



CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

MISSION ARTICULATION DES DIRECTIVES 2000/31 ET 2001/29

- Rapport et propositions -

Pierre Sirinelli, *président*
Josée-Anne Benazeraf, *vice-présidente*
Alexandra Bensamoun, *vice-présidente*

3 novembre 2015

Par lettre de mission en date du 3 avril 2015, le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) a souhaité que soit étudiée la possibilité « *de proposer des modifications des dispositions actuelles du droit de l'Union européenne permettant une application effective des droits d'auteur et droits voisins dans l'environnement numérique, notamment sur les plateformes de diffusion de contenus protégés* ».

La présidence de la Mission a été confiée à Pierre Sirinelli, professeur à l'université Paris-I (Panthéon-Sorbonne), Mesdames Josée-Anne Benazeraf, avocate au barreau de Paris, et Alexandra Bensamoun, maître de conférences HDR à l'université Paris-Sud, assurant les fonctions de vice-présidentes.

Modus operandi

La Mission a d'abord réalisé des tours de table afin de recueillir le sentiment des différents professionnels du secteur, que ces derniers appartiennent au CSPLA ou lui soient extérieurs. Elle a ensuite travaillé sur des propositions faites par certaines des personnes auditionnées et a, elle-même, esquissé certaines solutions. Les projets de textes qui sont contenus dans le présent rapport sont le fruit de ces différents échanges.

C'est dire que les travaux de cette mission – qui s'est réunie une à deux fois par semaine pendant plusieurs mois – ont pris diverses formes : auditions, échanges bilatéraux, réunions de concertation par secteurs ou par catégorie d'acteurs, analyses croisées de textes, réunions plénières, etc.

Tous les secteurs ont été entendus, ce qui comprend celui des prestataires techniques, même si certains des représentants de ce domaine ont préféré ne pas répondre à l'invitation de la Mission.

Les travaux ont été conduits en parallèle avec ceux qui étaient menés à Bruxelles, au sein de la Commission et du Parlement, et qui ont recommandé, dans le domaine du droit d'auteur, de clarifier le régime de responsabilité de certains prestataires de la société de l'information¹, dans le souci d'éviter une captation, par ces prestataires, de la valeur attachée aux œuvres qui alimentent leur économie².

¹ *Harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins*, Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015, point 45, suggérant « *de procéder à une révision de la responsabilité des prestataires de services et des intermédiaires en vue de préciser leur statut et responsabilité juridiques en ce qui concerne les droits d'auteur (...)* » ; *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, Communication de la Commission européenne du 6 mai 2015, p.8 : « *En outre, il convient de clarifier les règles applicables aux activités des intermédiaires en ligne en ce qui concerne les œuvres protégées par le droit d'auteur, compte tenu, notamment, de la participation croissante de ces intermédiaires à la distribution du contenu.* »

² *Harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins*, Résolution du Parlement européen préc., point O : « *considérant que 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 que 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.* »

Les travaux de la présente mission ont en ce sens donné lieu à de nombreux échanges avec des représentants des institutions européennes.

Questionnements

Résumée à l'extrême, la problématique posée à la Mission était la suivante :

- Les régimes mis en place par les articles 12 à 15 de la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique (directive 2000/31/CE) permettent-ils véritablement d'appréhender de façon heureuse les activités de certains prestataires de services (notamment du web 2.0), peu présentes au moment de l'adoption de ces textes ?
- En cas de réponse négative, quelles solutions pourraient être envisagées afin d'éviter que certains des effets de ces statuts ne se produisent dans le champ de la propriété littéraire et artistique ?

Dans le but de réunir les premières impressions sur le thème ainsi que des esquisses de réponses à ces deux interrogations, la Mission a été conduite à poser une série d'interrogations simples aux différentes personnes rencontrées :

- 1 - Faut-il intervenir pour faire évoluer les solutions adoptées par certaines juridictions en l'absence de textes précis et appréhendant harmonieusement les nouvelles activités déployées par certains prestataires de services ?
- 2 - Dans l'hypothèse d'une réponse positive, quelles sont les activités qui devraient être appréhendées pour proposer de nouvelles solutions ?
- 3 - Quelle forme devrait prendre cette intervention textuelle ?
- 4 - Pour quels effets ?

Positions exprimées

Une réponse positive a été apportée à la première question. Elle aurait été unanimement positive sans un appel à la prudence de certains prestataires techniques.

La deuxième interrogation a dégagé également des lignes de force :

- A une très grande majorité, il a été estimé qu'il n'était **pas utile de réformer le régime juridique des activités liées au simple transport, à la fourniture d'accès ou au caching.**
- Il n'a pas été demandé, non plus, de revoir le régime juridique applicable aux hébergeurs qui déploient des activités correspondant parfaitement à la définition qui avait été proposée par la directive 2000/31 en 2000. Il s'agit là du prestataire technique « transparent », qui accueille des contenus et demeure **sans contact volontaire et direct avec le public.**
- En revanche, **une quasi-unanimité des voix qui se sont exprimées a souhaité l'insertion d'une précision pour indiquer que le régime proposé par l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 ne puisse en aucun cas être appliqué à ceux que nombre de professionnels appellent les « faux hébergeurs », qui sont des prestataires de services de la société de**

l'information dont le rôle ne se réduit pas à celui de simple prestataire technique au sens de cette directive.

Sont ici visées certaines des **plates-formes du Web 2.0** (notamment les **sites contributifs ou communautaires**), **certains réseaux sociaux**, ainsi que certains des **services** susceptibles d'être déployés par certains **moteurs de recherche**. Il est, cependant, à observer que si l'unanimité se fait sur une intervention à propos des premiers, les derniers voient s'exprimer à leur propos des opinions plus divisées. C'est donc en contemplation des premiers que la réflexion a été conduite de sorte que les solutions proposées ne concerneront que marginalement les personnes appartenant aux autres catégories. N'ont jamais été visés par la réflexion les transporteurs, les fournisseurs d'accès, les fournisseurs de « cache », ni les simples services de casiers personnels.

Raisons d'être des demandes d'évolution

Les raisons généralement mises en avant à propos de l'évolution des solutions ou de la précision de l'inadéquation de l'application des solutions de l'article 14 de la directive 2000/31 à ces activités sont autant techniques ou économiques que juridiques. S'il est observé par tous que ces activités ne correspondent pas aux hypothèses qui ont été envisagées par les autorités européennes en 2000, au moment de la rédaction du texte, il est également mis en avant le fait que la précision de cette inapplication du dispositif européen à ces activités pourrait permettre un **meilleur partage de la valeur**.

L'observation n'appelle pas de longs développements :

1 - La revendication du bénéfice de l'exonération conditionnée de responsabilité de l'article 14 permet aux prestataires de services mentionnés de réaliser d'importants bénéfices du fait de la présence – sans autorisation – d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'éléments couverts par des droits voisins. Ces services – qu'ils soient payants ou gratuits, mais rémunérés par une forte manne publicitaire liée à la présence de ces œuvres – estiment ne pas avoir à solliciter d'autorisation et donc à redistribuer une part des profits ainsi réalisés à l'aune de ce que les ayants-droit souhaiteraient et cela, parce que :

1.1. Soit les tribunaux appliquent à tort ce régime à ces prestataires de services de la société de l'information.

A cet égard, on fera observer que la CJUE, par ses arrêts *Google* du 23 mars 2010³, a jugé que l'article 14 de la directive sur le commerce électronique s'appliquait au prestataire qui « *n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* ».

³ Aff. C-236/08 à C-238/08 ; v. également CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal et autres c/ eBay*, aff. C-324/09 ; CJUE, 11 septembre 2014, *Sotiris Papasavvas*, aff. C-291/13.

Cette condition, qui trouve sa source dans le considérant 42 de la directive sur le commerce électronique, est cependant étrangère aux hébergeurs ; elle apparaît de surcroît dénaturée par l'appréciation précitée de la Cour de Justice.

Il est clair, en premier lieu, à la lecture du considérant 42, que celui-ci ne s'applique pas aux hébergeurs (visés au considérant 46), non plus d'ailleurs qu'aux services de référencement qui étaient en cause dans l'espèce tranchée par la Cour, mais aux transporteurs et fournisseurs d'accès ainsi qu'aux activités de cache. L'activité visée par ledit considérant 42 est en effet « *limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement* ».

De ce fait, la condition (exprimée dans la dernière phrase du considérant) pour bénéficier de la dérogation de responsabilité, tenant au « *caractère purement technique, automatique et passif* », s'applique aux articles 12 et 13, et non à l'article 14 de la directive.

On observera d'ailleurs que le vocabulaire utilisé par la directive n'est pas le même selon les prestataires concernés : « dérogations en matière de responsabilité » pour les transporteurs, fournisseurs d'accès et caches (considérant 42), « limitation de responsabilité » pour les hébergeurs (considérant 46).

En second lieu, l'énonciation précitée de la CJUE n'est pas équivalente à celle du considérant 42 aux termes duquel le « *caractère purement technique, automatique et passif [...] implique que le prestataire de services [...] n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées* ».

Dans le considérant 42, la directive exprime que, pour avoir un rôle passif, le prestataire ne doit pas avoir la connaissance ou le contrôle des informations ; mais cela ne signifie pas que, parce qu'il n'aurait pas la connaissance et/ou le contrôle des informations, le prestataire serait nécessairement passif, ou, ce qui revient au même, que, pour avoir un rôle actif, le prestataire doit avoir connaissance et contrôle des informations (affirmation de la CJUE).

En d'autres termes, la condition figurant au considérant 42 est nécessaire, mais non suffisante.

En renversant la proposition du considérant, la CJUE en modifie profondément le sens car, à la suivre, les « faux hébergeurs » ne seraient jamais actifs, du fait que lorsque les contenus sont postés par les utilisateurs, les prestataires n'ont généralement pas la connaissance, ni toujours le contrôle desdits contenus.

1.2. Soit les ayants-droit renoncent à opposer à ces derniers leur droit de propriété littéraire et artistique en raison des coûts des procès et de la difficulté à mettre en œuvre leur monopole d'exploitation dans ces situations.

⇒ Il y a donc lieu d'observer, à ce propos, que le rapport de forces n'est absolument pas en faveur des ayants-droit et que la puissance économique, technique ou médiatique de certains des prestataires renforce les difficultés à nouer une vraie négociation voire un véritable dialogue avec ces derniers.

2 - Les raisons qui animent les ayants-droit peuvent être diverses.

2.1. Certains se contentent de faire observer qu'il convient de remédier à la situation pour de simples raisons de rectitude juridique. L'application de l'article 14 aux activités mentionnées résulte d'un dévoiement du raisonnement, d'une incompréhension des situations ou d'une instrumentalisation des textes.

2.2. D'autres font plus simplement valoir que la mise à l'écart du système d'exonération conditionnée de l'article 14 permettra une meilleure négociation de la rémunération légitimement due pour la mise à la disposition d'œuvres ou d'éléments protégés. C'est dire que pour ces ayants-droit, le but n'est pas d'interdire la mise en ligne de ces œuvres, mais de remettre les titulaires de droits en situation d'obtenir une meilleure rétribution et un meilleur partage de la valeur.

2.3. D'autres ayants-droit sont moins prêts à une négociation avec les prestataires de services et entendent recouvrer la portée de leurs droits d'auteur ou droits voisins afin de ne plus être gênés dans leur stratégie et afin de mettre en place – au moins dans un premier temps – une politique personnelle de mise à disposition des œuvres sur les réseaux.

En conclusion, une très forte demande s'est manifestée pour une intervention afin de faire évoluer les solutions actuelles – jurisprudentielles – jugées tout autant infondées qu'injustes.

Deux questions se posaient alors :

1 - Quel vecteur, quelle forme devait prendre l'intervention souhaitée (I) ?

2 - Pour quelles nouvelles solutions (II) ?

I - FORMES DE L'INTERVENTION

Il y a lieu en premier chef de s'intéresser au vecteur à emprunter pour faire évoluer la solution : quel instrument pour une réforme ?

Intervention au niveau européen

Plusieurs pistes se présentaient, ayant toutes en commun une **solution au niveau européen**. Certes, il était possible d'envisager quelques avancées se glissant dans les interstices laissés libres par les textes européens et permettant aux législateurs nationaux quelques précisions ou ajustements. Mais, en raison de l'évolution de la jurisprudence dans nombre d'Etats membres, il est apparu unanimement plus judicieux d'intervenir dans le champ des directives pour obtenir une solution uniforme destinée à s'appliquer dans les 28 Etats membres.

De quelle manière ? Par l'écriture formelle d'un texte ou par la voie d'un processus interprétatif ?

Préférence pour une intervention formelle affirmant clairement une norme

Le secteur de la production audiovisuelle a, dans un document⁴ envoyé au Ministère de la Culture, marqué dans un premier temps sa préférence pour une **voie simplement interprétative**. Prenant appui sur le constat que les textes existants prônent (considérants 40⁵ et 48⁶ de la directive 2000/31/CE), depuis déjà 15 ans, l'existence d'un **devoir d'agir** pour les intermédiaires techniques afin de pouvoir bloquer l'accès aux contenus illicites, certains des professionnels de l'audiovisuel ont estimé que « *la meilleure manière d'aborder tous les sujets nécessitant des améliorations serait de passer par un processus interprétatif, à caractère transversal, dont l'objet serait d'apporter des clarifications/précisions à des notions figurant dans plusieurs textes européens concernés par le sujet de la mise à disposition des œuvres en ligne (notamment 2000/31/CE, 2001/29/CE et 2004/48/CE). Il pourrait s'agir d'une Communication interprétative de la Commission européenne* ».

Cette option n'a pas convaincu la très grande majorité des personnes auditionnées, plus désireuses d'une action plus nette, claire et efficace, de sorte que la voie interprétative ne pourrait être envisagée que comme solution de repli dans l'hypothèse où l'adoption d'un texte spécial ne serait pas susceptible d'être mise en œuvre.

4 Propositions pour une meilleure efficacité des droits, 13 juillet 2015.

5 « Les prestataires des services ont, dans certains cas, le **devoir d'agir** pour éviter les activités illégales ou pour y mettre fin. La présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible » (dans la version anglaise de ce texte : « duty to act »).

6 « La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les États membres **d'exiger** des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services **qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux** et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites ».

La **voie d'une intervention formelle affirmant clairement une norme** trouve sa justification tant *positivement* par la nécessité de pouvoir compter sur une disposition proclamant la solution de mise à l'écart, en certains cas, de l'article 14 de la directive 2000/31 que *négativement* par la crainte de l'insuffisance ou des dangers de la voie interprétative.

L'une des craintes exprimées – indépendamment du risque de voir les juges européens maintenir l'approche contestée – résidait dans le fait que la voie interprétative suggérée pour traiter de la problématique ici en cause serait celle d'une clarification de la notion d'hébergeur au sens de l'article 14 de la directive « commerce électronique ». C'est dire qu'elle concernerait ainsi tous les types d'atteintes susceptibles d'être commises dans le cadre d'un service revendiquant le statut d'hébergeur et ne traiterait donc pas spécifiquement des contenus protégés par le droit d'auteur et les droits voisins.

Cette approche paraissait, en outre, à nombre d'interlocuteurs susceptible d'être contreproductive en ce qu'elle ne permettrait pas de mettre l'accent sur la question centrale du **partage de la valeur**, propre au droit d'auteur. Or il paraissait essentiel à tous de conserver au problème des « faux hébergeurs » sa spécificité au regard du droit d'auteur et des droits voisins. C'est elle qui justifie l'intervention normative. C'est elle qui permet d'en définir les contours et le régime.

Cette approche de l'édition d'une norme précise n'apparaissait pas seulement comme étant plus sûre et mieux ciblée, elle semblait également plus riche, notamment en offrant la possibilité – si le besoin s'en faisait sentir – d'apporter un certain nombre de précisions, y compris dans l'hypothèse où il conviendrait non seulement d'écarter le jeu de l'article 14 pour les prestataires de services concernés, mais aussi éventuellement de mieux définir le régime juridique applicable en pareille hypothèse.

Certes, dans l'esprit de tous, la solution à proclamer n'est pas nécessairement nouvelle, puisque pour la très grande majorité des personnes auditionnées, les solutions jurisprudentielles faisant application de l'article 14 aux hypothèses ici mentionnées étaient erronées. Mais tenir la plume pouvait présenter des avantages : énoncer clairement et simplement la solution la mieux venue, respectueuse des équilibres recherchés par la mise en place conjointe de directive 2000/31 et 2001/29 et acceptable tant par les autorités politiques que par les professionnels du secteur.

Restait alors le choix de la directive où insérer la solution ainsi précisée.

Intervention dans un texte de droit d'auteur

Des demandes ont été présentées en vue d'obtenir une évolution de la lettre même de la **directive « e-commerce »**. D'autres ont préféré que l'intervention normative se limite à des précisions apportées dans un **texte relatif aux seuls droits d'auteur et droits voisins**.

Le choix entre ces deux voies a été rapidement fait. Si celui d'une modification plus large paraissait plus heureux à certains, il est apparu cependant qu'il se heurterait à de fortes objections et

difficultés de sorte qu'une **intervention limitée** est apparue très rapidement comme étant plus réaliste et vraisemblablement plus heureuse. De plus, la **spécificité des droits de propriété littéraire et artistique** permet de justifier assez naturellement la mise à l'écart de l'article 14 de la directive « e-commerce », lorsque le droit d'auteur et les droits voisins sont mis en œuvre par certains prestataires de services.

Dès lors, l'idéal pour la très grande majorité de personnes auditionnées était d'envisager l'insertion de la norme à affirmer dans le corps de la directive 2001/29 dans l'hypothèse où cette dernière devrait être rouverte. C'est la voie privilégiée par le présent rapport. Mais, techniquement, les dispositions proposées pourraient être accueillies par n'importe quel autre texte de droit d'auteur.

Ce point étant acquis, quelle solution préconiser ?

II – LE CONTENU DU TEXTE NOUVEAU

Une fois le véhicule choisi, il fallait encore déterminer les contours de la nouvelle règle (A), avant de faire une proposition de rédaction (B), laquelle sera ensuite expliquée (C).

A – Les contours de la proposition

Il s'agit ici d'envisager l'étendue du texte et sa place projetée.

Plusieurs constructions étaient susceptibles de s'ouvrir aux rédacteurs.

Il était loisible d'envisager la création complète d'un **nouveau statut** (définition, régime...), mais cette initiative n'a pas eu la préférence des personnes entendues pour deux séries de raisons :

- Premièrement, elle offre l'inconvénient d'avoir à proposer des solutions nouvelles – aux contours complexes à préciser – qui elles-mêmes pourraient paraître rapidement obsolètes face aux innovations techniques, économiques ou sociales à venir.
- Deuxièmement, elle laisse à penser qu'il s'agit d'élaborer de nouvelles normes alors qu'il s'agit plus simplement d'écarter les effets d'une jurisprudence n'ayant pas su correctement lire les textes préexistants. En préciser la teneur en contemplation des particularités du droit d'auteur permet d'en justifier simplement la mise à l'écart.

Il a donc semblé que cette voie devait être écartée tant qu'il n'était pas démontré que l'opposabilité – retrouvée – du droit d'auteur par la mise à l'écart de l'article 14 était de nature à provoquer des déséquilibres malheureux.

La voie du retour au droit commun du droit d'auteur et des droits voisins est donc apparue comme raisonnable et cela d'autant plus que la possibilité de l'accompagner – éventuellement et dans certains cas – d'un simple devoir de collaboration entre ayants-droit et prestataires a semblé de nature à maintenir un équilibre entre intérêts éventuellement antagonistes.

Ces points acquis, où insérer la nouvelle règle dans la **directive 2001/29** ?

- Faut-il créer un nouvel article (9 bis ?) ?
- Ecrire la solution dans une disposition existante (article 9 ?) ?
- Modifier simultanément plusieurs dispositions (article 9 et article 3 ?) ?

Par souci de simplicité et afin d'éviter les effets de bord, c'est la **première hypothèse** qui a été retenue.

B -Propositions de rédaction

Ajout d'un considérant 16 bis nouveau :

1. La présente directive et la directive sur le commerce électronique ont été élaborées de manière à ne pas se contredire, notamment dans la mesure où la limitation de responsabilité prévue par l'article 14 de la seconde a été exclusivement conçue pour les hébergeurs qui offrent un simple service technique de stockage d'informations. Toutefois, leurs objectifs respectifs, c'est-à-dire le souhait d'assurer un niveau élevé de protection du droit d'auteur et des droits voisins, d'une part, et celui de garantir une immunité permettant à ces hébergeurs de développer leur activité, d'autre part, se sont révélés contradictoires, au détriment des titulaires de droits, quand ladite limitation de responsabilité a commencé d'être appliquée à des prestataires de services de la société de l'information dont l'intervention, au-delà ou indépendamment du simple stockage d'informations, consiste à donner au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés. Une telle évolution dans l'application de la directive sur le commerce électronique empêche d'assurer un niveau élevé de protection du droit d'auteur et des droits voisins et interdit aux titulaires de droits d'exercer de manière appropriée les droits qui leur sont reconnus par la présente directive.

2. Il apparaît dès lors nécessaire de préciser que ces prestataires de services de la société de l'information dont l'intervention consiste à donner au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité prévue à d'autres fins par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique.

Il est indifférent à cet égard que les infrastructures ou fonctionnalités grâce auxquelles ces prestataires donnent au public un tel accès à des œuvres et/ou à des objets protégés revêtent un caractère automatisé, celui-ci n'excluant pas la mise en œuvre des droits protégés par la présente directive.

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 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.

Parce qu'ils mettent en œuvre seuls ou avec la participation des utilisateurs de leurs services, les droits visés à l'article 3 et, le cas échéant, le droit visé à l'article 2, les prestataires de services de la société de l'information qui donnent au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés sont tenus d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits concernés.

Cette autorisation couvre les actes accomplis par les utilisateurs de leurs services aux fins de donner au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés, lorsque lesdits utilisateurs n'agissent pas à titre professionnel.

Ajout d'un considérant 24 bis :

Conformément aux dispositions de l'article 11bis de la Convention de Berne, ces droits doivent s'appliquer dès que l'œuvre ou l'objet protégé fait l'objet d'un acte de communication à un public et/ou de mise à la disposition d'un public par un tiers à l'acte initial de communication au public et/ou de mise à la disposition du public, que celui-ci utilise le même mode technique ou un mode technique différent de celui utilisé pour l'acte initial.

Ajout d'un article 9 bis nouveau :

Article 9 bis :

Articulation des directives 2000/31 et 2001/29

Sans préjudice des articles 12 et 13 de la directive sur le commerce électronique, les prestataires de services de la société de l'information qui donnent au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés, y compris au moyen d'outils automatisés, ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité prévue à l'article 14 de ladite directive.

Parce qu'ils mettent en œuvre, seuls ou avec la participation des utilisateurs de leurs services, les droits visés aux articles 2 et 3, ces prestataires sont tenus d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits concernés.

Cette autorisation 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 visé au premier alinéa, dès lors que ces utilisateurs n'agissent pas à titre professionnel.

C – Commentaires

1. La disposition nouvelle énonce clairement que les activités déployées par certains prestataires de services ne sauraient s'inscrire dans la définition donnée à l'article 14 de la directive « e-commerce » (alinéa premier).

Ces prestataires, seuls ou avec la participation des utilisateurs de leurs services, accomplissent des actes de mise en œuvre du droit d'auteur (alinéa 2), ce qu'il n'est pas nécessaire de démontrer dans le corps du texte. Il suffit pour s'en convaincre de procéder à une analyse technique et juridique des actes accomplis, par exemple à l'occasion et à la suite d'un *post* sur un site contributif du Web 2.0.

Cependant, cette analyse montrant que le même acte de mise à disposition du public peut être imputé à deux personnes (l'internaute *uploader* et le responsable du site), le troisième alinéa permet de liciter dans un même temps les deux actes accomplis techniquement, à la condition que l'internaute *uploader* n'agisse pas à titre professionnel.

2. La Mission propose de considérer 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 telles⁷. 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.

Ce **critère de l'accès** est essentiel pour caractériser l'acte de mise à disposition ainsi réalisé. En effet, les prestataires concernés permettent au public d'accéder aux contenus protégés. Sans leur intervention, le public ne pourrait pas accéder à ces contenus. Leur rôle est ainsi « incontournable »⁸. La notion d'accès est d'ailleurs centrale au sein de l'article 3.1 de la directive 2001/29 : « (...) y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Aussi, l'intervention du prestataire dans l'accès à l'œuvre empêche la mise en œuvre de l'article 14 de la directive 2000/31 dans la mesure où l'activité concernée ne peut se résumer à un simple stockage.

En outre, le fait que l'intervention se réalise au moyen d'outils automatisés n'a aucune conséquence sur la qualification de l'acte en cause. En effet, l'acte même technique n'empêche pas la mise en œuvre du droit d'auteur et des droits voisins (v. par ex. la copie transitoire et accessoire, d'où l'existence d'une exception).

La formule retenue au premier alinéa pourrait paraître large, mais il ne faut pas s'en inquiéter, car elle ne vise en réalité que ceux qui revendiquent le bénéfice de l'article 14 alors même qu'ils ne se contentent pas de stocker, mais qu'ils donnent accès au contenu protégé. Les FAI et les transporteurs continuent de bénéficier – comme le précise le dispositif retenu – des exemptions des articles 12 et 13 (simple transport et *caching*).

Par ailleurs, pour renforcer la sécurité juridique, il est prévu que l'autorisation donnée par les ayants-droit aux prestataires entraîne une licitation de l'acte envisagé globalement lorsque les utilisateurs du service n'agissent pas à titre professionnel. Ces derniers n'auraient alors plus à craindre d'actions.

3. La référence à la Convention de Berne – réalisée au considérant 24 bis – paraît indispensable à l'heure où la Cour de Justice de l'Union Européenne fait une interprétation des textes – et notamment du droit de communication au public – qui paraît s'éloigner de la stricte orthodoxie juridique. Témoignent de ce mouvement les réactions – très critiques – de nombre de spécialistes mondiaux à la jurisprudence de la Cour, notamment – mais non exclusivement – en matière d'hyperliens⁹. Il convient de renvoyer ici aux deux résolutions¹⁰, solidement argumentées, adoptées par l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI). On rappellera que cette « société savante » – qui a été à l'initiative de la Convention de Berne – reproche à la Cour de Justice de s'écarter du sens à retenir de ce texte international en ajoutant au donné légal – pour fonder l'opposabilité le droit d'auteur – l'exigence d'un « public nouveau ».

7 Comp. CJUE, 13 octobre 2011, *Airfield*, aff. C-431/09 et C-432/09.

8 Sur ces questions, v. not. CJUE, 7 décembre 2006, *SGAE*, aff. C-306/05, point 42 ; CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, aff. C-466/12, point 18.

9 Voir CJUE, 13 février 2014, aff. C - 466/12, *Nils Svensson et autres c/ Retriever Sverige AB et C - 348/13*, 21 octobre 2014, *BestWater International GmbH c/ Mebes et al.*

10 <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>

et

<http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf>

L'observation n'est pas neutre si l'on veut bien considérer que certains prestataires de services pourraient, à l'avenir, préférer ne fournir que des bases de liens plutôt que de stocker des fichiers d'œuvres protégées.

4. Quelles conséquences tirer du principe de l'inapplication de l'article 14 de la directive 2000/31 aux prestataires de services visés par les textes proposés ?

Le premier effet, logique, est celui, on l'a dit, de **l'opposabilité** à ces prestataires de services **du droit d'auteur et des droits voisins** lorsque des œuvres ou éléments protégés ont été rendus accessibles par ces personnes. La question qui se pose alors est celle d'une **mise en œuvre harmonieuse et équilibrée** du droit d'auteur et des droits voisins **afin de permettre un partage équitable de la valeur sans empêcher l'apparition de nouveaux services susceptibles d'être offerts au public.**

Deux séries de préoccupations peuvent alors apparaître.

La première a trait au souci de **mise en œuvre dans le temps des règles** nouvellement affirmées quand bien même ces solutions auraient, dans l'esprit de tous, déjà dû s'appliquer dès l'adoption de la directive 2000/31. Il pourrait être envisagé de tenir compte de la situation des prestataires de services qui – à tort ou à raison – pensaient pouvoir compter sur les solutions dégagées par la jurisprudence en prévoyant un délai d'application du dispositif pour permettre aux prestataires de services de s'adapter et de rechercher des solutions en concertation avec les ayants-droit.

La deuxième série de préoccupations a trait à la mise en place d'un système destiné à éviter un « retour » du droit d'auteur et des droits voisins qui pourrait être considéré comme **trop brutal** dans l'hypothèse où certains ayants-droits ne souhaiteraient pas accorder de licences d'autorisation aux prestataires de services. L'exercice du droit d'interdire pourrait dans ce cas s'accompagner d'un **devoir de collaboration entre lesdits ayants-droit et prestataires de services.**

Ce devoir de collaboration serait susceptible de prendre **diverses formes** au regard de **l'état de la technique** et des **usages vertueux** susceptibles de se développer dans ce domaine. Il est loisible de songer, ici, notamment, à la négociation de chartes, de contrats-types ou à la fourniture d'empreintes permettant de dépister les œuvres et d'empêcher, éventuellement *ab initio*, les actes de contrefaçon.

Cette démarche s'inscrirait dans une volonté de **créer un climat participatif et respectueux** des divers intérêts en présence. Il ne s'agit pas de forcer les consentements mais de créer non seulement un **cercle vertueux mais aussi et surtout une spirale positive permettant l'essor de nouveaux marchés pour le profit de tous.**

Le mouvement s'inscrirait, au demeurant, dans celui dont on voit les premières manifestations et qui conduit certains prestataires à nouer un dialogue avec les ayants-droit ou s'installerait dans le prolongement des initiatives que certains professionnels de la publicité ont accepté de prendre pour assainir les situations et assécher les modèles économiques de ceux qui offrent illicitement des œuvres en tentant de se placer à l'abri des droits de propriété intellectuelle.

On observera, du reste, que la généralisation des systèmes vertueux ne bénéficient pas seulement aux ayants-droit, mais aussi aux prestataires de service qui sont très désireux de pouvoir développer licitement de nouveaux modes de distribution des œuvres de l'esprit mais qui craignent de se

retrouver en situation de « concurrence déloyale » avec ceux qui ne sont pas, pour l'heure, habités par la même préoccupation et préfèrent maximaliser leurs profits dans des configurations illicites plutôt que de songer à un meilleur partage de la valeur fondé sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

L'adoption d'un texte spécifique offrirait le levier attendu permettant d'enclencher et de sécuriser la spirale vertueuse. Elle offrirait encore aux ayants-droit et aux prestataires de service une logique « gagnant-gagnant » donnant les moyens de développement de nouveaux services attendus par les consommateurs.

Au regard de la diversité des situations à appréhender, il est sans doute délicat d'entrer dans le détail des devoirs et droits de chacun, de sorte que le renvoi au concept général de « coopération » ou de « collaboration » paraît – au moins dans un premier temps et s'il devait se révéler nécessaire – suffisant.

Annexe : liste des organisations et personnes auditionnées

1/ Représentants des auteurs et artistes-interprètes

Administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI) : Anne-Charlotte Jeancard, directrice des affaires juridiques et internationales

Société civile des auteurs multimédias (SCAM) : Hervé Rony, directeur général, et Nathalie Orloff, adjointe au directeur des affaires juridiques et internationales pour les négociations de

droits, l'écrit et l'image fixe Société des auteurs audiovisuels (SAA) : Cécile Despringre, directrice

Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) : Marie-Anne Ferry-Fall, directrice générale, et Thierry Maillard, directeur juridique

Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) : Pascal Rogard, directeur général, et Hubert Tilliet, directeur juridique

Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) : David El Sayegh, secrétaire général, et Caroline Bonin, directrice juridique

Société des arts visuels et de l'image fixe (SAIF) : Olivier Brillanceau, directeur général, et Agnès Defaux, directrice juridique

Société des gens de lettres (SGDL) : Geoffroy Pelletier, délégué général, et Valérie Barthez, directrice juridique

Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes (SPEDIDAM) :

Xavier Blanc, directeur des affaires juridiques et internationales, et Denis Verrey, directeur contrats et contentieux

Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA) : Florence-Marie Piriou, directrice juridique

Syndicat français des artistes interprètes (SFA) : Catherine Alméras, directrice générale

Syndicat national des auteurs et compositeurs (SNAC) : Emmanuel de Rengervé, délégué général

2/ Représentants des éditeurs, producteurs et diffuseurs

Association des producteurs de cinéma (APC) : Frédéric Goldsmith, délégué général

Chambre syndicale de l'édition musicale (CSDEM) : Angélique Dascier, déléguée générale

Editis : Isabelle Raymond Bailly, directrice déléguée chargée des affaires juridiques

Eurocinema : Yvon Thiec, délégué général

Fédération nationale de la presse spécialisée (FNPS) : Charles-Henry Dubail, président de la commission juridique et fiscale, et Boris Bizic, directeur juridique

Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI) : Olivia Regnier, directrice régionale du bureau bruxellois

Groupe Madrigall : Yorric Kermarrec, directeur juridique

Groupe Nakama Skyrock : Olivier Langles, directeur juridique

Groupe TF1 : Sébastien Frapier, directeur juridique, et Anthony Level, juriste

Groupe Canal + : Pascaline Gineste, directrice générale des affaires réglementaires et européennes, Christine Nguyen Directrice juridique et Delphine d'Amarzit, secrétaire générale du Groupe CANAL+.

Groupement des éditeurs des services en ligne (GESTE) : Maxime Jaillet, responsable des affaires réglementaires et institutionnelles

Hachette Livre : Laure Darcos, directrice des relations institutionnelles, et Arnaud Robert, directeur juridique

Société civile des producteurs de cinéma et télévision (PROCIREP) : Itzard Van der Puyl, secrétaire général

Société civile des producteurs phonographiques (SCPP) : Marc Guez, directeur général, et Laurence Marcos, directrice juridique

Société civile des producteurs de phonogrammes de France (SPPF) : Jérôme Roger, directeur général, Karine Colin, directrice juridique

Syndicat des éditeurs de la presse magazine (SEPM) : Marie-Laure Franck, responsable des affaires juridiques et sociales, et Patrick Sergeant, membre de la commission juridique du SEPM

Syndicat des producteurs indépendants (SPI) : Juliette Prissard-Eltejaye, ancienne déléguée générale, et Catherine Bertin, nouvelle déléguée générale

Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) : Alexandere Lasch, directeur juridique

Syndicat national de l'édition (SNE) : Christine de Mazières, déléguée générale, Lore Vialle-Touraille, ancienne directrice juridique et Julien Chouraqui, juriste

Vivendi : Sylvie Forbin, directrice des affaires institutionnelles et européennes, et Marie Sellier, directrice des affaires publiques et de la propriété intellectuelle

3/ Représentants des prestataires techniques

Apple : Marie-Laure Daridan, directrice des affaires institutionnelles

Association française des éditeurs de logiciels et solutions internet : Loic Rivière, délégué général, et Diane Dufoix, responsable des affaires publiques et réglementaires

Association pour le commerce et les services en ligne : Eric Barbry, directeur du pôle droit numérique du cabinet Alain Bensoussan

Free : Ombeline Bartin, responsable des relations institutionnelles

Fédération Française des télécoms : Jean-Marie Le Guen, directeur délégué aux contenus

Orange : David Grosz, directeur juridique Orange Contenus

Microsoft : Quang-Minh Lepescheux, responsable propriété intellectuelle

SFR-CGT : Daniel Édinger, secrétaire général

4/ Représentants des institutions publiques

Agence du patrimoine immatériel de l'État : Anne-Claire Viala, cheffe de projet juridique

Autorité de la concurrence : Élisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique : Anne-Elisabeth Crédeville, vice-présidente

Institut national de l'audiovisuel : Jean-François Debarnot, directeur juridique, et Barbara Mutz, juriste propriété intellectuelle

Ministère des Affaires étrangères : Raphaël Metais, direction de l'Union européenne

Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche : Alain Colas, chef du département de l'information scientifique et technique et réseau documentaire

Secrétariat général aux affaires européennes : Liza Bellulo, chef du secteur juridique

Autres organisations, conviées par la mission mais n'ayant pas participé à ses travaux :

Association des services internet communautaires (ASIC)

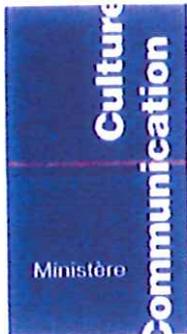
Dailymotion

Google

Yahoo

Paris, le 2 avril 2015

Professeur Pierre Sirinelli



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
csp/ta@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/csp/ta

Monsieur le Professeur, *cher Pierre,*

Le rapport sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information que vous avez remis le 12 janvier dernier à Madame Fleur Pellerin, ministre de la culture et de la communication, a permis de porter au plan européen une vision française forte dans la perspective de la modernisation du cadre du droit d'auteur engagée par la Commission européenne.

Le calendrier annoncé par la Commission européenne comprend notamment pour ce printemps une communication de la Commission, qui devrait conduire à une proposition de texte législatif à l'automne. Dans ce contexte, il importe de poursuivre le précieux travail que vous avez accompli, en soulignant les liens étroits qui existent entre les textes de l'Union européenne relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins et ceux qui encadrent les services de la société de l'information, en particulier la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique et la directive 2004/48/CE relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

Dans votre rapport remis le 12 janvier, vous avez en effet établi un diagnostic majeur sur les difficultés de mise en œuvre effective du droit applicable, en relevant que l'opposabilité aux titulaires de droit des régimes issus des articles 12 à 15 de la directive « commerce électronique » a généralement pour effet l'inefficacité des droits accordés aux auteurs et titulaires de droits voisins lorsque les œuvres sont utilisées ou recueillies par certains prestataires techniques.

Une meilleure articulation entre les directives « Société de l'information » et « commerce électronique » constitue un des leviers les plus importants pour favoriser dans le marché unique numérique un meilleur équilibre entre les droits et intérêts des auteurs et artistes d'une part, et ceux des intermédiaires de l'Internet et des utilisateurs d'œuvres protégées d'autre part. Des propositions concrètes seront nécessaires pour corriger les effets négatifs que les dispositions de la directive « commerce électronique » sur le régime de responsabilité des prestataires techniques peuvent engendrer dans le champ de la propriété littéraire et artistique.

PS

Je souhaite donc vous confier, dans le prolongement de votre précédente étude, une deuxième mission afin, d'une part, d'apporter des éclaircissements sur les lectures possibles des textes existants à la lumière des évolutions techniques, sociales ou économiques et, d'autre part, afin, éventuellement, de proposer des modifications des dispositions actuelles du droit de l'Union européenne permettant une application effective des droits d'auteur et droits voisins dans l'environnement numérique, notamment sur les plateformes de diffusion de contenus protégés.

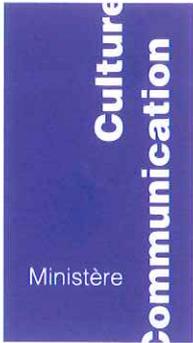
Vous partagerez cette mission avec Madame Alexandra Bensamoun, maître de conférences HDR à l'université Paris Sud, en qualité de vice-présidente de la mission. Compte tenu de l'échéance de l'automne que s'est fixée la Commission européenne, je souhaiterais que vous puissiez faire état de vos préconisations, sous forme d'une note de propositions assortie de propositions de rédactions d'ici le mois de juillet 2015.

Je vous remercie d'avoir accepté de prolonger vos travaux, essentiels pour l'avenir du droit d'auteur en Europe, et vous prie de croire, Monsieur le Professeur, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Avec toute mon amitié



Pierre-François Racine



Paris, le 28 MAI 2015

Maître Josée-Anne Bénazéraf

Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone : 01 40 15 82 16
Télécopie : 01 40 15 88 45

cspla@culture.gouv.fr

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-proprietee-litteraire-et-artistique>

Maître, *Josée-Anne*,

Vous avez bien voulu me faire part de votre souhait de participer à la mission confiée au professeur Sirinelli et à Madame Alexandra Bensamoun telle qu'elle est définie par la lettre de mission en date du 3 avril dernier dont une copie est jointe à la présente.

J'ai le plaisir de vous faire savoir, en plein accord avec le professeur Sirinelli, que vous partagerez avec lui-même et avec Madame Alexandra Bensamoun la responsabilité de la mission définie dans la lettre du 3 avril dernier mentionnée ci-dessus.

Je rappelle que, compte tenu du calendrier retenu par la Commission européenne pour faire connaître ses propositions de modification de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, la mission devra remettre avant la fin du mois de juillet prochain des propositions concrètes pour corriger les effets négatifs que peuvent avoir sur les droits des auteurs celles des dispositions de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique qui instituent un régime particulier de responsabilité pour certains prestataires techniques.

Je vous remercie vivement d'avoir proposé votre participation et vous prie de recevoir, Maître, mes salutations respectueuses.

Avec tous mes amitiés.


Pierre-François Racine