

## L'article 13 du projet de directive sur les droits d'auteur dans le marché unique numérique

ÉMETTEUR      BAJ  
DATE            février 2017

### 1 | Le point de départ : les dispositions de l'article 13 et des considérants 38 et 39

La version initiale de l'article 13 et des considérants 38 et 39 (jointe en annexe) du projet de réforme du droit d'auteur présenté par la Commission le 14 septembre 2016 visent à renforcer les obligations pesant sur certaines plateformes (user generated contents, dites UGC) strictement identifiées à savoir celles « *qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et d'autres objets protégés et [qui sont] chargés [mises en ligne] par leurs utilisateurs* ».

Ces plateformes, sans être responsables des contenus culturels qu'elles stockent et mettent à disposition, tirent de gros profit de la diffusion de cette responsabilité limitée, faiblement rémunérés. La proposition de la Commission tente de corriger ce transfert de valeur en faveur d'un rééquilibrage des obligations (et revenus idoines) entre plateformes et ayants droit.

Les considérants 38 et 39 du projet de directive dans leur version initiale rappellent le cadre de cette réforme et en posent les objectifs essentiels.

- Ces plateformes sont tenues de conclure des contrats de licence avec les ayants droit lorsqu'elles commettent des actes de communication au public en ligne (notion qui relève à ce jour de l'appréciation du juge en l'absence de définition) et ne peuvent pas bénéficier des exemptions de responsabilité liées au statut des hébergeurs quand elles jouent un rôle actif.
- La notion de rôle actif appliquée aux services donnant accès à des œuvres culturelles est définie pour la première fois de manière spécifique. Les plateformes qui stockent un grand nombre d'œuvres jouent un rôle actif « notamment en optimisant la présentation des œuvres ou autres objets protégés mis en ligne ou en assurant leur promotion (playlist, recommandations players, etc.) indépendamment de la nature des moyens employés à cet effet.
- Les plateformes qui relèvent des exemptions du statut hébergeur peuvent dans le respect de la directive 2000/31/CE, tout en conservant ce statut, coopérer avec les ayants droit et conclure des accords pour prévenir les atteintes au droit d'auteur.
- Il convient, selon la Commission, d'encourager ce type de coopération, de consacrer juridiquement l'existence de ces accords et de préciser les obligations réciproques des plateformes et des ayants droit dans le cadre de cette coopération.
- Ces plateformes (telles que strictement identifiées ci-dessus), y compris lorsqu'elles bénéficient du statut d'hébergeur (qu'elles soient actives ou passives), devraient prendre des mesures appropriées et proportionnées pour assurer la protection de ces œuvres et autres objets protégés, par exemple, par la mise en œuvre de technologies efficaces.

- Dans de tels cas, les titulaires de droits devraient fournir les données nécessaires pour permettre de reconnaître leurs contenus sur les plateformes<sup>1</sup>.
- Les plateformes devraient faire la transparence à l'égard des titulaires de droits quant aux technologies déployées, la manière dont ces technologies sont exploitées et leur taux de réussite en termes de reconnaissance des contenus des titulaires de droits ainsi que sur l'utilisation de leurs contenus faisant l'objet d'un accord.

Aux termes de l'article 13, la Commission insiste sur le fait que les États membres doivent encourager de tels dispositifs et favoriser l'émergence de bonnes pratiques par ces plateformes tout en tenant compte de la nature des services et leur efficacité au regard de l'évolution des technologies.

Sa proposition vise à généraliser cette forme de coopération afin que toutes ces plateformes (telles qu'identifiées ci-dessus) prennent - même en l'absence d'accord préalable - des mesures destinées à empêcher la mise à disposition, par leurs services, d'œuvres ou d'autres objets protégés identifiés par les titulaires de droits en coopération avec les prestataires de services. Ces mesures, doivent être appropriées et proportionnées.

Les différents niveaux d'obligation applicables à ces plateformes UGC en application de l'article 13 peuvent être synthétisés comme suit :

	Acte de communication : obligation de conclure des licences
Rôle actif	
Rôle passif (et grand nombre d'œuvres)	Obligation de diligence (duty of care) : obligation de disposer d'outils techniques efficaces.
	Si pas de licence : coopération avec les ayants de droit.

La Commission confie également aux États membres le soin de s'assurer que ces plateformes mettent en place des mécanismes de plainte et de recours à l'intention des utilisateurs en cas de litige sur des retraits de contenus qu'ils [les utilisateurs] auraient mis en ligne sur ces plateformes et qui ne seraient pas autorisés par les ayants droit.

L'objectif de cette réforme est ainsi de permettre de mieux équilibrer les rapports de force entre plateformes et ayants droit et de réduire le « value gap », dès lors que :

- la mise en œuvre de ces technologies ne relèverait plus que de la seule initiative et la bonne volonté des plateformes ;
- les modalités de mise en œuvre seraient soumises à des objectifs d'efficacité (notamment pour garantir le retrait des œuvres en cas d'utilisations non autorisées) et à une plus grande transparence (ce qui permettrait ainsi notamment aux ayants droit de pouvoir contrôler les conditions de monétisation par les plateformes de l'utilisation de leurs contenus).

Une question qui se pose à la lecture de ces dispositions porte sur le fait de savoir si un degré poussé de reconnaissance de tous les contenus est nécessaire, et si la comparaison de l'ensemble des contenus mis en ligne avec l'ensemble des empreintes, qui serait coûteuse, est nécessairement indispensable puisque l'essentiel des utilisations concerne une faible proportion de contenus, souvent les plus récents.

Enfin, bien que cela ne soit pas précisé, nous comprenons que le nouveau dispositif ne vise pas à lutter contre les plateformes massivement contrefaisantes qui hébergent des contenus et bénéficient du statut d'hébergeur ou à pousser à la légalisation de ces plateformes. La logique est davantage de pousser et d'encourager la monétisation de contenus sur les plateformes dont l'objet n'est pas l'exploitation de contenus contrefaisants, mais qui peuvent néanmoins, dans les faits, abriter en grand nombre ces contenus lorsqu'ils sont mis en ligne par les utilisateurs. L'approche à adopter à l'égard des sites massivement contrefaisants continuerait à relever davantage de la répression, ce qui ne veut pas dire que des problèmes de délimitation ne pourraient pas se poser en pratique.

<sup>1</sup> Dans la pratique, nous comprenons que cela devrait impliquer notamment le dépôt d'empreintes numériques (ou d'une copie de l'œuvre elle-même selon les cas) et des métadonnées correspondantes pour les technologies de reconnaissance automatique. Les plateformes devraient, pour leur part, fournir aux titulaires de droits des informations sur l'efficacité des technologies qu'elles emploient (en particulier sur le degré de reconnaissance effective des contenus). Elles devraient également leur communiquer des éléments sur l'utilisation de leurs œuvres afin notamment de permettre aux sociétés de gestion collective de répartir les rémunérations issues de la monétisation en fonction du degré réel d'exposition de chaque œuvre. Les plateformes devraient également mettre en place un dispositif de recours au profit des utilisateurs lésés par l'application des mesures de protection du droit d'auteur

## 2 | Les points de débats au Parlement et au Conseil européen sur ces dispositions

### 2.1. Sur l'articulation avec la directive commerce électronique et la notion d'acte de communication au public

#### La position de la Commission

Selon la Commission, le projet d'article 13 qu'elle a proposé s'articule avec le régime de responsabilité instauré par la directive sur le commerce électronique, quand elle est applicable au service concerné, dans la mesure où cet article vise à assurer la bonne mise en application des mesures convenues entre les prestataires de services en ligne et les titulaires de droits pour l'utilisation des œuvres.

Si la directive 2000/31 CE dite commerce électronique interdit d'imposer aux hébergeurs une obligation générale de surveillance, elle laisse par ailleurs la place à une utilisation efficace des technologies de reconnaissance de contenus. Ainsi, il peut exister des hébergeurs proposant aux ayants droit des mécanismes de protection sans que les initiatives de ce type soient de nature à les priver de leur statut.

Le considérant 40 de la directive 2000/31 CE pose ainsi que « [...] Les dispositions de la présente directive sur la responsabilité ne doivent pas faire obstacle au développement et à la mise en œuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et d'identification ainsi que d'instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques, dans le respect des limites établies par les directives 95/46/CE et 97/66/CE. »

Le considérant 48 de la directive 2000/31 CE ajoute que : « 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.»

C'est pourquoi, ni le considérant 38, ni l'article 13 :

- n'introduisent d'obligation générale de surveillance, ni d'obligation de retrait durable des contenus (dites de « *stay down* »), mais ces dispositions privilégient un principe de coopération et de transparence. Les mesures proposées par les plateformes doivent être appropriées et proportionnées ;
- n'introduisent de nouvelles dispositions. Ces dispositions explicitent les critères utilisés par le considérant 42 de la directive 2000/31 CE (sur le caractère technique et passif du rôle d'hébergeur) et explicite ce que recouvre le rôle actif d'une plateforme UGC donnant accès à des œuvres culturelles. Le critère retenu est celui de l'optimisation et de la promotion (forme d'éditorialisation) des contenus. Le projet se fonde par ailleurs sur le fait que la qualification (selon la jurisprudence) d'acte de communication au public en ligne fait obstacle à l'application du statut d'hébergeur et implique la conclusion de licences avec les ayants droit ;
- n'interviennent en violation des données personnelles des utilisateurs dès lors que ce sont uniquement les œuvres qui sont visées.

#### Les débats au niveau européen

Si le texte proposé par la Commission englobait toutes les plateformes dites UGC (sous réserve qu'elles mettent à disposition « un grand nombre de contenus »), les amendements discutés au Parlement européen et par le Conseil évoquent diverses hypothèses visant selon les intérêts des uns ou des autres à :

- revenir à une application plus stricte des critères de la directive 2000/31/CE. Les intermédiaires ayant un rôle passif, qui bénéficient de l'exemption de responsabilité prévue par la directive commerce électronique, ne seraient pas soumis aux dispositions de l'article 13 tandis que les plateformes ayant un rôle actif – et qui seraient donc vraisemblablement considérées comme ne pouvant bénéficier du régime instauré par la directive sur le commerce électronique - devraient respecter les dispositions de l'article 13;

- exclure les services qui à titre principal ne donnent pas « accès aux contenus » et se contentent d'héberger les contenus protégés (sans les rendre accessibles au public). Le texte de l'article 13 ne s'appliquerait pas aux fournisseurs d'accès à internet, aux services de cloud à usage privé (de type Dropbox) ni aux plateformes d'e-commerce (eBay ou Amazon) (cf. propositions des présidences estonienne et bulgare au Conseil, et amendement d'Axel Voss) ;
- renforcer la responsabilité des plateformes en introduisant une définition et une condition tenant compte du caractère organisé et intentionnel de cette activité de mise à disposition d'œuvres protégées (lorsqu'elles proposent des fonctionnalités et des catégorisations dont elles tirent de large audience). Cette solution implique de mentionner expressément que les plateformes effectuent des actes de communication au public – et d'en donner une définition - ce qui les obligerait à conclure des contrats avec des conditions similaires à ceux conclus par les acteurs de l'offre légale (cf. propositions des présidences estonienne et bulgare au Conseil).

Y compris parmi les acteurs favorables à la réforme, certains soulignent qu'il faut tenir compte du fait qu'il s'agit de services où ce sont les utilisateurs qui mettent en ligne les contenus et qu'ils se distinguent tout de même pour cette raison des éditeurs.

Les détracteurs de la réforme (plutôt pro-utilisateurs) estiment impossible de concilier la généralisation d'outils de détection de contenus illicites avec l'absence de responsabilité a priori des hébergeurs sur le contenu. Ils soulignent qu'il ne faudrait pas effectuer au détour de ces discussions des corrections du statut d'hébergeurs, voire introduire implicitement (en se basant sur des critères jurisprudentiels relatifs aux hébergeurs ou aux actes de communication en ligne) une nouvelle catégorie d'acteurs.

Au Parlement européen, la députée du parti pirate Mme Julia REDA s'oppose à cette réforme et dénonce des risques de censure. Conscient de ces limites, le député M. Axel VOSS précise de manière plus modérée que les mesures mises en place ne doivent pas se transformer en « surveillance abstraite » qui pourrait s'apparenter à « une obligation de surveillance généralisée », interdite par la jurisprudence européenne. Il propose de supprimer la mention explicite aux « technologies de reconnaissance de contenus », et de se contenter de mentionner des « moyens techniques » qui peuvent être utilisés pour détecter les contenus illégaux.

Les partisans d'une réforme plus poussée, tels que les ayants droit, semblent indiquer dans leurs prises de position au niveau des instances européennes qu'un besoin de clarification s'impose pour s'assurer que la responsabilité de ces plateformes soient mises en œuvre de manière certaine. Pour cela, il convient de préciser que ces plateformes UGC (lorsqu'elles proposent des fonctionnalités et des catégorisations dont elles tirent de large audience) doivent être regardées comme relevant de la qualification d'acte de communication au public. L'enjeu est de faciliter la collaboration effective des acteurs.

Lorsqu'une licence est conclue, les plateformes doivent communiquer toutes les informations sur la réutilisation de leur contenu ou indiquer les mesures prises pour empêcher la mise en ligne des contenus. Pour les ayants droit, la notion d'acte de reproduction doit être ajoutée à celle de communication pour les plateformes qui jouent un rôle actif. Par ailleurs, les contrats de licence devraient couvrir également les actes d'exploitation (reproduction et communication) des internautes qui n'agissent pas à titre professionnel.

De manière plus détaillée, pourrait être insérée, dans un article 2, une définition des services en cause qui viseraient les plateformes qui ne se contentent plus de stocker et donner accès aux œuvres mises en ligne par les utilisateurs mais également qui organisent les œuvres notamment en optimisant leur présentation.

Une définition des services dans un article dédié et la référence expresse dans l'article 13 (et non plus seulement dans le considérant 38) aux actes de communication au public empêcheront aux dits services de se prévaloir du statut d'hébergeur. Cela impliquera en outre pour ces plateformes de coopérer avec les ayants droit pour prévenir les atteintes au droit d'auteur (commises par les utilisateurs agissant à des fins non commerciales) en prenant des mesures appropriées.

Même en l'absence d'acte de communication au public et en l'absence d'accord, les services qui stockent et donnent accès à un grand nombre de contenus (mis en ligne par les utilisateurs) ou qui ont une large audience soient soumis à certaines obligations de diligence (« duty of care »). Les plateformes qui ne passent pas d'accord de licence avec les ayants droit devraient, dès lors qu'elles stockent et donnent accès à un grand nombre de contenus ou à un grand nombre d'utilisateurs, prendre des mesures pour empêcher les contenus violant le droit d'auteur d'apparaître (propositions des présidences estonienne et bulgare au Conseil amendement Axel voss).

## 2.2. Sur la taille des sites et services concernés et la portée de leurs obligations de transparence

Les propositions avancées dans le cadre des débats européens retiennent selon les versions des logiques de seuils basés sur des critères tels que :

- la notion de « grand nombre d'œuvres »<sup>2</sup> ;
- ou « l'objectif de réaliser un profit grâce à l'exploitation des œuvres ».

Les ayants droit plaident pour des critères axés sur les caractéristiques et l'audience de la plateforme (plutôt que le nombre d'œuvres disponibles), tel que le nombre de consultations (« vues») des œuvres mises à disposition sur la plateforme, qui est déterminant pour le préjudice du titulaire de droits, plutôt que le nombre d'œuvres mises en ligne.

Certains États membres proposent de préciser la nature des mesures pesant sur les plateformes en prenant en compte également le coût du dispositif technique pour la plateforme<sup>3</sup>.

Les plateformes redoutent que les titulaires de droits, soutenus par certains États membres, se montrent trop exigeants en termes technologiques. Elles font en particulier valoir qu'elles ne seront probablement jamais capables d'identifier toutes les œuvres sous droits, et a fortiori au sein de celles-ci d'identifier tous les droits protégés (par exemple, toutes les images ou textes apparaissant dans des vidéos). Les ayants droit craignent au contraire que les plateformes ne soient tenues qu'à une obligation très minimaliste qui ne protège pas réellement leurs droits.

## 2.3. Sur le retrait de contenus et de la gestion des plaintes des utilisateurs

L'article 13 prévoit que des dispositifs de recours doivent être ouverts aux utilisateurs lorsqu'ils sont empêchés à tort, par les mesures techniques décrites plus haut, de mettre en ligne une œuvre identifiée comme protégée.

Certains États membres<sup>204</sup> et députés européens assimilent ces mesures à un filtrage systématique et craignent qu'elles conduisent à des situations de sur-blocage. Est par exemple mise en avant par ces détracteurs l'incapacité de ces outils :

- à distinguer la reprise illicite d'une œuvre du détournement en parodie ou d'une citation par un internaute;
- à éviter les cas de réappropriation du domaine public.

Ils soulignent ainsi que ces robots font de nombreuses erreurs et peuvent s'avérer attentatoires à la liberté d'expression et de création.

Selon la Quadrature du net<sup>5</sup> « le projet de directive ne propose aucune garantie pour assurer une réduction au maximum des erreurs de censure si aucune obligation de résultat ou de moyen n'est imposée par la directive. Il ne prend non plus en compte la territorialisation du droit, et les différences géographiques d'exercice du droit d'auteur, mettant les créateurs et utilisateurs dans une situation d'insécurité juridique permanente ».

La question de la gestion des plaintes en cas de litige est au cœur des préoccupations des ayants droit comme des détracteurs de ces technologies.

Pour les ayants droit, les procédures de contestation actuelles sur YouTube (qui relèvent du DMCA) sont insatisfaisantes tant elles donnent le dernier mot à l'utilisateur et impose aux ayants droit de saisir le juge. Ainsi, en cas de contestation d'un retrait par l'utilisateur, le contenu reste accessible.

---

<sup>2</sup> Le texte de compromis de la présidence estonien prévoyait qu'une telle appréciation doit s'opérer au cas par cas et fournit une liste non-exhaustive d'éléments à prendre en considération : le nombre total de fichiers protégés par le droit d'auteur mis en ligne par les utilisateurs des services concernés et la proportion de ces contenus par rapport à l'ensemble des contenus proposés par le service.

<sup>3</sup> Voir la version de la Présidence soumise à discussion le 16 novembre 2017 : [http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_14482\\_2017\\_INIT&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_14482_2017_INIT&from=EN)

<sup>4</sup> La Belgique, la République Tchèque, la Finlande, la Hongrie, l'Irlande et les Pays-Bas.

<sup>5</sup> <https://www.laquadrature.net/fr/argument-filtrage-automatis%C3%A9-MEPs>

Pour les défenseurs des utilisateurs, l'article 13 inverse la charge de la preuve en imposant à l'internaute qui a mis en ligne un contenu de prouver, après suppression automatique, que son contenu ne violait pas les droits d'autrui. Est par ailleurs contestée l'absence de disposition visant à obliger les plateformes à tenir compte des réclamations faites ou à mettre en place des procédures d'appel (mise à part une vague obligation « d'adéquation et de proportionnalité » et la mention d'un dispositif de plainte sans garantie).

En tout état de cause, quelles que soient les règles de la charge de la preuve retenues, nombre de propositions visent à établir que les États membres devraient favoriser la mise en place de systèmes de règlement extrajudiciaire des différends entre ayants droit et utilisateurs, afin d'éviter d'obliger ceux-ci à saisir la justice 22 pour faire valoir leur droit d'utilisation d'une œuvre au titre d'une exception ou d'une limitation.

La France a semble-t-il (au vu des informations parcellaires dont nous disposons) demandé que revienne aux États membres la charge de fixer les mécanismes indispensables pour déterminer le caractère approprié de la collaboration et des mesures envisagées. Elle souligne l'importance d'encourager et d'accompagner ces collaborations, si besoin sous l'égide d'une autorité publique (susceptible d'apprécier le caractère approprié des mesures). Au niveau européen, la Commission aurait un rôle d'harmonisation de ces règles en fixant des lignes directrices aux acteurs nationaux.

## ANNEXE : Projet de directive

Texte proposé par la Commission

### Considéran

(38) Lorsque les prestataires de services de la société de l'information stockent et proposent au public des œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur chargés par leurs utilisateurs, allant ainsi au-delà de la simple fourniture d'équipements et de l'acte de communication au public, ils sont tenus de conclure des contrats de licence avec les titulaires de droits, à moins de pouvoir bénéficier de l'exemption de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil.

En ce qui concerne l'article 14, il y a lieu de vérifier si le prestataire de services joue un rôle actif, notamment en optimisant la présentation des œuvres ou autres objets protégés mis en ligne ou en assurant leur promotion, indépendamment de la nature des moyens employés à cet effet. Afin de garantir le bon fonctionnement de tout contrat de licence, les prestataires de services de la société de l'information qui stockent un grand nombre d'œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur chargés par leurs utilisateurs et qui proposent ces contenus au public devraient prendre des mesures appropriées et proportionnées pour assurer la protection de ces œuvres et autres objets protégés, par exemple par la mise en œuvre de technologies efficaces. Cette obligation devrait également s'appliquer lorsque les prestataires de services de la société de l'information peuvent se prévaloir de l'exemption de responsabilité visée à l'article 14 de la directive 2000/31/CE.

(39) La collaboration entre les prestataires de services de la société de l'information qui stockent un grand nombre d'œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur chargés par leurs utilisateurs et qui proposent au public un accès à ceux-ci est essentielle au bon fonctionnement des technologies, comme les technologies de reconnaissance des contenus. Dans de tels cas, les titulaires de droits devraient fournir les données nécessaires pour permettre aux services de reconnaître leurs contenus, et les services devraient être transparents à l'égard des titulaires de droits quant aux technologies déployées, afin de leur permettre d'apprécier le caractère approprié de ces dernières. Les services devraient en particulier fournir aux titulaires de droits des informations sur le type de technologies utilisé, la manière dont ces technologies sont exploitées et leur taux de réussite en termes de reconnaissance des contenus des titulaires de droits. Ces technologies devraient aussi permettre aux titulaires de droits d'obtenir des informations de la part des prestataires de services de la société de l'information sur l'utilisation de leurs contenus faisant l'objet d'un accord.

### Article 13

Utilisation de contenus protégés par des prestataires de services de la société de l'information qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs

1. Les prestataires de services de la société de l'information qui stockent un grand nombre d'œuvres ou d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs et qui donnent accès à ces œuvres et autres objets prennent, en coopération avec les titulaires de droits, des mesures destinées à assurer le bon fonctionnement des accords conclus avec les titulaires de droits en ce qui concerne l'utilisation de leurs œuvres ou autres objets protégés ou destinées à empêcher la mise à disposition, par leurs services, d'œuvres ou d'autres objets protégés identifiés par les titulaires de droits en coopération avec les prestataires de services. Ces mesures, telles que le recours à des techniques efficaces de reconnaissance des contenus, doivent être appropriées et proportionnées. Les prestataires de services fournissent aux titulaires de droits des informations suffisantes sur le fonctionnement et la mise en place des mesures, ainsi que, s'il y a lieu, des comptes rendus réguliers sur la reconnaissance et l'utilisation des œuvres et autres objets protégés.

2. Les États membres veillent à ce que les prestataires de services visés au paragraphe 1 mettent en place des dispositifs de plainte et de recours à l'intention des utilisateurs pour les litiges relatifs à l'application des mesures visées au paragraphe 1.

3. Les États membres favorisent, lorsque c'est utile, la coopération entre les prestataires de services de la société de l'information et les titulaires de droits, grâce à des dialogues entre parties intéressées, afin de définir de bonnes pratiques, telles que les techniques appropriées et proportionnées de reconnaissance des contenus, compte tenu, notamment, de la nature des services, de la disponibilité des outils techniques et de leur efficacité au vu des évolutions technologiques.