



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

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

18 septembre 2020

Deuxième avis¹ sur 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. Introduction

L'ALAI salue la possibilité de donner son avis sur le document de consultation de la Commission reposant sur le dialogue des parties prenantes à propos de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (ci-après "directive DSM"), notamment dans le contexte du projet allemand de transposition du 24 juin 2020³.

L'ALAI souhaite réagir sur certains (4) aspects :

2. La nature de l'article 17 par rapport aux dispositions communautaires préexistantes en matière de droit d'auteur et ses conséquences sur la possibilité d'introduire de nouvelles exceptions et limitations

Le projet allemand fonde son introduction d'exceptions et de limitations supplémentaires au § 6⁴ sur l'hypothèse que l'article 17 introduirait un nouveau régime juridique qui échapperait à la

¹ Rédigé par un groupe de travail composé (par ordre alphabétique) de Fabienne Brison, Victor Castro Rosa, Mihaly Ficsor, Jane Ginsburg, Frank Gotzen, Juan José Marin, Antoon Quaedvlieg, Jan Rosén, Jacqueline Seignette, Pierre Sirinelli, Paul Torremans, Silke von Lewinski et Michel Walter.

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

³ Voir :

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20U_rheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_englischeInfo.pdf?__blob=publicationFile&v=4

⁴ ",§ 6

Utilisations mécaniquement vérifiables autorisées par la loi

(1) La communication au public et la reproduction nécessaire à cette fin d'œuvres et de parties d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins non commerciales est autorisée dans la mesure suivante :

1. jusqu'à 20 secondes d'un film ou d'un film cinématographique individuel,

directive InfoSoc. Pour étayer cette hypothèse, l'exposé des motifs utilise les arguments suivants auxquels l'ALAI souhaite apporter les observations qu'elle expose à leur suite :

(i) *L'auteur n'est pas investi du droit exclusif, mais le prestataire de services a besoin d'une autorisation car il porterait autrement atteinte au droit du titulaire du droit.* ⁵

L'ALAI tient à rappeler que le fait qu'un utilisateur ait besoin d'une autorisation - parce qu'en son absence il violerait le droit d'auteur - est inhérent à la nature même du droit d'auteur en tant que droit exclusif, qui est un droit d'"autoriser" ou d'interdire un acte couvert par le droit. Et à défaut d'une autorisation de l'auteur ou d'un autre titulaire de droits, un tiers doit supposer que l'utilisation pertinente de l'œuvre protégée par le droit d'auteur est interdite. L'article 17, paragraphe 1, formule simplement cette même nécessité d'autorisation pour une utilisation légitime d'une manière légèrement différente de la disposition standard (telle que : "l'auteur a le droit d'autoriser ou d'interdire...").

En conséquence, l'ALAI considère que cet argument n'est pas convaincant.

(ii) *En outre, le mémorandum relatif au projet mentionne que l'article 17, paragraphe 4, exonère les prestataires de services de toute responsabilité dans un mécanisme complexe et complète cette structure par un mécanisme de recours pour les utilisateurs - un mécanisme qui n'existerait pas autrement en droit communautaire ou international.* ⁶

En effet, l'article 17, paragraphe 4, prévoit des règles spéciales et complexes sur l'exonération de responsabilité pour les infractions commises par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (« FSPCL »), mais il n'affecte pas la nature du droit exclusif de mise à disposition en soi. Cela est confirmé dans le considérant 66 : " Compte tenu du fait que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne donnent accès à des contenus qui ne sont pas téléversés par eux-mêmes, mais par leurs utilisateurs, il convient de prévoir un *mécanisme*

2. jusqu'à 20 secondes d'une piste audio individuelle,

3. jusqu'à 1 000 caractères d'un texte individuel et

4. une photographie individuelle ou un graphique individuel avec un volume de données allant jusqu'à 250 kilooctets.

(2) Le paragraphe 1 ne s'applique que s'il n'existe pas de droit contractuel autorisant les utilisations au sens du paragraphe 1 et qu'il ne s'agit pas d'une utilisation autorisée par la loi conformément au § 5".

⁵ "Allerdings regelt Artikel 17 DSM-RL ein **neuartiges Rechtsregime, das sich grundlegend von dem bisherigen Verständnis des Rechts der öffentlichen Wiedergabe bzw. der öffentlichen Zugänglichmachung unterscheidet**: So steht nicht dem Urheber das ausschließliche Recht zu (Artikel 3 InfoSoc-RL), sondern es wird bestimmt, dass der Diensteanbieter eine „Erlaubnis“ benötigt, weil er ansonsten in das Recht des Urhebers eingreift (Artikel 17 Absatz 1 DSM-RL)." (p. 34 du Mémorandum, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht%20digitaler%20Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

⁶ „Artikel 17 Absatz 4 DSM-RL lässt zudem die Verantwortlichkeit für diesen Eingriff über einen **komplexen Mechanismus** entfallen, und ergänzt diese Struktur mit einem Beschwerdemechanismus zugunsten der Nutzer. Diese Regelungstechnik findet sich, soweit ersichtlich, **an keiner anderen Stelle** des europäischen (oder internationalen) Urheberrechts.“ (p. 34 du Mémorandum, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht%20digitaler%20Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

de responsabilité spécifique aux fins de la présente directive pour les cas dans lesquels aucune autorisation n'a été accordée." (souligné par l'ALAI). Même si ce cas particulier d'exonération de responsabilité n'a pas encore été réglementé ailleurs, les exonérations de responsabilité sont bien connues dans le droit d'auteur en général, en particulier du fait de la directive européenne sur le commerce électronique. En fait, il ressort clairement de l'article 17, paragraphe 3, que cette exonération n'est pas une *lex specialis* de la directive InfoSoc ou de toute autre directive DSM, mais uniquement des règles générales de 'Safe harbor' contenues dans la directive sur le commerce électronique. En conséquence, bien que l'article 17 ait introduit des régimes particuliers pour les exemptions de responsabilité des FSPCL et pour la réparation, cela ne signifie pas qu'il introduirait un droit de mise à disposition spécial ou *sui generis* qui serait différent du droit de mise à disposition de l'article 3 de la directive InfoSoc et pourrait être limité au-delà des exceptions et limitations autorisées par l'article 5 de la directive InfoSoc et d'autres directives européennes existantes.

En fait, l'article 17 n'a pas touché à la substance du *droit lui-même*, comme le précise l'article 1er, paragraphe 2, en combinaison avec l'article 24 de la directive DSM. L'article 17 aborde plutôt la question de savoir *qui accomplit l'acte* de mise à disposition dans la situation couverte par l'article 17, à savoir non seulement l'utilisateur qui télécharge des œuvres, mais aussi, dans les conditions prévues, le FSPCL. Préciser que les FSPCL se livrent à un acte de "mise à la disposition du public" ne donne pas lieu à un nouveau "régime" qui justifierait des règles échappant aux articles 3 et 5 de la directive InfoSoc.

En outre, cette détermination est, selon le considérant 64, une simple clarification du fait que "les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne effectuent un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public lorsqu'ils donnent au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés que leurs utilisateurs ont téléversés". En particulier, la CJUE a jugé dans plusieurs affaires que certains fournisseurs de services peuvent être considérés comme accomplissant un acte de mise à disposition dans des circonstances qui sembleraient s'appliquer aux FSPCL.⁷ Même si l'avocat général dans les affaires "Youtube" et "Uploaded" recommande à la Cour de s'écarter de sa propre jurisprudence consolidée en refusant que les fournisseurs de services dans ces affaires accomplissent un acte de mise à disposition⁸, l'ALAI invite instamment la Cour à poursuivre sa jurisprudence en les tenant directement responsables des actes de mise à disposition du public.⁹

Pour toutes ces raisons, la directive DSM ne crée pas une nouvelle espèce de droit de communication au public ou de mise à disposition (ou un droit *sui generis*) qui serait différent de

⁷ Voir, en particulier, l'affaire C-610/15 ("The Pirate Bay"), C-160/15 ("GS Media"), et l'avis de l'ALAI <https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/190225-opinion-youtube-en.pdf> pour plus de détails.

⁸ Conclusions de l'avocat général du 16 juillet 2020, affaires jointes C-682/18 et C-683/18.

⁹ Là encore, pour plus de détails, voir l'avis de l'ALAI <https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/190225-opinion-youtube-en.pdf>. Lorsque l'avocat général (AG) rejette la notion de "clarification", il le fait parce qu'il prétend que les dispositions de la directive DSM s'appliqueraient rétroactivement (considérant 249) ; cependant, comme le mentionne également l'AG, l'article 26 de la directive DSM indique clairement que celle-ci (et donc la clarification de l'article 17, paragraphe 1) ne couvre pas (est "sans préjudice de") les actes conclus ou les droits acquis avant le 7 juin 2021, de sorte qu'elle n'est pas rétroactive.

l'article 3 de la directive InfoSoc. Elle établit plutôt des règles spécifiques sur d'autres questions, en particulier concernant la personne qui effectue l'acte de mise à disposition, les exemptions de responsabilité, le caractère obligatoire de certaines limitations existantes et un mécanisme de recours, qui s'appliquent tous spécifiquement aux FSPCL définis dans la situation décrite à l'article 17.

En conséquence, les États membres ne sont pas non plus libres d'introduire, en ce qui concerne le droit mentionné à l'article 17 comme en général, de nouvelles exceptions au-delà de celles qui figurent déjà dans le droit communautaire. Comme la Cour l'a clarifié à plusieurs reprises¹⁰, l'article 5 de la directive InfoSoc contient une liste exhaustive d'exceptions et de limitations au droit d'auteur. Autoriser d'autres exceptions et limitations non contenues dans le droit communautaire irait à l'encontre de l'objectif d'harmonisation.

En conséquence, l'ALAI considère que le § 6 du projet allemand, qui propose de nouvelles exceptions pour le contenu UUC qui ne sont pas autorisées par le droit communautaire, n'est pas compatible avec le droit communautaire et propose à la Commission de préciser dans les lignes directrices que l'article 17 de la directive DSM ne permet pas l'introduction de nouvelles exceptions et limitations qui ne sont pas autrement explicitement réglementées par le droit communautaire.

3. La nécessité de demander l'autorisation des titulaires de droits en vertu de l'article 17, paragraphe 1, de la directive DSM

L'article 17, paragraphe 1, de la directive DSM oblige les États membres à prévoir que les FSPCL, dans les circonstances prescrites, accomplissent un acte de communication au public ou de mise à disposition et que les FSPCL "doivent *donc* obtenir une autorisation des titulaires de droits...". (souligné par l'ALAI). Cette formulation reflète simplement la règle de base selon laquelle toute personne qui accomplit un acte couvert par un droit exclusif d'un auteur ou d'un autre titulaire de ce droit doit préalablement demander au titulaire du droit une autorisation et l'obtenir de lui, de quelque manière légale que ce soit ; sinon, elle porterait atteinte au droit.

Le projet allemand semble toutefois, au départ, réduire cette obligation du FSPCL à certains scénarios, qui semblent en partie reposer sur l'exonération de responsabilité prévue à l'article 17, paragraphes 4 et 5, de la directive DSM. En vertu du § 4 du projet¹¹, un FSPCL n'est pas tenu

¹⁰ Voir les affaires CJUE C-516/17 (Spiegel/Beck), C-469/17 (Funke/BRD) et C-476/17 (Pelham/Hütter).

¹¹ § 4 Droits d'utilisation contractuels

- (1) Un prestataire de services est tenu de faire tous les efforts possibles pour acquérir les droits contractuels d'utilisation pour la communication au public et la reproduction nécessaire à cette fin d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Le prestataire de services remplit cette obligation s'il acquiert des droits les utilisations qui lui sont proposées ou qui sont disponibles par l'intermédiaire d'un organisme de gestion collective ou d'un organisme de perception dépendant établi en Allemagne.
- (2) Les droits d'utilisation visés au paragraphe 1 s'appliquent
 1. aux œuvres que les utilisateurs du fournisseur de services téléchargent généralement,
 2. comprennent un répertoire représentatif,
 3. couvrent le champ d'application territorial de la présente loi, et

d'obtenir une autorisation de communication/de mise à disposition du public comme l'exige l'article 17, paragraphe 1, de la directive DSM, mais seulement d'obtenir les droits qui lui ont été "offerts" (de sorte que les détenteurs de droits doivent s'adresser aux FSPCL et non l'inverse) ou qui sont disponibles par ou via un OGC basée en Allemagne. En outre, l'obligation d'obtenir une autorisation est limitée à certains types d'œuvres, à savoir celles qui sont généralement téléchargées par les utilisateurs, aux offres d'un "répertoire représentatif" et aux droits pour le territoire allemand permettant une utilisation dans des "conditions adéquates" (y compris la rémunération) ; toutes ces conditions sont définies comme représentant les "meilleurs efforts" pour acquérir des droits d'utilisation "contractuels"¹².

En revanche, l'article 17, paragraphe 1, établit une obligation totale d'acquérir les droits de communication/mise à disposition du public et ne permet des exonérations de responsabilité au titre de l'article 17, paragraphe 4, de la directive DSM que si, en premier lieu, l'autorisation n'a pas été accordée (ce qui suppose que les FSPCL aient d'abord coopéré avec les titulaires de droits lors d'une tentative sérieuse d'obtenir une autorisation, comme il ressort également du considérant 66, paragraphe 3).¹³ Le projet allemand n'oblige cependant pas les FSPCL à coopérer en premier lieu avec tous les titulaires de droits.

En conséquence, et dans le droit fil de son avis précédent¹⁴, l'ALAI recommande à la Commission d'inclure dans ses lignes directrices la nécessité pour les législateurs d'établir une distinction entre le principe de l'obtention d'une autorisation des titulaires de droits en vertu de l'article 17, paragraphe 1, en premier lieu, qui ne doit pas être restreint, et l'exonération de responsabilité en vertu de l'article 17, paragraphe 4, en second lieu, qui ne s'applique que lorsque, malgré les meilleurs efforts déployés par les FSPCL, une licence n'a pas pu être obtenue ; ainsi, l'obligation primaire d'obtenir une autorisation ne devrait pas être remise en cause.

4. Le mécanisme de recours prévu à l'article 17, paragraphes 7 et 9, de la directive DSM

L'ALAI tient à préciser son avis précédent¹⁵ au vu des propositions contenues dans le projet allemand. Selon ce projet, le FSPCL doit permettre à l'utilisateur d'indiquer qu'une utilisation est autorisée par la loi ou le contrat (§ 8(1) no. 2) ; si cette indication n'est pas manifestement fautive

4. permettent l'utilisation dans des conditions appropriées. ”

Voir également l'article 1, paragraphes 1 et 2, du projet dans ce contexte.

¹² En outre, la directive DSM exige que les détenteurs de droits obtiennent les droits légaux (non "contractuels") de communication/mise à disposition du public par contrat ou autrement.

¹³ Si, malgré les meilleurs efforts déployés *en coopération avec les titulaires de droits comme l'exige la présente directive*, des oeuvres et autres objets protégés non autorisés deviennent disponibles, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne devraient être responsables en ce qui concerne les oeuvres et autres objets protégés pour lesquels ils ont reçu les informations pertinentes et nécessaires de la part des titulaires de droits, à moins que ces prestataires ne démontrent qu'ils ont tout mis en oeuvre pour éviter cette situation, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle." (souligné par l'ALAI).

¹⁴ Voir le projet d'avis de l'ALAI https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/200330-opinion-article-17-directive-2019_790-en.pdf, en particulier p. 2.

¹⁵ Voir le projet d'avis de l'ALAI https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/200330-opinion-article-17-directive-2019_790-en.pdf, en particulier p. 4 et suivantes.

en vertu du § 12¹⁶, ce contenu doit rester en ligne (le FSPCL ne doit pas assurer l'indisponibilité de l'œuvre en vertu de l'article 17(4)b) ni la supprimer en vertu de l'article 17(4) c) de la directive DSM, voir § 8(2) en combinaison avec les §§ 10, 11 du projet). En outre, le FSPCL dans ce cas ne serait pas responsable de la violation du droit d'auteur jusqu'à la fin de la procédure de recours, qui doit être achevée une semaine après le dépôt de la plainte par le titulaire du droit (§§ 16, 14(4) no. 3 du projet).

Ce mécanisme va clairement à l'encontre du libellé de l'article 17, paragraphe 9, et du considérant 70 de la directive DSM, qui présuppose que le contenu téléchargé a déjà été bloqué ou retiré et prévoit donc un mécanisme de blocage *ex ante*/réparation *ex post*. En revanche, selon la solution allemande proposée, le contenu téléchargé dans les conditions susmentionnées doit rester en ligne jusqu'à ce que le titulaire du droit se soit plaint de ce téléchargement et que la procédure de plainte ait pris fin. L'ALAI rappelle que dans l'environnement numérique, "tout message tend à se propager comme un virus" (p. 4 de son avis ci-dessus) et qu'une semaine de disponibilité dans le monde entier entraînerait un "dommage irréparable" (*idem*, p. 3) pour les titulaires de droits, et considère que les libertés des utilisateurs seraient moins fortement affectées pendant cette période et pourraient être pleinement exercées après qu'il aura été déterminé, dans le cadre d'une procédure de plainte et de recours, que les utilisateurs peuvent invoquer une exception ou une limitation. Par conséquent, l'ALAI réitère son point de vue et considère qu'une solution telle que celle proposée par l'Allemagne ne constituerait pas un équilibre adéquat entre les droits fondamentaux des auteurs et ceux des utilisateurs et irait, en outre, à l'encontre de l'article 41 de l'accord ADPIC et des articles 1 et 3 de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle (*idem*, p. 4). Comme l'a souligné la Commission, une solution devrait plutôt être trouvée par une coopération étroite entre les titulaires de droits et les FSPCL : "La distinction entre les téléchargements susceptibles de porter atteinte aux droits et les téléchargements légitimes probables pourrait être effectuée par les fournisseurs de services *en coopération avec les titulaires de droits...*". (souligné par l'ALAI).¹⁸

En conséquence, l'ALAI considère qu'une solution telle que celle proposée par le projet allemand n'est pas conforme à l'article 17, paragraphes 7 et 9, de la directive DSM et à un juste équilibre des différents droits fondamentaux ; les dispositions de la directive exigent un mécanisme de blocage *ex ante*/*ex post*, complété par un mécanisme de coopération entre les FSPCL et les titulaires de droits pour déterminer ce qui est susceptible d'être en infraction ou légitime.

5. L'exclusion de certains petits prestataires de services de l'article 17, paragraphe 4, point b), de la directive DSM

Le § 10, al. 3, combiné au § 2, al. 3, du projet de loi allemand établit une présomption juridique réfutable selon laquelle les petits FSPCL (c'est-à-dire ceux dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas un million d'euros par an dans l'UE) ne sont pas tenus d'assurer l'indisponibilité des œuvres et ne sont donc pas responsables de leur disponibilité. Le projet justifie cette exemption par le principe de proportionnalité mentionné à l'article 17, paragraphe 5, de la directive DSM.

¹⁶ Il est présumé manifestement fautif, en particulier lorsque le contenu téléchargé représente au moins 90 % des informations mises à disposition par le titulaire du droit.

¹⁷ Commission européenne, Consultation ciblée adressée aux participants au dialogue des parties prenantes sur l'article 17 de la directive DSM dans le marché unique numérique, <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/4fd43123-6008-a214-f572-4ecd331b9e0e>. IV. sous (ii).

Cependant, l'ALAI est d'accord avec la Commission¹⁸ pour dire que l'obligation de "meilleurs efforts" devrait être appliquée au cas par cas et ne justifie pas une exclusion abstraite et globale de certains groupes de FSPCL des obligations d'éviter la responsabilité. Une telle exclusion de groupe a été explicitement et exclusivement prévue à l'article 17, paragraphe 6, de la directive DSM pour les sociétés en phase de démarrage uniquement dans des conditions spécifiques ; *a contrario*, d'autres FSPCL, par exemple les petits, ne doivent pas être exemptés des obligations prévues à l'article 17, paragraphe 4, en tant que groupe ; en outre, une présomption légale ne peut se référer qu'à des faits plutôt qu'à une obligation légale (ou, comme dans le projet, à l'exemption de cette obligation).

En conséquence, l'ALAI recommande à la Commission de préciser dans ses lignes directrices que ces exclusions générales des FSPCL autres que les start-ups au titre de l'article 17, paragraphe 6, y compris les exclusions légalement présumées, des obligations prévues à l'article 17, paragraphe 4, ne peuvent être introduites dans le droit national au titre de l'article 17, paragraphe 5.

ALAI, l'Association Littéraire et Artistique Internationale, 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.

[fin]

¹⁸ op. cit. sous III. 2. concernant l'article 17, paragraphe 4, point b).