

Paris, 10 septembre 2020

NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Réponse des autorités françaises à la consultation publique organisée par les services de la Commission à destination des parties prenantes au dialogue sur l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique

Avancée majeure de la précédente mandature, l'article 17 de la directive 2019/790/EC garantit l'application effective du droit d'auteur et des droits voisins sur les services de partage de contenus tout en renforçant les droits des utilisateurs.

Reposant sur un équilibre fin dégagé au terme d'une longue négociation politique, il permet aux créateurs, soit d'être rémunérés par les plateformes de partage qui diffusent massivement leurs œuvres, soit d'obtenir l'application de mesures préventives efficaces garantissant l'indisponibilité des contenus non autorisés. Il apporte également une plus grande sécurité juridique aux utilisateurs : leurs actes de partage non commerciaux sont désormais couverts par l'autorisation obtenue par les plateformes et de nouvelles garanties leur sont ouvertes dans le cadre du mécanisme de traitement des plaintes imposé par la directive. Un régime aménagé est prévu pour les entreprises récentes et un principe de proportionnalité s'applique dans l'appréciation des obligations des plateformes.

L'article 17⁵⁷ confie à la Commission le soin, après avoir examiné les meilleures pratiques en la matière et consulté les parties prenantes, d'établir, « *compte tenu des résultats des dialogues entre parties intéressées* », des « *orientations sur l'application de l'article 17* » et en particulier ce qui concerne la coopération entre les services de partage et les titulaires de droits pour la mise en œuvre des mesures préventives. Ces orientations ne visent pas à proposer une quelconque interprétation de la directive. Elles ont un objet essentiellement technique et opératoire, visant à préparer au mieux l'application pratique de l'article 17, dans le respect de son objectif rappelé ci-dessus et bien évidemment des dispositions votées par les co-législateurs.

Fin juillet, les services de la Commission ont soumis à consultation publique un document préparatoire à l'adoption de ces orientations.

Ce document, qui se livre à une interprétation juridique détaillée de l'article 17, assortie de préconisations précises pour sa mise en œuvre, soulève des préoccupations très importantes.

Au plan méthodologique, le projet excède très largement le cadre imparti pour les orientations de la Commission et se révèle très pauvre quant aux éléments concrets et documentés pourtant attendus sur les meilleures pratiques de coopération.

Sur le fond, l'approche préconisée remet fondamentalement en cause les équilibres arrêtés par les co-législateurs, à travers une réécriture des dispositions de la directive qui en méconnaît tant la lettre que l'esprit.

Si une telle approche était retenue par la Commission européenne dans ses orientations et suivie par les parties prenantes, l'effet utile attendu de l'article 17 s'en trouverait gravement compromis.

Les autorités françaises soulignent que l'objectif de renforcement de la situation des créateurs et des industries culturelles à l'origine de l'article 17 s'impose aujourd'hui avec une acuité renouvelée dans le contexte de la crise sanitaire, qui a fragilisé cette situation et encore développé les pratiques numériques.

I. Le document en consultation, réécrivant l'article 17, en remet gravement en cause l'efficacité

L'article 17 vise essentiellement à rétablir, vis à vis des services de partage de contenus, « la capacité des titulaires de droits à déterminer si leurs œuvres et autres objets protégés sont utilisés, et dans quelles conditions, et leur capacité à obtenir une rémunération appropriée en contrepartie d'une telle utilisation »¹

Dans un contexte où certains sites de partage de contenus sont devenus des acteurs majeurs de la diffusion en ligne de contenus protégés, il répond ainsi au problème identifié par la Commission dans son étude d'impact. A la question posée « *Quel est le problème?* », l'étude d'impact fait la réponse synthétique suivante: « *Les ayants droit n'ont pas de contrôle ou un contrôle limité quant à l'utilisation ou aux conditions d'utilisation de leurs contenus sur les sites qui stockent et donnent accès un nombre important de contenus protégés* »².

Pour répondre au problème identifié et mettre ce faisant un terme à la situation de perte de contrôle des ayants droits sur leurs contenus, l'article 17 négocié et voté par les co-législateurs a créé un régime de responsabilité impliquant la mise en œuvre par les services de partage des contenus de leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation de la part des titulaires de droits ou à défaut, pour garantir, avec la collaboration des titulaires de droits, l'indisponibilité des contenus non autorisés sur leurs services, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle.

Au cœur du dispositif de l'article 17 se trouvent donc, d'une part, l'affirmation claire de la responsabilité des services visés au titre du droit d'auteur et, d'autre part, le déploiement par ces services de mesures préventives conformément aux « *informations nécessaires et pertinentes* » transmises par les ayants droit.

Ce dispositif a vocation à rompre avec la situation antérieure dans laquelle les services de partage pouvaient profiter d'une incertitude juridique sur le principe de leur responsabilité pour ne pas négocier avec les ayants droit et étaient libres de déployer ou non, et selon leurs propres termes, des mesures préventives de protection des œuvres, laissant les utilisateurs dans le plus grand flou sur les détails de ces mesures et leur portée.

Le document en consultation tend à remettre substantiellement en cause ce dispositif.

Les autorités françaises soulignent en particulier les graves difficultés suivantes :

-L'importance accordée au respect des exceptions ne saurait justifier un renversement de la logique de l'article 17

L'objet premier de l'article 17, ainsi qu'il a été rappelé, est de rétablir la capacité de contrôle de l'auteur, fondée en premier lieu sur son autorisation préalable. L'importance accordée à juste titre par la directive au respect des exceptions, notamment aux paragraphes 17§7 et 17§9, ne saurait contredire cet objectif. L'article 17 accorde une grande attention à la balance des droits fondamentaux et comporte, comme il a été rappelé, des avancées majeures en faveur des utilisateurs. Il résulte toutefois clairement de son économie générale qu'en cas de contestation, la prise en compte des exceptions relève du mécanisme de traitement des plaintes et de recours mentionné ci-dessus.

¹ Cf. le considérant n°61.

² Page 137 de l'étude d'impact.

L'interprétation conduisant à imposer le maintien en ligne, sans le consentement du titulaire de droit, d'utilisations perçues par les utilisateurs ou les services comme vraisemblablement légitimes car potentiellement couvertes par une exception introduit un renversement qui ne trouve aucun fondement dans le texte.

Un tel renversement, emportant comme on le verra des conséquences pratiques disproportionnées, serait contraire à la nature préventive du droit d'auteur rappelée par la Cour de justice, et à l'objectif d'un niveau élevé de protection des auteurs. Il méconnaîtrait en outre la règle générale selon laquelle toute dérogation doit faire l'objet d'une interprétation stricte, conformément en l'espèce au test en trois étapes.

- Le système proposé s'appuie sur des concepts impraticables, dépourvus de fondement, et compromet radicalement l'efficacité des mesures préventives

Au soutien de la prise en compte ex ante des exceptions, le document introduit deux concepts entièrement nouveaux : les "contenus vraisemblablement contrefaisants" et les "contenus vraisemblablement légitimes ».

Ces notions sont dépourvues de base légale, autant dans la directive (UE) 2019/790 que dans le droit d'auteur en général. Elles sont porteuses d'une insécurité juridique majeure, le document en consultation étant au demeurant dans l'incapacité d'expliquer comment de tels critères pourraient fonctionner. Il convient de rappeler que le champ d'application des exceptions appelle par nature une appréciation au cas par cas, pour tenir compte du type de contenu en cause et de son usage ; il ne saurait donc être appréhendé dans le cadre d'une approche systématique et *a priori* telle que celle proposée par la Commission.

Le seul exemple donné par les services de la Commission le confirme. Ainsi, s'il est possible comme le décrit le document que la reprises de courts extraits de films dans une vidéo entourée de commentaires, ou encore des extraits d'images dans le cadre de « memes » puisse relever d'exceptions, cette qualification ne peut relever que du cas par cas : elle appelle une appréciation *in concreto*, qui ne peut en aucun cas être systématisée.

Il est erroné de soutenir comme le fait le document que les concepts nouveaux proposés n'auront pas d'impact juridique.

Par la création de facto d'un nouveau champ d'application, très élargi, des exceptions, et la restriction simultanée des actes non autorisés de partage susceptibles de faire l'objet de mesures préventives, l'approche préconisée est de nature à compromettre radicalement l'efficacité de l'article 17.

En effet, dans le système proposé, certains contenus contrefaisants resteraient en ligne au seul motif d'une aléatoire vraisemblance de licéité, et ce alors même que les ayants droit auraient fourni les « informations nécessaires et pertinentes » pour permettre leur indisponibilité. La simple éventualité très aléatoire d'application d'une exception conduirait donc à paralyser les effets du droit d'auteur. Les instructions fournies par les ayants droit dans le cadre des « informations nécessaires et pertinentes » seraient purement et simplement annulées et remplacées par l'effet de « paramètres techniques » à partir desquels serait présumé le caractère vraisemblablement contrefaisant ou légitime d'un contenu.

Ainsi, alors que l'article 17 a été conçu et rédigé de manière à renforcer la capacité des ayants droit à décider du principe et des conditions de l'utilisation de leurs œuvres, le document en consultation propose un système dans lequel leur droit d'autoriser serait nié au nom d'une très aléatoire vraisemblance de licéité, appréciée selon des critères flous, absents de la directive, et dépourvus de pertinence juridique. S'agissant de la durée de reprise des contenus envisagée comme un « paramètre technique », la Cour de justice a par exemple rappelé récemment qu'une atteinte au droit exclusif peut notamment consister dans une reprise, pour un usage récréatif, d'un contenu d'une durée aussi courte que 2 secondes (affaire Pelham C-476/17).

Le fait que, une fois la vraisemblance de licéité retenue par la plateforme, le débat sur la licéité d'un acte de partage puisse être *in fine* tranché dans un sens favorable à la protection du droit d'auteur, au

terme d'un processus qui pèse sur le titulaire de droit, et se trouve donc inversé par rapport à celui prévu par la directive, n'emporte aucun effet correctif. Jusqu'à la fin du processus envisagé par le document, des contenus contrefaisants seront demeurés en ligne et l'ayant droit devra à nouveau notifier alors même qu'il aurait déjà fourni en amont les « informations pertinentes et nécessaires » requises par la directive.

Le résultat serait donc une aggravation de la charge des ayants droits là où l'objectif est le renforcement de leur situation.

Le schéma proposé conduirait par ailleurs à une grande incertitude juridique pour les services de partage, puisque serait attendu d'eux dans certains cas de laisser en ligne un contenu non autorisé en dépit des informations pertinentes et nécessaires transmises par les ayants droit pour opérer un blocage. Aux termes de l'article 17, un service qui s'abstiendrait de fournir ses meilleurs efforts pour bloquer ou retirer rapidement un contenu contrefaisant en dépit des informations pertinentes et nécessaires transmises par les ayants droit engagerait en effet sa responsabilité.

Quant aux utilisateurs, l'institution de critères flous, et susceptibles de décourager les plateformes de souscrire les licences dont la directive prévoit qu'elles couvrent leurs actes de partage, devrait aussi leur porter préjudice.

- L'affirmation selon laquelle l'obligation de prendre les mesures préventives ne devient applicable que dès lors que l'objectif de conclusion des licences ne peut être atteint est également dépourvue de base légale. L'article 17 n'établit pas de chronologie dans les conditions que doivent prouver les services pour écarter leur responsabilité en lien avec des contenus non autorisés. Il est ainsi parfaitement concevable que tout en négociant une licence avec le service, l'ayant droit fournisse les informations pertinentes et nécessaires permettant d'empêcher la présence de contenus non autorisés. Cet élément sera d'ailleurs de nature à favoriser la conclusion rapide de licences par les plateformes désireuses de donner accès au public aux œuvres concernées.

- Les autorités françaises alertent enfin sur le fait que si les propositions des services de la Commission étaient suivies, la situation des ayants droit qui ne souhaitent pas conclure de licences pourrait se trouver particulièrement affectée.

D'une part, ils ne tireraient pas de bénéfice substantiel d'une clarification de la responsabilité du service dans la mesure où – et c'est leur liberté contractuelle rappelée par la directive – ils ne souhaitent pas conclure de licence avec les services pour obtenir une rémunération. D'autre part, ils pourraient se voir imposer un fonctionnement des outils de reconnaissance de contenus dégradé par rapport à certains usages dont ils bénéficient aujourd'hui. Pourtant, dès 2017, s'agissant de mesures qui ne prenaient pas en compte les exceptions, la Commission relevait que : « dans le domaine du droit d'auteur, les technologies de reconnaissance de contenus ont prouvé leur efficacité depuis des années »³ et appelait au déploiement de ces outils.

II. Les autorités françaises soutiennent les propositions du document en ce qu'elles poursuivent l'objectif de préserver les usages légitimes des utilisateurs mais rappellent que cet objectif peut être atteint par des modalités bien plus proportionnées aux enjeux et respectueuses de la lettre et de l'esprit de l'article 17

Les plateformes de partage de contenus, qui ont profondément modifié les usages, sont des outils formidables d'accès aux contenus.

En consacrant l'obligation des services et des ayants droit de collaborer ensemble, l'article 17 devrait contribuer à créer un environnement de confiance et de sécurité entre titulaires de droits et services de partage en ligne amenant, parallèlement, à une lutte plus efficace contre les contenus non autorisés

³ Communication Tackling illegal content, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-tackling-illegal-content-online-towards-enhanced-responsibility-online-platforms>.

et à la conclusion d'accords garantissant l'accès du public à des contenus de plus en plus riches et divers.

La préoccupation de maintenir le bénéfice des exceptions existantes et autres usages légitimes doit trouver sa réponse dans la mise en œuvre du nouveau mécanisme de règlement des plaintes, qui représente une avancée majeure. Il importe de veiller à la pleine efficacité de ce dispositif, qui implique une revue humaine des contestations, et doit en outre être complété par un mécanisme de règlement impartial des litiges.

Par ailleurs, les orientations pourraient sensibiliser les ayants droit à l'intérêt d'expérimenter des nouveaux usages, en particulier en utilisant les règles de gestion permises par les outils de protection de contenus déployés par les plateformes. Comme démontré notamment par l'analyse détaillée des usages et des technologies réalisée à la demande des autorités françaises, ces outils permettent une disponibilité des contenus qui va au-delà du bénéfice des exceptions mais reste compatible avec l'objectif et le texte de l'article 17 dès lors que cette disponibilité est entièrement autorisée et maîtrisée par les ayants droit. ⁴ Les autorités françaises considèrent qu'une plus grande transparence de ces règles de gestion pourrait par ailleurs être encouragée.

Plus généralement, les orientations pourraient inciter à la conclusion d'accords de licences détaillés. Les autorités françaises se montrent à cet égard favorables à la proposition des services de la Commission de proposer des exemples de modèles de contrats qui pourraient être envisagés dans le cadre de la mise en œuvre de la directive, étant entendu que la gestion collective – si elle peut être envisagée pour la mise en œuvre de l'article 17 en même temps que la gestion individuelle – ne saurait jamais être imposée au titulaire de droit. Elles accueillent également avec intérêt la piste de mettre en place au niveau national des mécanismes de médiation pour accompagner la conclusion de telles licences ainsi que la proposition de favoriser les échanges d'informations sur les licences conclues entre plateformes, services et utilisateurs. Elles sont sensibles à l'invitation des services de la Commission à mener une réflexion approfondie sur un éventuel mécanisme de sanction des abus dans la mise en œuvre des possibilités offertes par la directive, notamment de la part des personnes qui revendiqueraient à tort la propriété d'un contenu protégé.

Afin d'optimiser la collaboration entre plateformes et titulaires de droits, les autorités françaises attendent de la Commission qu'elle expose des exemples d'éléments concrets et documentés permettant une meilleure collaboration entre plateformes et titulaires de droits s'agissant notamment des informations pertinentes et nécessaires attendues des ayants droit, des outils disponibles et efficaces par type de contenus et des pistes d'amélioration. Elles considèrent par ailleurs que la transparence imposée par l'article 17 aux services vis à vis notamment des ayants droit est essentielle. Elles font valoir à cet égard que, en la matière comme dans d'autres domaines numériques, il existe une situation d'asymétrie d'informations entre les plateformes numériques et leurs contractants. Dès lors, les services devront fournir les informations utiles à la pleine compréhension du fonctionnement et du déploiement des outils mis en place par eux pour éviter la disponibilité de contenus non autorisés et ce afin de garantir un fonctionnement optimum de ces outils dans le temps.

Les autorités françaises seront attentives aux réponses qui seront données par toutes les parties prenantes à la consultation de la Commission et sont favorables à la poursuite des discussions afin que

⁴ Les autorités françaises rappellent à la Commission que, désireuses d'asseoir la mise en œuvre de l'article 17 sur une analyse détaillée des usages, des technologies et des perceptions des acteurs, elles ont fait réaliser et rendu publique un étude conjointe du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et le Centre national du cinéma et de l'image animé. Parue sous le titre « Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes de partage – État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus », cette étude est disponible en français et en anglais sur le site : <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-contenus-protoges-par-les-plateformes-de-partage-en-ligne-etat-de-l-art-et-propositions>

les orientations futures puissent jouer le rôle technique concret qui est le leur en vue de la bonne application de l'article 17.

Elles invitent fortement la Commission à lui conserver un caractère opérationnel et ciblé, fondé sur les bonnes pratiques, et mentionnant quand cela est possible des exemples concrets de coopération. Les interprétations et analyses juridiques dépourvues de fondement dans le texte de la directive devraient être supprimées, y compris l'idée que le droit de communication au public faisant l'objet de l'article 17 relèverait en lui-même d'une *lex specialis* par rapport à l'article 3 de la directive 2001/29/CE ou l'affirmation suivant laquelle le mécanisme de plainte prévu par cet article serait soumis à la loi du pays d'origine. En l'occurrence cette dernière interprétation soulève d'autant plus d'incompréhension que le mécanisme de plainte a pour vocation de permettre à l'utilisateur d'invoquer un usage entravé mais légitime du point de vue du droit d'auteur et que la matière du droit d'auteur n'est pas soumise au principe du pays d'origine en application de la directive commerce électronique. De la même manière, elles considèrent qu'il serait opportun d'éviter tout risque de confusion sur le fait que les co-législateurs ont, dans le cadre de la directive (UE) 2019/790, souhaité ne rendre obligatoires que certaines des exceptions prévues par la directive 2001/29/CE.