



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

TELEPHONE : +32 2 740 00 05
TELEFAX : +32 2 740 00 01

30 mars 2020

PREMIER AVIS¹ concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique²

1. L'ALAI³ désire s'exprimer sur certains aspects concernant l'application pratique de l'article 17 de la directive 2019/790.

2. L'ALAI note en premier lieu que l'article 17, paragraphe premier, de la directive 2019/790 place l'utilisation de contenus protégés par des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne dans l'orbite du droit de communication au public ou du droit de mise à la disposition du public.

Qu'il en découle, selon le même texte, qu'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne doit « dès lors » obtenir une autorisation « des titulaires de droits » visés à l'article 3, paragraphes 1 et 2, 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'information⁴, par exemple en concluant un accord de licence, afin de communiquer au public ou de mettre à la disposition du public des œuvres ou autres objets protégés.

¹ Rédigé par un groupe de travail, composé de Victor Castro Rosa, Mihaly Ficsor, Jane Ginsburg, Frank Gotzen, Antoon Quaadvlieg, Jan Rosén, Jacqueline Seignette, Pierre Sirinelli, Paul Torremans, Silke von Lewinski et Michel Walter.

² JO L 130, 17 mai 2019, p. 92 e.s. (ci-après : directive 2019/790).

³ L'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) est une société savante et indépendante qui se destine à l'étude et à la discussion des problèmes juridiques découlant de la protection des intérêts de l'individu créateur. C'est un grand écrivain français, Victor Hugo, qui, en 1878, fonda cette association destinée à promouvoir la reconnaissance au niveau international de la protection juridique due au travail intellectuel des auteurs, l'idée étant de favoriser une meilleure diffusion internationale des œuvres et d'enrichir ainsi le patrimoine de l'humanité. C'est à la fin du 19^{ème} siècle que cet objectif a été initialement atteint lors de l'adoption de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. L'ALAI a continué de jouer un rôle clef dans la préparation des instruments internationaux destinés à la protection des droits des auteurs et des artistes, notamment grâce à l'organisation de congrès et de journées d'études consacrés à l'analyse approfondie de tous les aspects du droit d'auteur. Pour plus d'informations sur l'ALAI, visitez notre page web : www.alai.org.
⁴ JO L 167, 22 juin 2001, p. 10 e.s. (ci-après : directive 2001/29).

L'ALAI rappelle que La Cour de justice, dans les points 33 à 34 de son arrêt du 16 novembre 2016, dans l'affaire C-301/15, Soulier/Premier Ministre, a jugé à ce propos que « il importe de souligner que les droits garantis aux auteurs par l'article 2, sous a), et par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 sont de nature *préventive*, en ce sens que tout acte de reproduction ou de communication au public d'une œuvre par un tiers requiert *le consentement préalable* de son auteur [...] Il en découle que, sous réserve des exceptions et limitations prévues, de façon exhaustive, à l'article 5 de la directive 2001/29, toute utilisation d'une œuvre effectuée par un tiers sans un tel consentement préalable doit être regardée comme portant atteinte aux droits de l'auteur de cette œuvre. »⁵

Puisque la deuxième phrase de l'article 17, paragraphe premier de la directive 2019/790 prévoit expressément que le fournisseur de services de partage de contenus en ligne doit obtenir une autorisation de « titulaires de droit », ce n'est pas le législateur qui pourrait créer l'autorisation requise par moyen d'une licence légale.⁶

En conséquence, l'ALAI considère que l'autorisation préalable requise par l'article 17, paragraphe premier, ne peut être fournie que par les titulaires de droit eux-mêmes, et ne saurait découler d'une autorisation forcée découlant d'une licence légale imposée par un législateur national. Cela découle aussi du concept du droit exclusif tel qu'il est ancré dans les conventions internationales en matière de droit d'auteur, qui distinguent nettement entre les droits exclusifs et les purs droits d'obtenir une rémunération équitable.

3. Le mécanisme de l'article 17 de la directive 2019/790 s'appuyant sur le principe prioritaire de l'autorisation préalable, un fournisseur de services de partage de contenus en ligne (ci-après : fournisseur) sera tenu responsable des actes non autorisés de communication au public, y compris la mise à la disposition du public, d'œuvres et d'autres objets protégés. Cette responsabilité n'est que partiellement mitigée par la règle de l'article 17, paragraphe 4, qui contient un « mécanisme de responsabilité spécifique ».⁷ Ce mécanisme oblige toujours les fournisseurs de fournir leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation conformément à l'article 17, paragraphe 4, sous a), et de garantir l'indisponibilité des œuvres sous les conditions formulées dans l'article 17, paragraphe 4, sous b). En outre, selon l'article 17, paragraphe 4, sous c), les fournisseurs seront responsables à moins qu'ils ne démontrent qu'en tout état de cause, « ils ont agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites internet, et ont fourni leurs meilleurs efforts pour

⁵ Voir, en ce sens également, arrêts du 15 mars 2012 dans l'affaire C-135/10, SCF/Del Corso,, point 75 ; du 31 mai 2016 dans l'affaire C-117/15, Reha/GEMA, point 30; du 8 septembre 2016 dans l'affaire C-160/15, GS Media/Sanoma, point 28; du 26 avril 2017 dans l'affaire C-527/15, Brein/Wullems, point 25; du 14 juin 2017 dans l'affaire C-610/15, Brein/Ziggo, point 20; du 7 août 2018 dans l'affaire C-161/17, Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, points 16 en 29; comp. pour les droits des artistes-interprètes avec l'arrêt du 14 novembre 2019 dans l'affaire C-484/18, Spedidam/Institut National de l'Audiovisuel, point 38. « Dans l'arrêt du 29 juillet 2019 dans l'affaire C-516/17, Spiegel/Beck, point 89, la Cour de Justice distingue (dans un contexte différent mais suffisamment proche) soigneusement entre le cas d'une autorisation par le titulaire du droit lui-même et d'autres cas: « Ainsi, il y a lieu de considérer qu'une oeuvre, ou une partie d'une oeuvre, a déjà été licitement mise à la disposition du public si elle a été rendue accessible au public avec l'autorisation du titulaire du droit ou en vertu d'une licence non volontaire ou encore en vertu d'une autorisation légale. »

⁷ Considérant (66) de la directive 2019/790.

empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur, conformément au point b) »⁸. Ainsi, c'est le système légal de l'article 17 lui-même qui démontre d'une façon positive que le droit exclusif jouit d'une priorité de principe. Le droit exclusif constitue la règle de base. Ce principe trouve sa justification dans les intérêts urgents des ayants-droit. Si l'on devait tolérer que l'œuvre en cause reste accessible au public jusqu'au moment où le titulaire du droit prouve le bien-fondé de son action, il en résulterait pour lui un préjudice irréparable.

Néanmoins, sans contrepoids adéquat, cette règle de principe régissant le droit d'auteur et confirmée par la directive 2019/790 risque de trop porter atteinte au droit fondamental de la liberté d'information. Elle comporte en effet le risque que, afin d'éviter toute responsabilité, les fournisseurs bloquent de façon systématique tout accès aux œuvres ou les retirent de leurs sites. Le législateur européen a dûment pris en considération la balance entre ces intérêts. C'est pourquoi la partie finale de l'article 17 contient deux règles qui visent à éviter tout abus. D'abord, l'article 17, paragraphe 7 vise à sauvegarder l'application des exceptions et limitations au droit d'auteur. Ensuite, l'article 17, paragraphe 9 oblige les fournisseurs à mettre en place un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace à la disposition des utilisateurs.

4. Le paragraphe 7 de l'article 17 de la directive 2019/790 vise à assurer, en général, la libre mise à disposition d'œuvres ou d'autres objets couverts par une exception ou limitation. Il met cependant particulièrement l'accent sur les exceptions de citation, critique, revue, caricature, parodie ou pastiche⁹. Celles-ci, même si elles ont été rendues obligatoires, ne constituent pas des droits subjectifs. Il importe de distinguer entre le niveau de la loi qui concrétise les droits fondamentaux sous la forme d'un droit de propriété de l'auteur et des exceptions à ce droit en faveur des utilisateurs, d'une part, et, d'autre part, le niveau des droits fondamentaux incluant les libertés fondamentales des utilisateurs qu'il conviendra de mettre en balance avec le droit non moins fondamental qui protège la propriété intellectuelle de l'auteur. Mais cette mise en balance devra se faire à l'intérieur du droit d'auteur, de manière adéquate et de la même façon que dans le cas des autres exceptions et limitations, selon les normes existantes.

Selon la Cour de justice un pareil exercice de mise en balance devra se montrer proportionnel et se fonder sur une interprétation qui permette d'assurer un juste équilibre entre les divers droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union (voir notamment les arrêts du 29 juillet 2019 dans les affaires C-516/17, Spiegel/Beck, C-469/17, Funke/BRD, et C-476/17, Pelham/Hütter). S'il s'agit bien de sauvegarder l'effet utile des exceptions et des limitations ainsi établies et de respecter leur finalité quand ils sont mis en œuvre,¹⁰ il faudra garder en vue également que la directive 2001/29 tient à l'instauration d'un niveau élevé de protection en faveur des auteurs et au bon fonctionnement du marché intérieur.¹¹ En outre, il s'agira d'appliquer le principe selon lequel une dérogation à une règle générale doit faire l'objet

⁸ Il va sans dire que les dispositions de l'article 17, paragraphe 4, sous b) et sous c), lues en combinaison avec l'article 17, paragraphe 8, ne sauraient donner lieu à aucune obligation générale de surveillance, restant ainsi en accord avec l'article 15, paragraphe premier de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, dont le considérant (47) nous rappelle que « l'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. » Le même considérant ajoute expressément que cette interdiction « ne concerne *pas* les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique ».

⁹ Article 17, paragraphe 7, deuxième phrase ; considérant (70) de la directive 2019/790.

¹⁰ CJUE 29 juillet 2019, C-516/17, Spiegel/Beck, points 36, 55; CJUE 29 juillet 2019, C-469/17, Funke/BRD, points 51, 71.

¹¹ CJUE 28 juillet 2019, C-516/17, Spiegel/Beck, point 35; CJUE 29 juillet 2019, C-469/17, Funke/BRD, point 50.

d'une interprétation stricte.¹² Il faudra respecter enfin la soumission des exceptions et limitations au test en trois étapes.¹³

5. Le paragraphe 9 de l'article 17 de la directive 2019/790 dispose, dans sa première phrase, que les États membres prévoient la mise en place par les fournisseurs d'un « dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, à la disposition des utilisateurs de leur services, en cas de litige portant sur le blocage de l'accès à des œuvres ou autres objets protégés qu'ils ont téléversés ou sur leur retrait ». En outre, sans préjudice des recours judiciaires, les États membres doivent veiller à ce que des mécanismes de recours extrajudiciaires et impartiaux soient disponibles pour les utilisateurs pour faire valoir le bénéfice d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur ou aux droits voisins.

L'ALAI considère que le dispositif de traitement des plaintes et des recours rapide et efficace prévu au paragraphe (9) devra fonctionner comme un mécanisme de correction. L'article 17, paragraphe 9 parle d'un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace mis « à la disposition des utilisateurs ». C'est donc le texte lui-même qui indique que ce recours n'entre en jeu que dès l'instant où les utilisateurs ont de quoi se plaindre. Cette situation ne pourra se produire que dès l'instant où leurs contenus auront été bloqués ou retirés. Cette interprétation trouve sa confirmation dans le deuxième paragraphe du considérant (70) qui parle des « dispositifs de traitement des plaintes et de recours rapides et efficaces permettant aux utilisateurs d'introduire une plainte concernant les mesures prises en ce qui concerne leurs contenus téléversés, en particulier lorsqu'ils pourraient bénéficier d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur en ce qui concerne un contenu téléversé auquel l'accès *a été bloqué ou qui a été retiré* ». L'usage du passé composé dans le passage marqué en italiques indique bien que le dispositif en question ne va entrer en jeu que postérieurement à un blocage ou un retrait.

Ce faisant, l'article 17, paragraphe 9 ne déroge en aucune façon au système créé par les paragraphes 1 et 4 de cet article. Certes, « la présente directive n'affecte en aucune façon les utilisations légitimes, telles que les utilisations relevant des exceptions ou limitations prévues par le droit de l'Union ». ¹⁴ Mais cela ne jouera qu'à partir du moment où il sera établi qu'une limitation ou une exception est effectivement d'application. Ce n'est qu'à partir de ce moment-là que les droits sur lesquels est fondé le mécanisme des paragraphes 1 et 4 perdent leur légitimation comme le résultat du traitement des plaintes et des recours rapide et efficace prévu au paragraphe 9. En plus, une approche s'écartant du mécanisme des plaintes et des recours prévu par la directive (blocage d'abord; recours ensuite) serait contraire à l'article 41 de l'Annexe 1 C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce traitant des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et aux articles 1 et 3 de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹⁵. Elle pourrait entre autres comporter des délais déraisonnables ou entraîner des retards injustifiés concernant la mise en œuvre des mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

Dans un environnement numérique, où tout message tend à se propager comme un virus, la préservation de la substance du droit d'auteur ne saurait s'accommoder d'un régime tolérant la

¹² CJUE 29 juillet 2019, C-516/17, Spiegel/Beck, point 53; CJUE 29 juillet 2019, C-469/17, Funke/BRD, point 69.

¹³ CJUE 29 juillet 2019, C-516/17, Spiegel/Beck, points 37, 46; CJUE 29 juillet 2019, C-469/17, Funke/BRD, point 52.

¹⁴ Directive 2019/790, article 17, paragraphe 9, troisième alinéa.

¹⁵ JO L 157, 30 avril 2004, p. 45 e.s.

diffusion provisoire d'une œuvre sans le consentement de l'auteur. Autoriser une telle mise en ligne, sans que le titulaire du droit d'auteur puisse tout de suite se prévaloir des droits prévus à l'article 3 de la directive 2001/29, reconnu par l'article 17, paragraphe premier de la directive 2019/790, aboutirait à une négation des principes du droit d'auteur consacrés par les conventions internationales ainsi que, comme la Cour de Justice l'a déclaré dans le contexte d'une affaire antérieure, à « méconnaître le juste équilibre, [...] qu'il y a lieu de maintenir, dans l'environnement numérique, entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la charte des droits fondamentaux, ainsi que de l'intérêt général » (voir l'arrêt de la Cour de justice du 7 août 2018 dans l'affaire C-161/17, Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, point 41).

L'ALAI observe encore que ce mécanisme de correction est en mesure de protéger les utilisateurs contre eux-mêmes, évitant des situations dans lesquelles des personnes privées pourraient être tenues responsables des actions irréfléchies qu'elles auraient engagées.

6. Le système de l'article 17 de la directive 2019/790 contient également certains éléments qui permettront de réduire la nécessité de recourir au dispositif de traitement des plaintes et des recours rapide et efficace prévu au paragraphe 9.

Il sera dans l'intérêt des titulaires de droits de contribuer au bon fonctionnement du régime prévu par l'article 17, paragraphe 4, sous b) et paragraphe 9, d'une façon qui sera acceptable pour toutes les parties intéressées, ainsi que pour le public en général. Les titulaires de droits pourront le faire en s'abstenant volontairement d'utiliser l'article 17, paragraphe 4, sous b) dans des cas où les caractéristiques objectives de certains contenus téléversés indiquent avec un haut degré de probabilité un usage libre en vertu du deuxième alinéa de l'article 17, paragraphe 7.

Il est cependant évident que pareilles solutions souhaitables devront être développées, selon les dispositions prévues à cet effet dans l'article 17, par une coopération entre les fournisseurs et les titulaires de droits, en tenant compte des intérêts légitimes des utilisateurs. Sur ce point des solutions technologiques sur base de programmes d'ordinateur ou d'intelligence artificielle sont également envisageables. Le dialogue entre les parties intéressées et les orientations émises par la Commission prévus à l'article 17, paragraphe 10 et au considérant (71)¹⁶ contribueront à un tel résultat.

[fin]

¹⁶ Selon le considérant (71) de la directive 2019/790, « Dans les meilleurs délais après la date d'entrée en vigueur de la présente directive, la Commission, en collaboration avec les États membres, devrait organiser des dialogues entre les parties prenantes pour garantir l'application uniforme de l'obligation de coopération entre les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et les titulaires de droits et établir les bonnes pratiques conformément aux normes appropriées du secteur en matière de diligence professionnelle. À cette fin, la Commission devrait consulter les parties prenantes concernées, y compris les organisations d'utilisateurs et les fournisseurs de technologie, et tenir compte de l'évolution du marché. Les organisations d'utilisateurs devraient également avoir accès aux informations sur les actions menées par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne pour gérer les contenus en ligne. »