement à

---

<sup>9</sup> Notamment les sites clairement illégaux comme les trackers BitTorrent tels que The Pirate Bay et, plus généralement tous les sites d'échange de fichiers (file sharing).

<sup>10</sup> Certains moteurs de recherche, notamment d'images, ne stockent eux-mêmes aucun contenu mais utilisent uniquement les techniques de linking ou de framing.

<sup>11</sup> User Uploaded Content, rather than UGG user generated content, dans la mesure où les utilisateurs se contentent généralement de mettre les contenus en ligne sans „générer“ quoi que ce soit.

<sup>12</sup> Les solutions proposées par la Commission pour résoudre le problème du transfert de valeur concernent donc essentiellement les industries musicales et audiovisuelles, et non le secteur de l'image, lequel est surtout menacé par les moteurs de recherche d'images.

ce qui a pu être avancé<sup>13</sup>, il s'agit seulement d'une clarification et non d'un bouleversement des règles existantes. L'affirmation n'est en rien contraire à la jurisprudence de la CJUE<sup>14</sup>, selon laquelle deux éléments sont indispensables pour constater une communication au public : l'acte de communication et la présence d'un public<sup>15</sup>.

Le second élément (la présence d'un public) ne soulève pas de difficultés particulières en matière de contenus mis en ligne sur les plateformes UUC. Le critère du **nombre indéterminé mais important de destinataires potentiels** est assurément rempli dans le cas d'un site accessible sans restriction particulière sur Internet. Quant au critère supplémentaire du **public nouveau**<sup>16</sup> que la CJUE a substitué à celui de « l'autre organisme » de l'article 11bis (1)(ii) de la Convention de Berne, il n'a vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse d'une communication secondaire, subséquente ou concomitante à une communication primaire. Il n'est donc pas pertinent en présence d'un seul et unique acte de communication au public tel que celui consistant à mettre des œuvres et objets protégés à la disposition du public sur des plateformes de contenus culturels<sup>17</sup>. Il est en tout état de cause rempli en ce qui concerne les œuvres et objets protégés mis en ligne sans le consentement des titulaires de droits<sup>18</sup>.

Quant à l'acte de communication, la CJUE retient traditionnellement deux critères principaux de définition : la **fourniture d'un accès** à l'œuvre d'une part<sup>19</sup>, le **rôle incontournable** de celui à qui l'acte est imputé et

---

<sup>13</sup> S. Stalla-Bourdillon, E. Rosati, K. Turk, C. Angelopoulos, A. Kuczerawy, M. Peguera, M. Husovec, *A brief exegesis of the proposed Copyright Directive*, p. 13 s. - C. Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, January 2017, p. 31 s. – G. Frosio, préc. p. 15.

<sup>14</sup> Pour une synthèse de la jurisprudence de la CJUE sur ce point, v. A. Lucas-Schloetter, *L'harmonisation des droits économiques dans l'Union européenne*, Les cahiers de propriété intellectuelle, 2016 vol.28 n° 1, 167-201.

<sup>15</sup> CJEU 13.2.2014, C-466/12, *Svensson*, para. 16. – CJEU 19.11.2015, C-325/14, *SBS Belgium*, point 15. – CJEU 31.5.2016, C-117/15, *Reha Training*, point 37. – CJEU 8.9.2016, C-160/15, *GS Media*, point 32. - Opinion of the AG Szpunar, 8.2.2017, C-610/15, *Stichting Brein/ Ziggo*, para. 36.

<sup>16</sup> Selon une jurisprudence de la CJUE désormais bien établie, l'acte de communication au public doit s'adresser à un public nouveau, c'est-à-dire un public n'ayant jamais été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public (*SGAE* points 40 et 42; *FAPL* point 197; *Airfield* point 72; *PPL* point 51; *OSA* point 31; *Svensson* point 24; *Bestwater* point 14; *Sociedade Portuguesa* point 21; *Reha Training* point 45; *GS Media* point 37).

<sup>17</sup> Il ne s'agit pas en effet ici d'apprécier le rôle d'un opérateur qui élargit l'audience d'une œuvre préalablement communiquée au public par un tiers, mais d'appréhender sa responsabilité pour sa participation à un acte premier de communication au public. Il n'y a pas d'acte subséquent à une communication initiale, mais un seul acte de communication au public (mise en ligne d'œuvres protégées sur le site UUC) dont il s'agit de déterminer à qui il peut être imputé, plus exactement de savoir s'il peut être imputé conjointement à plusieurs personnes. S. also supporting this view, Opinion of the AG Szpunar, 8.2.2017, C-610/15, *Stichting Brein/ Ziggo*, para. 4: “the problems raised in the present case are in my view substantially different from those in two recent cases concerning the right to communicate works to the public via the internet, namely *Svensson and Others* and *GS Media*. Those cases concerned the secondary communication of works already accessible on the Internet by a person providing the online content himself, whereas the present case concerns original communication, made on a peer-to-peer network. I do not therefore think that the Court's reasoning in those cases can be directly applied to the case in the main proceedings”.

<sup>18</sup> V. en ce sens Opinion of the AG Szpunar, 8.2.2017, C-610/15, *Stichting Brein/ Ziggo*, para. 47: “the new public condition must be assessed in relation to the public taken into account by the author when he gave his consent. If the author of the work has not consented to it being shared on a peer-to-peer network, the users of that network constitute by definition a new public”.

<sup>19</sup> CJEU, *Svensson*, para. 19: „As is apparent from Article 3(1) of Directive 2001/29, for there to be an ‘act of communication’, it is sufficient, in particular, that a work is made available to a public in such a way that the persons forming that public may access it, irrespective of whether they avail themselves of that opportunity (see, by analogy, Case C- 306/05 *SGAE*, para. 43). – *GS Media*, para. 48.

le **caractère délibéré** de son intervention d'autre part<sup>20</sup>. Or ces deux critères sont satisfaits aussi bien dans la personne de l'exploitant que dans celle des utilisateurs de la plateforme UUC<sup>21</sup>. En effet, les œuvres ne sont pas communiquées au public si les internautes ne les mettent pas en ligne, mais ces derniers ne peuvent les mettre en ligne sans l'entremise de la plateforme UCC. Un seul et même acte de communication requiert la participation de plusieurs intervenants.

L'appréciation du rôle de l'exploitant d'une plateforme UUC se résume finalement au point de savoir si ce dernier se contente de fournir une infrastructure neutre<sup>22</sup> ou s'il intervient au contraire de façon causale et décisive dans le processus de communication des œuvres au public. Soit sa contribution à la mise à disposition des œuvres au public est trop insignifiante pour constituer un acte d'exploitation et seul l'utilisateur uploader sera alors considéré comme ayant effectué l'acte de communication au public. Soit son intervention délibérée est au contraire indispensable pour que le public puisse avoir accès aux œuvres, et l'exploitant de la plateforme effectue alors un acte relevant du droit d'auteur.

La CJUE ne s'est pas encore prononcée sur ce point, mais aura bientôt l'occasion de le faire dans une hypothèse concernant, non pas une plateforme UUC, mais le célèbre tracker BitTorrent *The Pirate Bay*. Or, dans ses conclusions publiées le 8 février 2017, l'AG Szpunar s'est exprimé en ces termes :

*It remains to be decided who the persons are, on a peer-to-peer network, who originated the making available of the works which are shared on it: its users or the operator of an indexing site such as The Pirate Bay.*

*Users, by installing on their computers and starting the sharing software (the BitTorrent client), and providing The Pirate Bay with the torrents that allow the files present on their computers to be traced, and by leaving those computers on so that they can remain active on the network, are intentionally making the works in their possession available to other users of the network.*

*However, those works would not be accessible and the operation of the network would not be possible, or would at any rate be much more complex and its use less efficient, without sites such as The Pirate Bay, which enable works to be found and accessed. The operators of those sites therefore arrange the system, which enables users to access works that are made available by other users. Their role may therefore be*

---

<sup>20</sup> CJEU *GS Media*, para. 35: "Of those criteria, the Court emphasised, in the first place, the *indispensable role played by the user and the deliberate nature of its intervention*. The user makes an act of communication when it intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give access to a protected work to its customers, and does so, in particular, where, in the absence of that intervention, its customers would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work". V. dans le même sens *SGAE* point 42; *FAPL* points 195-196; *Del Corso* point 82; *PPL* point 31; *OSA* point 31; *Sociedade Portuguesa* points 14-17; *Reha Training* points 47-48. S. also Opinion of the AG Szpunar, 8.2.2017, C-610/15, *Stichting Brein/ Ziggo*, para. 37.

<sup>21</sup> *Contra Frosio*, préc., p. 16: „As end-users physically upload the work, they alone apparently can fulfill the requirement of being that necessary intervention enabling the new public to enjoy the protected work“. – Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, p. 32: "Arguably, with hosting, it is not the provider itself that intervenes to communicate the work to the public, but the user who took advantage of the provider's services. The platform itself is, at worst, merely providing the means used by somebody else to achieve a communication to the public".

<sup>22</sup> V. le considérant 27 de la directive 2001/29 excluant du droit de communication au public la simple fourniture d'installations physiques destinées à permettre ou à réaliser une communication.

*regarded as necessary.*<sup>23</sup>

*The intervention of those operators therefore meets the conditions of being necessary and deliberate, laid down in the case-law of the Court. Those operators should therefore in my view also be considered, simultaneously and jointly with the users of the network, as originating the making available to the public of works that are shared on the network without the consent of the copyright holders.*<sup>24</sup>

L'avocat général Szpunar se prononce ainsi clairement en faveur d'une **responsabilité conjointe** de l'exploitant et des utilisateurs de la plateforme pour le même acte de communication au public<sup>25</sup>, comme la CJUE avait pu le faire pour le radiodiffuseur et l'opérateur de bouquet satellitaire dans l'arrêt *Airfield*<sup>26</sup>.

Au niveau national, rares sont les tribunaux à avoir admis qu'un seul acte relevant du droit d'auteur (*copyright restricted act*) puisse être imputé à deux personnes distinctes. Généralement, lorsque la responsabilité de plusieurs intervenants est engagée pour un acte de contrefaçon, il s'agit d'une responsabilité secondaire<sup>27</sup> et non pas primaire<sup>28</sup>. S'agissant tout particulièrement des plateformes UUC, la question de leur responsabilité primaire pour la mise à disposition illégale d'œuvres et autres objets protégés est rarement examinée par les tribunaux, tout au moins dans les pays comme la France, l'Espagne ou l'Italie où la question d'une éventuelle immunité du prestataire de services sur le fondement de la directive E-commerce est en général examinée avant le fond du litige.

---

<sup>23</sup> Opinion of the AG Szpunar, 8.2.2017, C-610/15, *Stichting Brein/ Ziggo*, para. 48-50.

<sup>24</sup> Opinion of the AG Szpunar, 8.2.2017, C-610/15, *Stichting Brein/ Ziggo*, para. 53, rajoutant néanmoins une condition tenant à la connaissance (*if they are aware of that illegality and do not take action to make access to such works impossible*) pour tenir compte de ce que The Pirate Bay "se limite à répertorier les contenus présents sur le réseau peer-to-peer, c'est-à-dire les métadonnées afférents aux œuvres qui sont proposés aux fins de partage par les utilisateurs du réseau" (point 51), ce qui n'est pas le cas des plateformes UUC qui stockent les contenus mis en ligne par les utilisateurs de leurs services.

<sup>25</sup> V. déjà l'affaire *Football Dataco Ltd/ Sportradar GmbH* concernant la notion de « réutilisation » d'une base de données, sorte de droit de communication au public défini comme „toute forme de mise à disposition du public“ de son contenu, à propos de laquelle l'AG Cruz Villalón affirmait: „Le fait que ... la ‚réutilisation‘ soit le résultat de la réalisation d'une série de comportements imputables à des sujets différents n'implique pas que chacun de ces comportements ne puisse en soi être considéré comme un acte de ‚réutilisation‘ au sens et avec les conséquences de la directive 96/9. Il est clair que chacun desdits comportements n'a de sens qu'en ce qu'il fait partie de cet acte complexe, partant, ils ne peuvent que participer de la qualification de l'acte en question“ (Opinion AG Cruz Villalón, 21.06.2012, C-173/11, point 47).

<sup>26</sup> CJEU *Airfield/ Sabam* C-431/09 and C-432/09, para. 56, 74 s. Dans l'affaire *SBS Belgium* (CJUE 19.11.2015, *SBS Belgium / Sabam*, C- 325/14) la CJUE a en revanche refusé d'imputer l'acte de communication au public conjointement au distributeur et au radiodiffuseur utilisant la technique de l'injection directe.

<sup>27</sup> La notion de secondary liability est utilisée ici comme terme générique englobant les notions de vicarious and contributory (incl. for inducement) liability du droit US, les doctrines de l'autorisation et de la joint tortfeasance du droit UK, la Störerhaftung du droit allemand ou la contrefaçon par fourniture de moyens du droit français, c'est-à-dire toutes les hypothèses où la responsabilité d'une personne est retenue alors pourtant qu'elle n'a pas elle-même effectué l'acte de reproduction, de distribution ou de communication au public.

<sup>28</sup> V. néanmoins en Australie, l'arrêt de la Cour Fédérale rendu à propos d'un service de cloud computing et admettant qu'un acte de reproduction puisse être conjointement effectué par deux personnes: *National Rugby League Investments Pty Ltd v Singtel Optus Pty Ltd* [2012] FCAFC 59: „Without the concerted actions of both there would be no copy made (...). They have needed to act in concert to produce – they each have contributed to – a commonly desired outcome“ (at 76) and thus can „both properly be said to be jointly and severally responsible for the act of making the copies“ (at 77). V. aussi l'arrêt de la Cour fédérale allemande BGH 11.1.2017, GRUR 2017, 273 – kinox.to, admettant la responsabilité (pénale) conjointe des exploitants de la plateforme de vidéos et des utilisateurs uploaders.

La question de l'imputabilité de l'acte de communication au public à l'opérateur d'une plateforme UUC ou d'un agrégateur de liens n'a semble-t-il été discutée qu'en Allemagne et au Royaume-Uni, et la réponse donnée par la jurisprudence dans ces deux pays est diamétralement opposée. La High Court of Justice anglaise a en effet admis à plusieurs reprises « the possibility that more than one person may be involved in an act of communication to the public » et considéré que « the communication to the public involves both the operators of websites, who provide a mechanism specifically designed to achieve this, and the users, who provide the actual recordings »<sup>29</sup>.

En Allemagne, deux procès médiatisés opposant la GEMA à YouTube ont été menés respectivement devant la Cour d'appel de Hambourg<sup>30</sup> et celle de Munich<sup>31</sup>. Les juges allemands ont admis que le répertoire musical mis à disposition des internautes par YouTube est comparable, du point de vue quantitatif et qualitatif, à celui d'exploitants commerciaux comme Spotify. Aucune des deux cours saisies n'a pourtant voulu admettre la responsabilité primaire de YouTube pour la mise à disposition de contenus contrefaisants uploaded par les utilisateurs de la plateforme. Cette jurisprudence est néanmoins critiquée par une partie de la doctrine allemande qui émet notamment des doutes quant à sa compatibilité avec le droit européen<sup>32</sup>. Leistner<sup>33</sup> fait par exemple observer:

*What has been overlooked by most German lawyers in this context is that the original premise of that case law, which does not assume an own act of use by the platforms because of the absence of individual knowledge of the specific infringements, of actual posting of the material by the individual users and owing to the predominantly automatic structuring of content by the platforms, is not self-evident from the perspective of the EU law*<sup>34</sup>.

*EU case law on the right of communication to the public tends to view the existence of an act of use within the context of an evaluative economic consideration as being dependent on who offers independently structured content within their own product (principal role of the user) with their own economic interests within the context of their own services for a selected public. If this is the case, **there may be several***

---

<sup>29</sup> *EMI v British Sky Broadcasting* 28.2.2013 [2013] EWHC 379 (Ch), at 46. S. also *FAPL v British Sky Broadcasting* 16.7.2013 [2013] EWHC 2058 (Ch), at 42; *Paramount Home Entertainment International v British Sky Broadcasting* 13.11.2013 [2013] EWHC 3479 (Ch), at 34: „Viewed from the perspective of the user, the websites do in a very real sense make the content available to the public“.

<sup>30</sup> OLG Hamburg 1.7.2015, *GEMA / YouTube*: GRUR-Prax 2016, 44.

<sup>31</sup> OLG München 28.1.2016 *Allegro Barbaro*: GRUR-Prax 2016, 130. La Cour d'appel de Munich refuse de retenir la responsabilité de YouTube comme auteur direct (*Täter*) de la contrefaçon au motif que l'acte de mise à disposition des œuvres au public serait effectué exclusivement par l'internaute *uploader*. La circonstance que les contrefaçons n'auraient pu être commises sans la contribution de YouTube est, selon la Cour, insuffisante pour retenir la responsabilité de l'opérateur qui se contenterait de mettre une infrastructure à la disposition des internautes.

<sup>32</sup> L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne tient notamment au fait que la jurisprudence allemande subordonne l'atteinte au droit d'auteur à la condition que l'opérateur se soit approprié les contenus (*sich-eigen-machen*). La Cour d'appel de Munich, dans son arrêt du 28 janvier 2016, justifie par exemple son refus de retenir la responsabilité primaire de YouTube par la constatation que ce dernier n'entend pas assumer la responsabilité des contenus mis en ligne par les utilisateurs. Or ce critère emprunté au droit de la presse, s'il peut éventuellement être utile pour distinguer l'éditeur de l'hébergeur, n'est en revanche pas pertinent pour qualifier un acte de communication au public.

<sup>33</sup> Professeur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich.

<sup>34</sup> Leistner, *Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators*, (2017) *JIPLP*, 136-149, at 139.



***simultaneous offenders to whom the infringement of copyright may be attributed, each as an individual act***<sup>35</sup>.

L'argument tenant au **caractère automatique du processus** de mise en ligne des contenus sur les plateformes UUC, utilisé notamment pour dénier le caractère délibéré de l'intervention du prestataire de service, n'est en particulier pas convaincant. Le fait que le processus soit entièrement automatisé n'implique pas, tout d'abord, que l'intervention du prestataire ne soit pas délibérée, puisque derrière tout algorithme se « cache » une personne humaine<sup>36</sup>. L'absence de **contrôle** est, ensuite, parfaitement indifférente du point de vue du droit d'auteur et totalement insuffisante pour refuser dans voir dans l'activité de la plateforme UUC un acte de communication au public. La maîtrise de la présence des fichiers sur le site n'a en effet aucune incidence pour caractériser un acte de communication au public. La circonstance que les utilisateurs de la plateforme UUC peuvent retirer quand bon leur semble les contenus qu'ils ont mis en ligne et que l'exploitant de ladite plateforme n'a par conséquent aucune influence sur leur maintien, est sans conséquence du point de vue du droit d'auteur<sup>37</sup>.

⇒ La réalisation d'un acte de communication au public n'est pas subordonnée à la condition que l'auteur de l'acte ait la maîtrise matérielle des œuvres, il suffit qu'il fournisse un accès à ces dernières<sup>38</sup>.

Il en est de même du critère de la **connaissance** (*knowledge*) qui n'est pas non plus un élément de définition de la communication au public. L'ignorance du caractère contrefaisant des contenus stockés est en principe insuffisante pour conclure que l'exploitant d'une plateforme UUC n'effectue aucun acte de communication au public. L'existence d'un acte d'exploitation est en effet indépendante de la bonne ou mauvaise foi de l'opérateur. La CJUE a certes consacré récemment dans l'affaire *GS Media* le critère de la connaissance, par le poseur de liens, du caractère illicite de la mise à disposition de l'œuvre sur le site source vers lequel renvoie ce lien<sup>39</sup>. Une telle injection d'un élément subjectif dans la définition du droit de communication

---

<sup>35</sup> *Op. cit.*, at 140.

<sup>36</sup> V. notamment la jurisprudence allemande récente qui réfute expressément l'argument du caractère automatique au motif que l'exploitant de la plateforme programme lui-même les algorithmes utilisés, v. en ce sens l'arrêt de la cour d'appel de Berlin du 28.9.2015 (GRUR-RR 2016, 265) à propos du service Google-Shopping, et celui du tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de Berlin du 26.1.2016 (MMR 2016, 624) à propos du service „Marketplace“ d'Amazon: „die Auswahlkriterien finden Eingang in einen Algorithmus, der zwar automatisch ohne menschliche Intervention abläuft, über dessen Einsatz aber ein Mensch entscheidet. Der Algorithmus stellt nur das Mittel dar, mit dessen Hilfe die Auswahl getroffen wird“.

<sup>37</sup> L'argument a été avancé en matière de linking où le poseur de liens n'a aucune maîtrise des contenus vers lesquels il renvoie puisque ces derniers sont stockés sur les serveurs d'un tiers, et a été reçu dans le passé, notamment par la jurisprudence allemande (v. par ex. BGH 17.7.2003, *Paperboy*, GRUR 2003, 958 et BGH 16.5.2013, *Die Realität*, GRUR 2013, 818: la fourniture d'un hyperlien ne constitue pas une mise à disposition relevant du droit exclusif de l'auteur car l'œuvre ne se trouve pas sous le contrôle du poseur de liens). Il n'est cependant pas compatible avec la jurisprudence plus récente de la CJUE qui voit dans la pose d'un hyperlien un acte de communication (CJUE 13.2.2014, C-466/12, *Svensson*, point 20).

<sup>38</sup> Contrairement au linking, l'absence de maîtrise n'est d'ailleurs pas totale en ce qui concerne les plateformes UUC puisque les contenus sont stockés sur les serveurs de l'opérateur, lequel a par conséquent une influence sur leur maintien sur son site.

<sup>39</sup> CJUE 8.9.2016, C- 160/15, *GS Media*, point 49. V. aussi, à propos du célèbre tracker BitTorrent The Pirate Bay, Opinion of the AG Szpunar, 8.2.2017, C-610/15, *Stichting Brein/ Ziggo*, para. 53, selon lequel l'exploitant du site effectue un acte de communication au public dès qu'il a connaissance du caractère illicite des contenus auxquels il renvoie.

au public est regrettable. Elle ne concerne néanmoins que les hypothèses de communication secondaire et n'est donc pas applicable aux plateformes UUC qui stockent et donnent elles-mêmes accès à des œuvres et objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins. La présomption de connaissance du caractère illicite, consacrée par la CJUE pour les liens posés à titre lucratif<sup>40</sup>, serait en toute hypothèse applicable auxdites plateformes UUC.

⇒ Le **critère** décisif du droit de communication au public est celui de **l'accès et non du contrôle**

Aucune disposition du droit international ou européen du droit d'auteur, ni aucune jurisprudence<sup>41</sup> n'interdit par ailleurs d'**imputer à deux opérateurs distincts un seul et même acte de communication au public** et d'admettre par conséquent la **responsabilité conjointe de l'exploitant d'une plateforme UUC et de l'utilisateur ayant posté le contenu contrefaisant**. La thèse de l'imputabilité d'une communication au public à deux personnes distinctes, admise dans les années 1980-1990 en matière de câblodistribution<sup>42</sup>, est aujourd'hui également défendue à propos des plateformes UUC, notamment des deux côtés du Rhin. Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) français, dans son rapport sur l'articulation des directives 2000/31 et 2001/29 du 3 novembre 2015, estime ainsi que le même acte de mise à disposition du public peut être imputé à deux personnes (l'internaute uploader et le responsable du site) et que

*l'opération de post d'un contenu protégé par l'utilisateur du service et celle de mise en ligne technique par le prestataire de services de la société de l'information s'analysent en un seul et unique acte au sens du droit d'auteur. En effet, l'appréhension morcelée, possible intellectuellement, n'aurait pas de sens en ce que les opérations prises de manière autonome n'ont pas d'intérêt en tant que telles. Le prestataire est dépendant de l'utilisateur qui lui fournit le contenu et l'internaute utilisateur doit avoir recours au service du prestataire qui, par son intervention, donne accès à l'œuvre. La finalité est unique<sup>43</sup>.*

Le CSPLA propose notamment d'insérer un nouveau considérant 16bis dans la directive 2001/29 aux termes duquel

*La fourniture au public d'un accès à des œuvres et/ou à des objets protégés, laquelle ne se confond pas avec la simple fourniture d'installations visée au considérant 27 de la présente directive, caractérise un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public au sens de l'article 3. Cet acte est accompli, sous sa responsabilité, par le prestataire qui fournit un tel accès. Lorsque l'œuvre ou l'objet protégé est transmis audit prestataire par un utilisateur de ses services afin qu'il en soit donné accès au*

---

<sup>40</sup> CJUE 8.9.2016, C- 160/15, *GS Media*, point 51.

<sup>41</sup> La CJUE a certes refusé, dans l'arrêt *SBS Belgium*, de retenir la responsabilité conjointe du distributeur et du radiodiffuseur en matière d'injection directe, sans exclure néanmoins de manière générale le principe de l'imputation d'un acte de communication à deux opérateurs, principe qu'elle avait d'ailleurs admis dans l'arrêt *Airfield*.

<sup>42</sup> V. OMPI/Unesco, Comité d'experts gouvernementaux sur les œuvres audiovisuelles et les phonogrammes, Doc. UNESCO/OMPI/CGE/AWP/3, 25 avril 1986, Principe AW 36, p.30 : « l'organisme de radiodiffusion transmettant le programme par un satellite du service fixe et l'organisme distribuant le programme par câble devraient être considérés comme responsables – conjointement – vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur sur les œuvres audiovisuelles en cause ».

<sup>43</sup> CSPLA, *Mission sur l'articulation des directives 2000/31 'commerce électronique' et 2001/29 'société de l'information'* présidée par le professeur Pierre Sirinelli – Rapport et propositions, 3 novembre 2015, p. 11-12.

*public, l'acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public est accompli par le prestataire et ledit utilisateur ensemble ; il engage leur responsabilité solidaire*<sup>44</sup>.

En Allemagne aussi, d'éminents auteurs défendent l'idée d'une responsabilité primaire conjointe de l'utilisateur et de l'exploitant d'une plateforme UUC dans la réalisation d'un acte de communication au public. Outre Leistner précédemment cité, Ohly<sup>45</sup> estime également que

*The user and the operator of the portal have both a considerable part in the communication to the public: the user is triggering it technically, the operator of the portal determines its conditions as well as its presentation, supplies the actual transmission to the public and thereby may possibly generate revenues. Both act in a work-sharing way*<sup>46</sup>.

*It results from the Airfield ruling that a single copyright restricted act may be attributed to several users of the protected works. (...) It would be flawed to consider two subsequent actions – first of the user and then of the operator of the portal – as both contributions constitute a single action of using a copyright protected work. The Airfield ruling indicates that, depending on the circumstances of the individual case, this action may be attributable to both, the user and the operator of the portal*<sup>47</sup>.

⇒ The act of communication to the public is jointly performed by the UUC platform and the user posting the content

Le premier alinéa du considérant 38 de la proposition de directive apporte donc une précision bienvenue qui n'est en rien incompatible avec la notion de communication au public telle qu'elle est interprétée par la CJUE. La question se pose néanmoins de savoir si la solution retenue par la Commission Européenne pour clarifier le rôle des plateformes UUC du point de vue du droit d'auteur n'est pas trop discrète. Plutôt que d'énoncer la règle dans un simple considérant, ne serait-il pas préférable de la consacrer dans un article de la nouvelle directive ? C'est la voie préconisée par le CSPLA français qui, dans son dernier rapport publié en décembre 2016, propose d'ajouter à l'article 3 de la directive 2001/29 relatif au droit de communication au public un nouvel alinéa 3 ainsi libellé :

*Constitue un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public tout acte consistant à donner accès à un public à une œuvre et/ou à un objet protégé.*

---

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 10. V. aussi Sirinelli, Bénazéraf, Bensamoun, *Pour une évolution des textes applicables à certains prestataires de services?*, Dalloz IP/IT 2016, p. 186: „Les personnes concernées rendent l'oeuvre accessible au public. Cette mise en oeuvre du droit d'auteur est accomplie par deux catégories de personnes: d'une part, l'internaute qui „poste“ le contenu; d'autre part, le prestataire de services qui fournit les moyens et met en contact avec le public“.

<sup>45</sup> Egalement professeur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich.

<sup>46</sup> Ohly, *Der unionsrechtliche Rahmen der Haftung von Intermediären*, Opinion on the request of the GEMA, 2015, n°84 p. 33.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, n°88 p. 35. V. aussi Lausen, *Unmittelbare Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers für Dritthandlungen*, colloque organisé le 20 janvier 2017 à Munich par l'Institut für Urheber- und Medienrecht, *Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen*, selon qui les plateformes UUC comme YouTube sont caractérisées par une répartition des tâches quant à la communication des œuvres : l'internaute utilisateur du service procède à la livraison par l'upload (action qui ne constituerait pas un copyright relevant act), la plateforme, qui agit en son nom et pour son compte, mettant quant à elle à disposition et transmettant les contenus à la demande des internautes.

*Cet acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public peut être effectué par une ou plusieurs personnes, simultanément ou successivement, initialement ou par un acte secondaire*<sup>48</sup>.

En Allemagne, deux universitaires de renom, les professeurs Leistner et Metzger<sup>49</sup>, ont récemment publié un article dans un grand quotidien de la presse allemande, le *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, proposant un système à deux niveaux pour « régler le problème de l'utilisation illégale de la musique ». Ils préconisent notamment de clarifier le rôle et la fonction des plateformes et d'admettre qu'elles effectuent un copyright restricted act dans la mesure où elles proposent des services qui, du point de vue du contenu, concurrencent l'exploitation normale de l'œuvre, c'est-à-dire les plateformes ayant un contenu structuré de vidéos, musique ou images<sup>50</sup>. Comme Leistner l'explique à un autre endroit, il s'agit au fond d'opérer une distinction entre les 'competing providers', i.e. intermediaries offering products that compete with the exploitation of works by right holders et les 'complementary providers' such as access providers and pure search engines, which would be exempted from primary copyright liability<sup>51</sup>.

La consécration d'une responsabilité primaire de certaines plateformes UUC pour l'acte de communication au public effectué conjointement avec l'internaute uploader entraîne pour celles-ci, sauf à bénéficier de l'exemption de responsabilité de l'article 14 de la directive 2000/31, l'obligation d'obtenir les autorisations nécessaires des titulaires de droits. Il apparaît souhaitable d'étendre les effets d'une telle autorisation aux usagers de la plateforme : le contrat de licence conclu par l'exploitant de la plateforme UUC couvre les actes de mise en ligne accomplis par les usagers à des fins non professionnelles<sup>52</sup>. Il ne semble en revanche ni nécessaire ni souhaitable de consacrer une nouvelle exception au droit d'auteur, même compensée par un droit à rémunération, pour les mises en ligne effectuées par les internautes à des fins non commerciales<sup>53</sup> ou, sur le modèle canadien, pour tous les contenus non commerciaux générés par les utilisateurs<sup>54</sup>.

## **B) Le statut d'hébergeur (art. 14 Dir. 2000/31)**

L'article 14 de la directive E-commerce relatif aux fournisseurs d'hébergement contient deux niveaux de réglementation :

- la définition de l'activité d'hébergement d'une part,
- les conditions auxquelles l'hébergeur peut se prévaloir d'une exemption de responsabilité d'autre part.

---

<sup>48</sup> CSPLA, *Mission sur le droit de communication au public* – Rapport et propositions par Sirinelli, Benazeraf et Bensamoun, Décembre 2016 <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique>.

<sup>49</sup> Professeur à l'Université Humboldt de Berlin.

<sup>50</sup> Matthias Leistner and Axel Metzger (2017), *Wie sich das Problem illegaler Musiknutzung lösen lässt*, available at: [http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse14601949.html?printPageArticle=true#pageIndex\\_2](http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse14601949.html?printPageArticle=true#pageIndex_2).

<sup>51</sup> Leistner, *Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators*, (2017) *JIPLP*, 136-149, at 143.

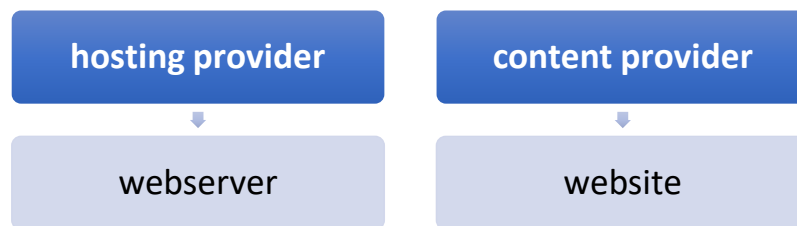
<sup>52</sup> V. en ce sens CSPLA, *Mission sur l'articulation des directives 2000/31 'commerce électronique' et 2001/29 'société de l'information'*, préc. note 43, proposant d'insérer un nouvel article 9bis dans la directive 2001/29 dont l'alinéa 3 disposerait que l'autorisation consentie aux prestataires de service par les titulaires de droits « couvre les actes accomplis par les utilisateurs de ces services lorsqu'ils transmettent auxdits prestataires les œuvres et/ou objets protégés afin d'en permettre l'accès (...) dès lors que ces utilisateurs n'agissent pas à titre professionnel ».

<sup>53</sup> V. en ce sens Leistner & Metzger, préc. note 50.

<sup>54</sup> V. l'art. 29.21 de la loi canadienne sur le droit d'auteur.

## 1) La notion d'hébergement

L'activité d'hébergement est définie de façon très large comme le fait de « stocker des informations fournies par un destinataire du service ». Ni le caractère purement technique de l'activité, ni la neutralité du prestataire vis-à-vis des contenus qu'il héberge, pas plus que l'absence de connaissance ou de contrôle ne sont des critères de définition du statut d'hébergeur. A l'époque de l'adoption de la directive, bien antérieure au Web 2.0, les seuls prestataires qui stockent des informations fournies par les destinataires de leur service sont les hébergeurs de sites web qui mettent à la disposition de leurs clients des serveurs, dédiés ou mutualisés, où sont stockées les données nécessaires au fonctionnement des sites web. La prestation n'est pas de pur stockage puisque le serveur qui héberge le site transmet, à chaque requête d'un internaute, la page demandée du site hébergé au navigateur de l'internaute<sup>55</sup>. Elle est néanmoins purement technique, sans la moindre intervention sur le contenu du site web hébergé dont la conception est uniquement du ressort de l'exploitant du site, le fournisseur de contenus, assisté ou non d'un webmaster. L'hébergeur loue des espaces sur ses serveurs mais n'intervient pas dans l'architecture, le choix des rubriques, l'organisation des contenus des sites qu'il héberge.



## 2) L'exemption de responsabilité

L'article 14 de la directive 2000/31 explicite ensuite les conditions auxquelles l'hébergeur ainsi défini bénéficie d'une limitation de responsabilité : dès qu'il prend connaissance ou conscience du caractère illicite de l'activité, il doit agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à ces dernières impossible. La notion clé de **connaissance** de l'illicéité des informations stockées n'est donc pas un élément de définition de l'activité d'hébergement, mais un critère de mise en œuvre de l'exemption de responsabilité.

On en déduit que le prestataire peut revendiquer la qualité d'hébergeur sans pour autant bénéficier de l'exemption de responsabilité lorsqu'il stocke par exemple des données fournies par les utilisateurs de son service, mais qu'il a conscience et/ou connaissance de leur illicéité<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> C'est la raison pour laquelle le législateur européen ne requiert pas de l'hébergeur une absence de connaissance absolue ni de contrôle sur les contenus.

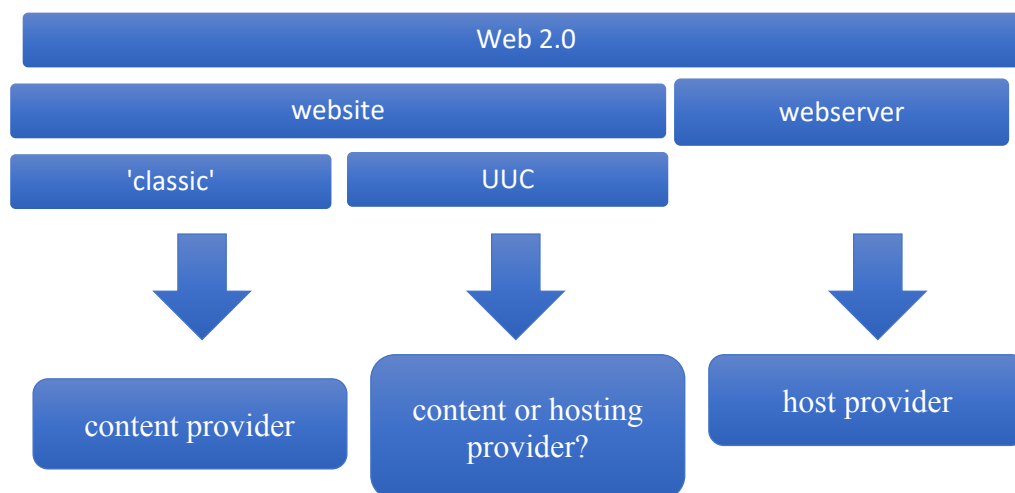
<sup>56</sup> V. en ce sens CJUE 12.7.2011, *L'Oréal/ eBay*, C-324/09, point 124.



## 1) L'hébergement 2.0

Le statut d'hébergeur a par la suite été revendiqué par les exploitants de sites collaboratifs/ contributifs apparus avec l'avènement de la deuxième génération de l'internet, tels les wikis, forums, réseaux sociaux et plateformes de partage de musique et de vidéo. Contrairement aux sites web 'classiques' sur lesquels les contenus sont mis à disposition des internautes par un éditeur (content provider) qui en assume la responsabilité, le contenu de ces plateformes du web 2.0 est « généré » par les utilisateurs, c'est-à-dire uploaded par les internautes eux-mêmes.

La question s'est donc posée de savoir si ces nouveaux acteurs de l'internet pouvaient être qualifiés d'hébergeurs et revendiquer l'exemption de responsabilité de l'article 14. L'incertitude porte tout d'abord sur le point de savoir si la qualité d'hébergeur peut être reconnue à un prestataire qui ne se contente pas de stocker des contenus pour les utilisateurs de son service, mais rend aussi lui-même lesdits contenus accessibles en ligne. Formulée différemment, la question est celle de savoir si l'hébergeur perd cette qualité lorsqu'il va au-delà d'une prestation technique stockage. L'exploitant d'une plateforme UUC est-il hébergeur ou éditeur de contenus ?



La CJUE a considéré dans son arrêt *l'Oréal c/ eBay* que “the fact that the service provided by the operator of an online marketplace includes the storage of information transmitted to it by its customer-sellers is not in itself a sufficient ground for concluding that that service falls, in all situations, within the scope of Article

14(1) of Directive 2000/31”<sup>57</sup>. Elle semble par conséquent admettre qu’un prestataire dont l’activité est de stocker des contenus fournis par les utilisateurs de son service puisse « perdre » sa qualité d’hébergeur, si ledit service va au-delà de la seule prestation de stockage. Dans l’arrêt *Netlog* pourtant, la CJUE a par la suite admis sans discussion qu’une plateforme UUC, en l’espèce un réseau social, avait, du seul fait de son activité de stockage, la qualité d’hébergeur<sup>58</sup>.

En réalité, la CJUE ne distingue, dans aucun de ses arrêts relatifs à la notion d’hébergeur, les deux points précités sur lesquels porte l’article 14, c’est-à-dire entre la définition de l’activité d’hébergement d’une part, et les conditions auxquelles l’hébergeur peut se prévaloir d’une exemption de responsabilité d’autre part. Empruntant au considérant 42 de la directive 2000/31 des critères qui ne concernent pourtant pas les hébergeurs<sup>59</sup>, la Cour a dit pour droit que

*Afin de vérifier si la responsabilité du prestataire de service pouvait être limitée au titre de l’article 14 de la directive 2000/31, il convenait d’examiner si le rôle qu’il exerce est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l’absence de connaissance ou de contrôle des données qu’il stocke*<sup>60</sup>.

Ce faisant, la CJUE mélange les critères de l’activité d’hébergement (caractère purement technique de la prestation, neutralité vis-à-vis des contenus hébergés) avec celui de la connaissance destiné à apprécier la responsabilité du prestataire. Les directives formulées par la Cour pour distinguer les prestataires admis à revendiquer le bénéfice du safe harbour de l’article 14 ne sont donc pas très claires. Elles n’ont d’ailleurs pas eu, malgré leur réitération, l’effet de clarification escompté. En témoignent les hésitations jurisprudentielles observées au niveau national dans les différents Etats membres, notamment en Italie<sup>61</sup>.

La proposition de la Commission de préciser à quelles conditions un ISP peut se prévaloir du statut protecteur de l’article 14 de la directive 2000/31 apparaît donc tout à fait opportune, tout comme le choix de faire du « rôle actif » le critère principal de distinction. Quant à l’appréciation du rôle actif du prestataire de service - lui faisant perdre le bénéfice du safe harbour - la proposition de directive n’innove en rien mais

---

<sup>57</sup> CJUE 12.7.2011, *L’Oréal/ eBay*, C-324/09, para. 111.

<sup>58</sup> CJUE 16.2.2012, *Netlog*, C-360/10, point 27: „un exploitant d’une plateforme de réseau social en ligne, tel que Netlog, stocke sur ses serveurs des informations fournies par des utilisateurs de cette plateforme, relatives à leur profil, et qu’il est ainsi un prestataire de services d’hébergement au sens de l’article 14 de la directive 2000/31“

<sup>59</sup> Le considérant 42 de la directive 2000/31 ne concerne en effet que les activités de *mere conduit* et de *caching* des articles 12 et 13.

<sup>60</sup> CJUE, *Papasavvas*, C-291/13, point 41. – *L’Oréal*, C-324/09, point 113. – *Google*, C-236/08 à C-238/08, point 114.

<sup>61</sup> La jurisprudence italienne est très partagée quant à la qualification des plateformes UUC. L’opinion majoritaire semble être de considérer que les plateformes de partage de vidéos sont des hébergeurs actifs qui ne bénéficient pas de l’exemption de responsabilité de l’article 14 de la directive 2000/31. V. dernièrement en ce sens Trib. civ. Roma, 27.4.2016, n° 8437/2016 *RTI/Break Media*, according to which the liability exemption prescribed by the e-commerce Directive for hosting providers does not apply to break.com since the ISP is an „active“ hosting provider organizing the contents published by its users. – S. also Trib. civ. Roma 15.7.2016, n°14279/2016, *RTI/Megavideo*. S. however Court of Appeal of Milan, 7 January 2015, *Yahoo/RTI*, according to which the content organization and index-linking through sophisticated IT techniques to monitor and manage the contents – even if aimed to making a profit – are insufficient to exclude the passive role of the hosting provider.

se contente de reprendre les critères énoncés par la CJUE dans l'arrêt *L'Oréal/ eBay*<sup>62</sup>. Le deuxième alinéa du considérant 38 de la proposition de directive dispose en effet :

*In respect of Article 14, it is necessary to verify whether the service provider plays an active role, including by optimising the presentation of the uploaded works or subject matter or promoting them, irrespective of the nature of the means used therefor.*

La disposition a été critiquée au motif qu'elle ne serait pas compatible avec le considérant 42 de la directive 2000/31, ni avec la jurisprudence de la CJUE. Les prestataires de service ne pourraient être privés de leur immunité qu'à la condition d'avoir la connaissance et le contrôle de contenus illégaux spécifiques. Seule l'hypothèse "where a provider gives **tailored advice to a specific user**"<sup>63</sup> ferait disparaître la neutralité de la plateforme. "Offering **generic and automated support to all users** does not provide knowledge and, without knowledge, real control is excluded"<sup>64</sup>.

Outre que les critères de la connaissance et du contrôle sont, dans la jurisprudence de la CJUE, alternatifs et non cumulatifs<sup>65</sup>, une interprétation aussi restrictive de la notion de neutralité n'a aucun fondement. Dans l'arrêt *L'Oréal/ eBay*, la CJUE a opposé le fait de "provide general information to its customers" qui ne ferait pas perdre sa neutralité à la plateforme, et celui de "provide assistance which entails, in particular, optimising the presentation of the offers for sale in question or promoting those offers" qui serait en revanche caractéristique d'un rôle actif. Il n'est nullement question pour la CJUE d'exclure du bénéfice de l'article 14 le seul prestataire offrant des conseils sur mesure à un utilisateur particulier.

Le rôle actif de l'exploitant d'une plateforme UUC ne peut pas davantage être exclu au seul motif que les mesures d'optimisation ou de promotion seraient automatisées<sup>66</sup>; les paramètres des algorithmes sont toujours programmés par des être humains. Il est d'ailleurs intéressant d'observer qu'aux Etats-Unis où il revendique, pour son moteur de recherche, le statut d'éditeur afin de pouvoir bénéficier de la protection du 1<sup>er</sup> amendement de la Constitution, Google défend la thèse selon laquelle l'intervention humaine qui est à la base de l'écriture du processus algorithmique serait la transcription de choix éditoriaux<sup>67</sup>.

⇒ La proposition de faire du « rôle actif » le critère principal d'application de l'exemption de responsabilité des hébergeurs doit être approuvée.

---

<sup>62</sup> CJUE 12.7.2011, *L'Oréal/ eBay*, C-324/09, points 116 et 123.

<sup>63</sup> Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, p. 12.

<sup>64</sup> Angelopoulos, préc., p. 34.

<sup>65</sup> Ils sont cumulatifs dans le considérant 42 (le prestataire n'a pas la connaissance ni le contrôle), mais alternatifs dans les arrêts *Google*, *L'Oréal* et *Papasavvas*.

<sup>66</sup> V. en ce sens G. Dinwoodie, *Secondary Liability for Online Trademark Infringement: The International Landscape*, 37 Colum. J. L. & Arts 463 (2014), fn. 139: „The fact that certain services are automated should not always mean that the provider of those services is itself not „active“”.

<sup>67</sup> Lecomte & Bégue, *Panorama des régimes d'(ir)responsabilité applicables à Google*, RLDI 2014/105, n°3410, p. 89, à propos du Livre blanc commandé par Google et publié aux Etats-Unis au soutien de cette thèse. V. Volokh & Falk, *First Amendment Protection for Search Engine Search Results*, 20 April 2012, available at: <http://volokh.com/wp-content/uploads/2012/05/SearchEngineFirstAmendment.pdf>, p. 11 : "the computer algorithms that produce search engine output are written by humans. Humans are the ones who decide how the algorithm should predict the likely usefulness of a Web page to the user. These human editorial judgments are responsible for producing the speech displayed by a search engine".



- ⇒ Le 2<sup>e</sup> alinéa du considérant 38 contient une clarification bienvenue de la jurisprudence de la CJUE quant aux conditions d'application de l'article 14 de la directive 2000/31.
- ⇒ Le 2<sup>e</sup> alinéa du considérant 38 s'adresse surtout aux juridictions nationales ayant fait une interprétation trop restrictive de la notion de « rôle actif » et reconnu le bénéfice du safe harbour à des plateformes UUC allant bien au-delà d'une simple activité technique de stockage.

	<b>Webhoster</b> stockage (+) accès au public (-) rôle actif (-)	<b>UUC platform</b> stockage (+) accès au public (+) rôle actif (-)	<b>UUC platform</b> stockage (+) accès au public (+) rôle actif (+)	<b>Search engines</b> stockage (-) accès au public (+)
<b>Communication au public</b>	non	oui	oui	oui <sup>68</sup>
<b>Statut d'hébergeur</b>	oui	oui	oui	non
<b>Safe harbor</b>	oui	oui	non	non
	hébergeur passif → exempté	hébergeur passif → exempté	hébergeur actif → pas exempté	pas hébergeur → pas exempté

### Conclusion intermédiaire

Le considérant 38 apporte d'utiles éclaircissements sur les deux points les plus controversés concernant les plateformes UUC. Il confirme, d'une part, que ces prestataires effectuent, conjointement avec les utilisateurs de leurs services, un acte de communication au public soumis au droit d'auteur lorsqu'ils fournissent délibérément aux internautes un accès à des contenus protégés. Il rappelle, d'autre part, que ces prestataires peuvent néanmoins se prévaloir de l'exemption de responsabilité des hébergeurs, à condition toutefois de ne pas avoir de rôle actif.

## II – L'obligation de vigilance renforcée imposée à certaines plateformes UUC

### A) L'article 13 et le considérant 39 de la proposition de directive

La proposition de directive on copyright in the Digital Single Market comporte un article 13, intitulé *Use of protected content by ISP storing and giving access to large amounts of works and others subject-matter uploaded by their users*, mettant à la charge des plateformes visées une obligation spécifique de prendre des mesures appropriées et proportionnées to ensure the functioning of agreements concluded with rightholders or to prevent the availability on their services of copyright protected works and other subject-matter. Il s'agit d'une obligation de vigilance renforcée .

<sup>68</sup> Sous condition pour les hyperliens.

Contrairement au considérant 38 qui concerne toutes les plateformes UUC, l'article 13 ne s'adresse qu'à celles qui stockent et donnent au public accès à **un grand nombre d'œuvres** et autres objets protégés mis en ligne par les utilisateurs. Le critère d'application de la nouvelle obligation de vigilance renforcée est donc purement quantitatif. Sont par conséquent exclues du champ d'application de l'article 13, d'une part les petites plateformes quel que soit leur domaine d'activité<sup>69</sup>, d'autre part des plateformes plus grandes dont le business model n'est pas centré sur les contenus culturels, tels les blogs et sans doute aussi les wikis, pour lesquelles il est peu probable que les utilisateurs mettent en ligne « un grand nombre » d'œuvres et objets protégés.

Ce **critère quantitatif** est certes assez vague. Il n'est pas certain néanmoins qu'un critère qualitatif serait plus précis. On pourrait certes user d'un critère emprunté au droit de la concurrence et n'imposer une obligation de vigilance renforcée qu'aux prestataires proposant un **service substituable** à ceux des sites sur lesquels les contenus culturels ne sont pas mis en ligne par les utilisateurs et les œuvres exploitées dans le respect du droit d'auteur. La proposition rejoindrait celle faite en Allemagne par Leistner et Metzger et inspirée par le triple test de ne viser que les plateformes aux contenus culturels « structurés » qui **concurrentent l'exploitation normale** des œuvres<sup>70</sup>. Il s'agirait au fond de recourir à un critère économique, lequel pourrait éventuellement d'ailleurs être cumulé avec le critère quantitatif.

L'obligation de vigilance renforcée de l'article 13 s'applique indépendamment du statut de la plateforme, c'est-à-dire qu'elle soit ou non couverte par l'exemption de l'article 14 de la directive E-commerce<sup>71</sup>. L'article 13 ne crée donc pas une nouvelle catégorie d'intermédiaire, mais seulement une nouvelle obligation applicable à toutes les plateformes UUC à partir d'un certain seuil quantitatif.

L'article 13 al. 1 et le considérant 39 citent, comme exemple de mesures devant être prises par les plateformes UUC concernées pour remplir leur obligation de vigilance renforcée, l'usage de technologies efficaces de reconnaissance des contenus. La disposition a fait l'objet de critiques virulentes au motif qu'une telle mesure serait contraire à l'article 15 de la directive E-commerce et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

---

<sup>69</sup> See C. Angelopoulos, *EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence*, Kluwer copyright blog 6.10.2016, according to whom "it is not unusual in law to demand different things of different persons, depending on the size of the risk they pose to the interests of others and their ability to control it. In this particular instance, the power of the internet's giants cannot compare to that of start-ups and SMEs".

<sup>70</sup> Leistner & Metzger, *Recht und Realität im Netz: Wie sich das Problem illegaler Musikknutzung lösen lässt*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 4.1.2017, available at : [http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949-p3.html?printPageArticle=true#pageIndex\\_3](http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949-p3.html?printPageArticle=true#pageIndex_3)  
Comp., à propos de la responsabilité secondaire, la distinction faite par la jurisprudence allemande entre le "legitimate, socially desirable business model, which is not as such designed for a copyright-infringing use" et le "business model which is designed for infringements by the users or promotes such infringements by its own measures" (BGH 26.11.2015, *Störerhaftung des Access-Providers*, IIC 2016, 481).

<sup>71</sup> Lorsque le ISP peut revendiquer le bénéfice de l'exemption de responsabilité de l'article 14, il n'est pas tenu néanmoins „to ensure the functioning of agreements concluded with rightholders“ (1<sup>ère</sup> alternative mentionnée par l'art. 13 al. 1), de sorte que l'obligation de vigilance renforcée qui pèse sur lui ne peut avoir pour objet que „to prevent the availability on its services“ of copyright protected works and other subject matter (2<sup>e</sup> alternative mentionnée par l'art. 13 al. 1).

## B) La prétendue contrariété à l'article 15 de la directive E-commerce

*Les Etats membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* (art. 15 al. 1).

Contrairement à ce qui est affirmé par certaines voix critiquant le projet de directive, il n'est pas exact de prétendre que la CJUE aurait, dans les arrêts SABAM relatifs à l'article 15<sup>72</sup>, reconnu "that the prohibition of general monitoring obligations was anchored in Articles 8 and 11 of the European Charter of Fundamental Rights"<sup>73</sup>. En réalité, dans les deux affaires concernant respectivement un fournisseur d'accès (*Scarlet*) et un réseau social (*Netlog*), la Cour a d'abord jugé que les mesures de blocage ou filtrage sollicitées par la Sabam n'étaient pas compatibles avec l'article 15 de la directive 2000/31, puis qu'elle étaient susceptibles de porter atteinte à certains droits fondamentaux protégés par la Charte.

### 1) L'applicabilité de l'article 15

Avant d'examiner la compatibilité de la nouvelle obligation de vigilance renforcée avec l'interdiction des obligations générales de surveillance consacrée à l'article 15 de la directive E-commerce, encore convient-il au préalable de se prononcer sur le point de savoir si ledit article 15 est véritablement applicable aux plateformes UUC dont il est question ici. L'interrogation est légitime dans la mesure où la proposition de directive préconise par ailleurs, au considérant 38, « de vérifier si le prestataire joue un rôle actif, notamment en optimisant la présentation des œuvres et autres objets protégés mis en ligne ou en assurant leur promotion, indépendamment de la nature des moyens employés à cet effet ». Cette clarification de la jurisprudence de la CJUE quant au champ d'application de l'article 14 de la directive E-commerce aura en effet pour conséquence d'exclure du bénéfice de l'exemption de responsabilité certaines plateformes UUC admises, à tort, par les juridictions nationales de certains Etats Membres à s'en prévaloir<sup>74</sup>.

La question se pose donc de savoir si les plateformes UUC qui jouent un rôle actif à l'égard des contenus qu'elles stockent - et ne peuvent par conséquent revendiquer le bénéfice de l'exemption de responsabilité de l'article 14 - doivent être considérées comme des hébergeurs actifs ou des content provider. La notion d'hébergement peut en effet être comprise comme une activité purement technique, incompatible avec le moindre rôle actif sur les contenus hébergés, auquel cas les plateformes exclues du bénéfice du safe harbour ne pourraient pas non plus invoquer l'article 15. Elles seraient traitées comme des content provider à qui une obligation générale de surveillance des contenus peut parfaitement être imposée. La généralité des termes utilisés par le législateur européen pour définir l'hébergement invite néanmoins à considérer les plateformes UUC concernées plutôt comme des hébergeurs actifs. Leur activité, malgré la fourniture d'un accès au public et l'absence de neutralité vis-à-vis des contenus stockés, doit en effet être considérée comme relevant encore de l'hébergement. Si elles ne peuvent revendiquer le bénéfice de l'exemption de

---

<sup>72</sup> CJUE 24.11.2011, *Scarlet / SABAM*, C-70/10 et CJUE 16.2.2012, *SABAM / Netlog*, C-360/10.

<sup>73</sup> S. Stalla-Bourdillon, E. Rosati et al., *Open Letter to the European Commission - On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society*, 30 September 2016, available at: <https://ssrn.com/abstract=2850483>.

<sup>74</sup> V. *supra* I B).

responsabilité de l'article 14 en raison de leur rôle actif, l'article 15 leur est en revanche applicable et interdit de leur imposer une obligation de surveillance générale des informations qu'elles stockent.

### 1) La distinction entre obligation de surveillance générale et spéciale

La détermination du champ d'application de l'article 15, *i.e.* la distinction entre obligation de surveillance générale et spéciale, ne soulève pas de difficulté particulière lorsqu'est en jeu une mesure de *blocage* de l'accès à un site, puisque ce dernier est alors nécessairement clairement identifié. Les difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit d'imposer à un ISP des mesures de *filtrage* des contenus mis en ligne par les utilisateurs de son service. Le recours à des « techniques efficaces de reconnaissance des contenus » préconisé par l'article 13 de la proposition de directive implique-t-il nécessairement une surveillance générale prohibée, comme cela a pu être affirmé de façon péremptoire<sup>75</sup> ?

Il convient tout d'abord d'observer que les techniques de reconnaissance des contenus dont il s'agit sont déjà mises en œuvre en pratique par la plupart des plateformes UUC qui stockent et donnent accès à un grand nombre de contenus culturels, comme *YouTube* avec Content-ID ou *Dailymotion* avec Audible Magic. La proposition de directive ne fait donc que citer, à titre d'exemple de mesures pouvant être prises par les ISP pour satisfaire leur obligation de vigilance renforcée, une pratique, certes jusqu'à présent purement volontaire, mais déjà largement répandue et dont la mise en œuvre est expressément encouragée par la directive 2000/31<sup>76</sup>.

Certains commentateurs semblent par ailleurs induire de l'article 15 de la directive E-Commerce qu'aucune mesure ne pourrait être exigée des ISP pour *prévenir* une activité illicite, notamment une atteinte au droit d'auteur. Une telle interprétation est erronée<sup>77</sup>. Le filtrage préventif n'est pas interdit *per se*, et si la CJUE a refusé de faire droit aux demandes de la SABAM dans les affaires *Scarlet* et *Netlog*, ce n'est pas en raison du caractère préventif de la mesure sollicitée. Au contraire, comme l'a énoncé la CJUE dans l'affaire *L'Oréal / eBay*, l'article 11 de la directive 2004/48<sup>78</sup> autorise les juridictions nationales "to order an online service provider (...) to take measures that contribute not only to bringing to an end infringements committed through that marketplace, but also to preventing further infringements"<sup>79</sup>.

La prétendue contrariété à l'article 15 des techniques de reconnaissance des contenus, dont la Commission préconise l'usage, proviendrait de qu'elles "would involve the active monitoring of almost all of the data

---

<sup>75</sup> Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, p. 36.

<sup>76</sup> See Recital 40 of the Directive 2000/31: „service providers have a duty to act, under certain circumstances, with a view to preventing or stopping illegal activities; this Directive should constitute the appropriate basis for the development of **rapid and reliable procedures for removing and disabling access to illegal information**; (...) the provisions of this Directive relating to liability should not preclude the development and effective operation, by the different interested parties, of **technical systems of protection and identification** and of **technical surveillance instruments made possible by digital technology** within the limits laid down by Directives 95/46/EC and 97/66/EC.”

<sup>77</sup> See Recital 48 de la directive 2000/31: „This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to **detect and prevent** certain types of illegal activities”.

<sup>78</sup> Directive 2004/48 of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

<sup>79</sup> CJUE 12.7.2011, *L'Oréal / eBay*, C-324/09, point 131.

relating to all of its service users”<sup>80</sup>. Les détracteurs de la proposition de directive mentionnent à cet endroit les arrêts *Scarlet* et *Netlog* dans lesquels la CJUE a refusé la mesure préventive, aux frais de l’opérateur et sans limitation de durée, sollicitée par la SABAM. Peut-on néanmoins déduire de cette jurisprudence que le simple fait que le filtrage concerne tous les contenus postés par les utilisateurs serait constitutif d’une obligation générale de surveillance ?

C’est l’opinion d’Angelopoulos pour qui “it is the broadness of the object of the monitoring which represents the pertinent difference between general and specific monitoring. (...) The issue at stake is whether or not all users’ content is subject to monitoring measures, not whether the objective of the monitoring is the prevention of the infringement of a specific work”<sup>81</sup>. Une telle interprétation de la jurisprudence *Netlog* ne convainc pas. Premièrement, une mesure de filtrage qui ne porterait que sur certains des contenus hébergés par la plateforme risque fort de ne pas être efficace<sup>82</sup>. Deuxièmement, une mesure de surveillance ciblée pour ne viser que les contenus mis en ligne par certains utilisateurs pose des problèmes au regard de la protection des données personnelles puisqu’elle impliquerait l’identification des adresses IP desdits utilisateurs. Troisièmement, le caractère général d’une mesure de surveillance résulte, non pas du nombre de contenus passés au crible des techniques de reconnaissance, mais de l’absence de précision de l’objet du contrôle.

En effet, la généralité ne peut être comprise que comme la recherche de tous les contenus potentiellement illicites. Elle est donc exclue dès lors que le contenu contrefaisant qu’il s’agit de rechercher est identifié. Ce que l’article 15 prohibe, c’est une surveillance permanente et systématique de l’ensemble des contenus hébergés, sans identification préalable de ce qui est recherché, non pas une surveillance temporaire visant la détection des contenus identifiés par les ayants droit comme étant contrefaisants. La référence aux arrêts *Scarlet* et *Netlog* n’est dès lors pas pertinente, dans lesquels la SABAM demandait à la Cour d’enjoindre au prestataire de filtrer toutes les informations, d’apprécier lui-même si des œuvres protégées étaient communiquées et, parmi elles, lesquelles l’étaient sans droit, *i.e.* d’apprécier lui-même les contenus contrefaisants afin de les bloquer<sup>83</sup>.

Les mesures envisagées par la proposition de directive n’ont rien à voir avec une telle obligation de surveillance générale : il s’agit seulement pour les plateformes concernées de collaborer avec les titulaires de droit, lesquels devront provide the necessary data (digital fingerprints) to allow the services to identify their content<sup>84</sup>. L’article 13 prévoit par ailleurs expressément que les mesures imposées aux ISP doivent être « appropriées et proportionnées ». Il s’agit là assurément d’une obligation de surveillance « applicable à un cas spécifique » (monitoring obligation in a specific case) expressément autorisée par la directive 2000/31<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, p. 36.

<sup>81</sup> Angelopoulos, préc., p. 37.

<sup>82</sup> Or l’efficacité de la mesure est, du point de vue des droits fondamentaux, une condition de validité de l’injonction ; v. CJUE 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel / Constantin Film*, point 62 : “the measures which are taken by the addressee of an injunction when implementing that injunction must be sufficiently effective to ensure genuine protection of the fundamental right at issue.”

<sup>83</sup> CJUE 24.11.2011, *Scarlet / SABAM*, C-70/10, point 38. – CJUE 16.2.2012, *SABAM / Netlog*, C-360/10, point 36.

<sup>84</sup> Recital 39 of the proposed Directive on copyright in the Digital Single Market.

<sup>85</sup> Recital 47 Directive 2000/31.

⇒ L'obligation de surveillance mise à la charge de certaines plateformes UUC n'est pas générale et n'est donc pas contraire à l'article 15 de la directive E-commerce.

### C) La prétendue contrariété à la Charte EU des droits fondamentaux

Les détracteurs de la proposition de directive font enfin valoir que son article 13 serait contraire aux articles 7 et 8 (privacy and protection of personal data), 11 (freedom of expression and information) and 16 (freedom to conduct a business) of the Charter of fundamental rights of the European Union. Un tel reproche n'est pas fondé.

S'agissant tout d'abord du droit au respect de la vie privée et familiale, on peine à voir en quoi il pourrait être concerné par l'obligation de vigilance renforcée que la Commission propose de faire peser sur les plateformes UUC qui stockent et donnent accès à un grand nombre de contenus culturels. Une telle obligation implique, on l'a dit, que les prestataires concernés collaborent avec les titulaires de droit, pour s'assurer de la bonne application des accords de licence qu'ils ont conclus d'une part, pour prévenir l'apparition de contenus contrefaisants d'autre part. Or l'identité des utilisateurs de la plateforme en général, et de ceux qui ont posté des contenus en particulier, est totalement indifférente.

L'argument avancé dans l'affaire *Netlog* selon lequel le système de filtrage sollicité par la SABAM impliquerait l'identification, l'analyse systématique et le traitement des informations relatives aux profils créés par tous les utilisateurs du réseau social, ne vaut assurément pas pour les mesures préconisées par la proposition de directive. Premièrement, les mesures d'identification des contenus dont il s'agit seraient limitées aux uploads et ne concernent donc en rien les internautes qui téléchargent ou consultent en streaming. Deuxièmement, the content recognition system as contemplated by Article 13 is concerned only with the *content*, not with the *identity* of the person uploading it. Protection of personal data or privacy is therefore not relevant, since there is neither a need nor a requirement to connect the data or content to the profiles of individual users of platforms.

⇒ Pas de contrariété avec les articles 7 et 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux

L'article 13 de la proposition de directive ne porte pas non plus atteinte à la liberté d'entreprise. Il n'impose tout d'abord, aux plateformes concernées par la nouvelle obligation de vigilance renforcée, que de mettre en œuvre des mesures « appropriées et proportionnées ». Les mesures de reconnaissance des contenus sont par ailleurs limitées aux seuls contenus contrefaisants identifiés par les ayants droit : the ISP is only required to match the data that is provided by the right holder against the data uploaded on its platform. Les prestataires débiteurs de l'obligation ont enfin le choix des technologies qu'ils mettent en œuvre<sup>86</sup>. L'affirmation selon laquelle l'article 13 imposerait à toutes les plateformes de recourir à un système particulièrement coûteux comparable au Content-ID de YouTube est inexacte. D'autres technologies, moins chères et plus efficaces, sont en effet disponibles permettant d'identifier les contenus contrefaisants<sup>87</sup>.

⇒ Pas de contrariété avec l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux

---

<sup>86</sup> CJUE 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel / Constantin Film*, point 52.

<sup>87</sup> Notamment Audible Magic (Dailymotion), Signature (INA), Gracenote (iTunes), Bay TSP, BMAT, Dubset for derivative content (mixes & remixes).

Le risque d'atteinte à la liberté d'expression, invoqué dès qu'il s'agit de mettre la moindre obligation à la charge des ISP, vaut surtout pour les mesures de blocage requises des fournisseurs d'accès dont la CJUE a, dans l'arrêt *UPC Telekabel*, pourtant admis la légitimité. Il est en revanche plus limité s'agissant des mesures de filtrage mises à la charge des plateformes UUC depuis que les nouvelles technologies de reconnaissance permettent d'identifier avec précision les contenus illégaux. Le risque de bloquer ou supprimer des contenus licites est par conséquent limité, la seule difficulté tenant aux hypothèses où l'utilisation d'une œuvre ou d'un objet protégé est légitimée par une exception, comme en matière de citation, de parodie ou de revue de presse<sup>88</sup>. C'est la raison pour laquelle l'article 13 alinéa 2 de la proposition de directive prévoit la mise en place de mécanismes de « complaints and redress ». La critique selon laquelle un tel remède ne serait pas suffisant au motif qu'il ne s'applique qu'a posteriori et porte par conséquent une atteinte intolérable aux « end-users' rights »<sup>89</sup> ne convainc pas. Pourquoi l'arbitrage entre les droits fondamentaux devrait-il systématiquement se faire au détriment de la propriété intellectuelle et à l'avantage des « droits » des utilisateurs ?

⇒ Pas de contrariété avec l'article 11 de la Charte européenne des droits fondamentaux

## Conclusion

Comme l'avait exprimé le Parlement européen dans sa résolution du 9 juillet 2015, « les œuvres créatives sont l'une des principales sources qui alimentent l'économie numérique et les acteurs du secteur des technologies de l'information tels que les moteurs de recherche, les médias sociaux ou les plateformes de contenu généré par les utilisateurs, mais la quasi-totalité de la valeur dégagée par les œuvres créatives est transférée à ces intermédiaires numériques qui refusent de rémunérer les auteurs ou négocient des rémunérations extrêmement faibles »<sup>90</sup>. Il faut donc approuver la Commission européenne d'avoir inclus, dans la proposition de *directive sur le droit d'auteur dans le marché intérieur numérique*, des dispositions destinées à régler ce problème dit du value gap. L'article 13 et le considérant 38 de la proposition de directive constituent à cet égard des textes équilibrés qui, malgré les cris d'orfraie qu'ils ont pu susciter de la part de certains, sont tout à fait respectueux de l'acquis communautaire et ne portent notamment atteinte, ni aux dispositions de la directive E-commerce, ni à celles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est par conséquent permis de regretter les propositions contenues dans le rapport Comodini<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> V. les propositions faites par Fred von Lohmann, *YouTube's Copyright Filter: New Hurdle for Fair Use?*, 15 October 2015, at: <http://www.eff.org/deeplinks/2007/10/youtubes-copyright-filter-new-hurdle-fair-use> pour limiter le risque de bloquer un UUC couvert par une exception: "Add audio track identification and insist on a video and audio match before any automated blocking of content; if the audio track doesn't match the video track, that's a good indication that we're talking about The Vader Sessions, rather than an infringing upload of Star Wars. Add a test to determine what ratio of the uploaded video is comprised of content claimed by a rightsholder; if the "match" is only 10% of the entire video, that's a good indication that we're talking about transformative content, rather than verbatim copying".

<sup>89</sup> Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, p. 40.

<sup>90</sup> Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015 sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 2014/2256(INI), point O.

<sup>91</sup> European Parliament, Committee on Legal Affairs, Amendments: 73, Therese Comodini Cachi, Copyright in the Digital Single Market, <sup>[L]</sup><sup>[SEP]</sup> Proposal for a directive COM(2016)0593 - C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), pp. 29-32

qui vident l'article 13 et le considérant 38 de toute substance et empêcheraient le législateur européen, si elles étaient suivies d'effet, de traiter de façon satisfaisante la question du transfert de valeur.

Munich, le 10 mars 2017



## Liste des directives citées

- Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, citée directive E-commerce (citée Directive 200/31 ou Directive E-commerce).
- Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, citée directive InfoSoc (citée Directive 2001/29).
- Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, citée directive Enforcement.

## Liste des arrêts de la CJUE cités

- CJUE 7.12.2006, *SGAE c/ Rafael Hoteles*, C-306/05 (cité *SGAE*).
- CJUE 23.3.2010, *Google c/ Louis Vuitton*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08 (cité *Google*).
- CJUE 12.7.2011, *L'Oréal c/ eBay*, C-324/09 (cité *L'Oréal*).
- CJUE 4.10.2011, aff. jointes *Football Association Premier League Ltd c/ QC Leisure*, C-403/08 et *Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd*, C-429/08 (cité *FAPL*).
- CJUE 13.10.2011, *Airfield c/ Sabam*, C-431/09 (cité *Airfield*).
- CJUE 24.11.2011, *SABAM c/Scarlet*, C-70/10 (cité *Scarlet*).
- CJUE 16.2.2012, *SABAM c/Netlog*, C-360/10 (cité *Netlog*).
- CJUE 15.3.2012, *SCF c/ Marco Del Corso*, C-135/10 (cité *Del Corso*).
- CJUE 15.3.2012, *PPL c/ Irlande*, C-162/10 (cité *PPL*).
- CJUE 18.10.2012, *Football Dataco Ltd c/ Sportradar GmbH*, C-173/11 (cité *Sportradar*).
- CJUE 7.3.2013, *ITV Broadcasting c/ TVCatchup Ltd*, C-607/11 (cité *ITV Broadcasting*).
- CJUE 13.2.2014, *Svensson c/ Retriever Sverige*, C-466/12 (cité *Svensson*).
- CJUE 27.2.2014, *OSA c/ Léčebné lázně*, C-351/12 (cité *OSA*).
- CJUE 27.3.2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c/ Constantin Film Verleih GmbH*, C-314/12 (cité *UPC Telekabel*).
- CJUE 21.10.2014, *Bestwater/ Mebes & Potsch*, C-348/13 (cité *Bestwater*).
- CJUE 14.7.2015, *Sociedade portuguesa/ Ministério Público*, C-151/15 (cité *Sociedade Portuguesa*).
- CJEU 19.11.2015, *SBS Belgium/ SABAM*, C-325/14 (cité *SBS Belgium*).
- CJEU 31.5.2016, *Reha Training/ GEMA*, C-117/15 (cité *Reha Training*).
- CJEU 8.9.2016, *GS Media/ Sanoma Media*, C-160/15 (cité *GA Media*).
- CJUE 11.9.2014, *Sotiris Papasavvas/ O Fileleftheros Dimosia Etaireia*, C-291/13 (cité *Papasavvas*).