

Propositions pour une meilleure efficacité des droits

La directive 2001/29/CE consacre une protection harmonisée du droit d'auteur et des droits voisins au sein de l'Union Européenne avec pour objectif affiché « *un niveau élevé de protection* ».

Pour ce faire, les droits doivent être efficaces, c'est-à-dire se traduire concrètement par des moyens efficaces de faire respecter le droit d'autoriser des ayants droit, qui oblige à conclure des accords avec ces derniers pour procéder aux exploitations entrant dans le champ notamment de la directive 2001/29/CE, ainsi qu'à prévenir et faire cesser les actes qu'ils n'ont pas autorisés.

Cette efficacité est un prérequis pour que tout marché numérique en Europe dispose d'une stabilité permettant les investissements nécessaires à son développement, y compris à travers la mise en place de modèles économiques innovants.

De ce fait, l'efficacité des droits de propriété littéraire et artistique doit être considérée comme une priorité, qui ne peut pas être traitée séparément de toute action en faveur d'un marché unique numérique.

Une question est de savoir quelle méthode il est opportun d'utiliser pour mettre en œuvre les améliorations appropriées à l'efficacité des droits de propriété littéraire et artistique.

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 voie permettrait d'assurer une cohérence entre les différents sujets abordés (droit d'auteur, responsabilité des intermédiaires, respect des droits fondamentaux, ...) en évitant l'ouverture d'un processus de réécriture des dispositions de ces directives.

Cela préserverait les acquis des directives concernées, en permettant des clarifications à travers une démarche d'interprétation, en articulation avec la contribution de la Cour de justice de l'Union européenne.

Les acquis des directives 2001/29/CE et 2004/48/CE résident bien évidemment dans le haut niveau de protection que ces textes ont pour finalité d'établir. Quant à la directive 2000/31/CE, malgré ses considérables imperfections liées pour beaucoup à son obsolescence, il faut rappeler le caractère essentiel de l'article 3.3 qui établit une dérogation au principe du pays d'origine au bénéfice des droits de propriété littéraire et artistique.

Il faut souligner l'importance de l'action normalisatrice de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'interprétation des textes européens, qui sont d'ores et déjà très riches et concernant lesquels l'enjeu porte désormais sur l'efficacité de leur application. Plutôt

que de passer par la création de nouvelles normes, ce qui créerait une complexité supplémentaire voire de la confusion et donc possiblement une baisse d'efficacité, il est très largement préférable de s'appuyer sur des notions déjà existantes. Les voies permettant de les améliorer dans leur application sont en effet connues et le processus d'interprétation pour ce faire est maîtrisable.

1 L'efficacité des droits via des clarifications concernant les obligations et la responsabilité des intermédiaires

1.1 La clarification de la notion de « *duty to act* » / « *duties of care* » des prestataires visés dans la directive 2000/31/CE

Le Considérant 40 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique énonce que :

- texte anglais : « *service providers have a **duty to act**, under certain circumstances, with a view to preventing or stopping illegal activities; this Directive should constitute the appropriate basis for the development of rapid and reliable procedures for removing and disabling access to illegal information; »*
- traduction française : « *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 ».*

Le Considérant 48 de la même directive dispose que :

- texte anglais : « *This Directive does not affect the possibility for Member States of **requiring** service providers, who host information provided by recipients of their service, **to apply duties of care, which can reasonably be expected from them** and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities »*
- traduction française : « *La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les Etats 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 ».*

Il importe de clarifier au niveau européen ce **devoir d'agir** des intermédiaires techniques afin de pouvoir bloquer l'accès aux contenus illicites sur la toile, et faire en sorte que ces contenus ne réapparaissent pas.

L'article 14 1. B) de la directive 2000/31/CE prévoit à cet égard que : « *Le prestataire, dès le moment où il a connaissance [d'activité ou d'information illicites], [doit agir] promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».*

Le Considérant 46 de la même directive précise : « *Afin de bénéficier d'une limitation de responsabilité, le prestataire [...] doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Il y a lieu de procéder à leur retrait ou de rendre leur accès impossible dans le respect du principe de la liberté d'expression et*

des procédures établies à cet effet au niveau national. La présente directive n'affecte pas la possibilité qu'ont les États membres de définir des exigences spécifiques auxquelles il doit être satisfait promptement avant de retirer des informations ou d'en rendre l'accès impossible ».

En premier lieu, il est opportun de rappeler qu'aux termes de ce texte, la connaissance par un prestataire qui conduit à sa responsabilité ne résulte pas nécessairement d'une notification et donc d'un formalisme.

A titre d'illustration, il doit être clair que la responsabilité d'un prestataire peut dans certains cas être engagée par le contexte d'une situation car la responsabilité d'un prestataire peut être engagée par la connaissance « *d'activité* » illicite et pas seulement « *d'information* » illicite. Par exemple, un prestataire de service assurant la mise à disposition de contenus audiovisuels ne peut prétendre ignorer le caractère illicite de services de partage de fichiers ou de mise à disposition de liens hypertextes massivement illicites.

Comme autre illustration, l'on peut citer l'exemple du prononcé d'une injonction dans l'un des pays membres contre un service de communication en ligne, qui devrait constituer une présomption de connaissance de la probabilité du caractère illicite des œuvres mises à disposition dans ces conditions.

En second lieu, il serait nécessaire de préciser les conséquences de la procédure de notification et de retrait (« *notice and take down* »), de manière que, une fois celle-ci accomplie et le contenu effectivement bloqué ou supprimé par l'hébergeur, la plupart de ces contenus ne réapparaissent pas quelques heures, voire quelques minutes plus tard, postés par un autre utilisateur.

Cela consisterait à préciser que cette obligation de retrait a un caractère définitif et inclut une **obligation de « stay-down »**, c'est-à-dire l'obligation d'empêcher la réapparition d'un contenu bloqué ou supprimé, ce qui représente une contrepartie à l'amoindrissement de responsabilité dont bénéficient les plateformes aux termes de la directive 2000/31/CE, à l'aune notamment des Considérants 40 et 48.

Cela ne revient pas à remettre en cause l'absence d'obligation de surveillance générale pour les hébergeurs ayant un rôle purement passif et automatique dans le stockage des données, dès lors qu'il s'agit de préciser que l'ensemble des moyens techniques nécessaires doivent être mis en œuvre pour des contenus déterminés. Une récente décision de Cour d'Appel allemande¹ en atteste.

1.2 Des exemples pour rendre l'action en cessation la plus concrète possible

Une règle d'interprétation est de donner des exemples pour mieux rendre concrète une règle.

Il serait opportun que ce soit le cas concernant l'action en cessation prévue à l'article 8.3 de la directive 2001/29/CE.

¹Voir <http://in.reuters.com/article/2015/07/01/google-youtube-germany-copyright-idINKCN0PB4PL20150701>

Ainsi, la Communication de la Commission européenne pourrait donner une liste non exhaustive de mesures pouvant être ordonnées par un juge dans le cadre de cette action, telle que notamment le blocage d'accès à un site Internet ou le déréférencement d'un tel site dans son entier, en s'assurant de l'efficacité de ces mesures pour tous les utilisateurs du service en question accédant depuis le territoire du for saisi.

1.3 Aller plus loin ? : la clarification du champ des prestataires de services visés dans la directive 2000/31/CE

L'article 14 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique met en place un régime de responsabilité limitée au profit des hébergeurs, définis comme les « *prestataires de services [qui] stockent les informations fournies par un destinataire du service* ». Il aménage un régime d'exception, dérogoire de la responsabilité de droit commun.

Le considérant 42 de la directive 2000/31/CE prévoit néanmoins que : « *Les dérogations prévues en matière de responsabilité par la présente directive ne couvrent que les cas où [...] cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif* ».

Dans sa décision du 23 mars 2010, la Cour de justice consacre la condition du « *caractère passif* » de l'intermédiaire et laisse aux juridictions nationales le soin de se prononcer sur la qualité d'hébergeur.

Pour autant, ce régime a été interprété extensivement par la Cour de justice de l'Union européenne puis par des juridictions nationales. On constate ce faisant un détournement de ce régime de responsabilité limitée, désormais revendiqué par un nombre grandissant d'intermédiaires.

Afin d'assurer une protection efficace de la création dans le contexte de l'évolution des réseaux numériques depuis la fin des années 1990, il s'agirait, en premier lieu, de rappeler le caractère d'interprétation stricte du régime de faveur en matière de responsabilité des intermédiaires issu de la directive 2000/31/CE.

Celui-ci ne peut en effet s'appliquer à tout acteur non expressément visé par cette directive et dont le service ne comporte pas principalement des actes relevant de ceux censés être entrepris par un des bénéficiaires du régime dérogoire prévu par ladite directive.

Il s'agirait, en second lieu, de préciser la nature des intermédiaires « *actifs* » qui n'entrent pas dans la définition des prestataires visés par la directive 2000/31/CE.

En effet, si certains intermédiaires techniques tels que les plateformes de mise en ligne de vidéos ou les réseaux sociaux ne peuvent pas être pleinement pris en compte en tant qu'éditeurs, dans la mesure où ils ne contrôlent pas nécessairement le contenu stocké sur leurs sites, ils ne peuvent pas non plus être considérés comme des hébergeurs, considérant que le stockage des informations n'est pas leur seul but.

Afin de protéger de manière efficace le droit d'auteur, la question se pose donc de préciser les contours du statut de l'hébergeur.

Tout en rappelant que la directive 2000/31/CE doit continuer à s'appliquer, l'on doit constater qu'au regard des évolutions technologiques, les plateformes qui « *répertorient*,

stockent et classent » du contenu ne peuvent pas entrer dans le cadre de la définition étroite prévue à l'article 14.

Au regard de ces objectifs, il apparaît logique d'apporter une clarification à la définition de l'hébergeur. Cela pourrait orienter la position de la Cour de justice de l'Union européenne et des tribunaux vers une responsabilisation des plates-formes telles que les moteurs de recherche ou les médias sociaux.

Puisqu'il s'agit d'une question de clarification ayant trait à une directive existante, il serait cohérent que toute initiative sur ce sujet soit effectuée via une disposition interprétative insérée dans une Communication de la Commission européenne pour la fin de l'année 2015.

Elle consisterait à préciser qu'un intermédiaire technique a un rôle actif au sens du Considérant 42 de la directive 2000/31/CE lorsqu'il présente, sélectionne, organise ou promeut des œuvres ou des objets protégés.

1.4 Aller plus loin ? : appuyer l'approche « follow the money »

Il serait utile de prendre acte au niveau communautaire du caractère prometteur de l'approche « *follow the money* » et de la nécessité de la développer. Pour prendre l'exemple de la France, si les résultats sont encourageants avec les annonceurs, les efforts doivent être poursuivis notamment avec les acteurs des moyens de paiement.

A cet égard, une simple approche de négociation du type « *autorégulation* » (ou « *soft law* ») peut s'avérer insuffisante à un certain stade et une politique volontariste de la Commission européenne mériterait d'être définie et mise en œuvre.

Nous nous référons notamment aux développements pertinents figurant sur ce sujet dans le rapport de Pierre Sirinelli sur la révision de la directive 2001/29/CE (pages 72 à 74).

A titre d'illustration, l'on pourrait notamment examiner le rôle que l'on pourrait donner à l'OHMI comme autorité chargée de gérer la liste des sites / intermédiaires dont l'activité est essentiellement tournée vers la contrefaçon.

1.5 Aller plus loin ? : la clarification des suites de l'arrêt *Svensson* sur les liens hypertextes

Il est indispensable de préserver la rédaction de l'article 3 de la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, dans lequel la substance du droit de communication au public ou de mise à la disposition du public est exprimée de manière suffisamment large pour englober tous les usages et toutes les évolutions techniques. **Il convient donc de ne procéder à aucune réécriture de l'article 3 et à aucune modification de celui-ci.**

Pour autant, la question est posée par certains de savoir s'il serait utile d'apporter une précision sur la notion de public à la suite de l'arrêt *Svensson*.

Le Considérant 25 de la directive 2001/29/CE énonce à cet égard que « *L'insécurité*

juridique qui entoure la nature et le niveau de protection des actes de transmission à la demande, au moyen de réseaux, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'objets relevant des droits voisins doit être supprimée par la mise en place d'une protection harmonisée au niveau communautaire ».

Dans cette optique, si l'on souhaite apporter une précision sur la notion de public à la suite de l'arrêt *Svensson* de la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui n'est pas véritablement dans le champ de la mission confiée par le Président du CSPLA à Josée-Anne Benazeraf et à Pierre Sirinelli, il conviendrait que cela soit effectué via une disposition interprétative insérée dans une Communication de la Commission européenne.

Cette disposition devrait aboutir à ce que le fait que cet autre site tire un avantage économique quelconque du lien cliquable, notamment, sans que cette liste soit limitative, à travers un paiement ou de la publicité, établit que ses utilisateurs ne font pas partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur ou des droits voisins lorsque ces derniers ont autorisé la mise à disposition du public initiale. En effet, le critère de l'autorisation implique que soient prises en compte les conditions dans lesquelles cette autorisation initiale a été accordée. Dans ce cadre, sauf preuve contraire, il doit être considéré que l'utilisation en aval de l'autorisation initiale de tout lien concrétisant la première communication au public, ne peut faire l'objet d'aucune monétisation directe ou indirecte, sauf nouvelle autorisation.

2 Efficience des droits à travers des clarifications dans les mesures de respect des droits

2.1 Charge de la preuve

L'un des principaux obstacles pour les détenteurs de droits est la difficulté de présenter des preuves suffisantes et complètes à l'appui de leur demande, pour chacune des œuvres qui a été contrefaite de manière flagrante sur un site illicite. Cette tâche est longue, complexe et ne correspond pas à la situation où l'infraction est massive et concerne un nombre important d'œuvres.

L'article 6.1 de la directive 2004/48/CE prévoit à ce sujet que « *les États membres peuvent prévoir qu'un échantillon raisonnable d'un nombre substantiel de copies d'une œuvre ou de tout autre objet protégé est considéré par les autorités judiciaires compétentes comme constituant des éléments de preuve suffisants* ».

Il serait utile de préciser que le recours à cette méthodologie, qui s'impose en présence de contrefaçons massives, est ouvert non seulement dans le domaine de la contrefaçon d'exemplaires physiques mais également dans le cas de contrefaçons immatérielles commises sur les réseaux numériques.

En outre, il devrait être ajouté que la méthodologie de l'échantillonnage lorsqu'elle est ainsi appliquée à une activité de communication audiovisuelle, particulièrement en ligne, permet d'établir le caractère illicite de celle-ci.

L'ayant-droit peut donc faire répertorier la totalité des œuvres effectivement contrefaites, par exemple par un site web, sans avoir à fournir la preuve pleine et entière pour chacune d'elles, la partie adverse étant en mesure de contester la réalité de la liste fournie par le titulaire du droit, la charge de la preuve pesant dans ce cas sur le contrefacteur.

2.2 Preuve de l'originalité

Prouver l'originalité de chacune des milliers d'œuvres est impossible. En situation de contrefaçon portant sur des quantités substantielles cette exigence ne saurait donc être requise en l'absence de contestation sérieuse de cette originalité œuvre par œuvre.

A défaut, le Parquet se trouverait dans l'incapacité de prendre l'initiative et la responsabilité de toute procédure pénale en matière de contrefaçon de masse particulièrement commise sur les réseaux où des milliers d'œuvres sont concernées par une violation primaire des droits exclusifs.

En outre, cela priverait les titulaires de droits de l'accès à des dispositions dont la finalité est de faire cesser un dommage causé par une activité de contrefaçon de masse sur les réseaux et d'en prévenir la réitération (article L.336-2 du Code la propriété intellectuelle).

Par conséquent, dans de tels cas, il est nécessaire, en cohérence avec les objectifs des directives 2001/29/CE et 2004/48/CE, de considérer que dans les cas de contrefaçons portant sur des quantités substantielles, l'originalité de chacune des œuvres est présumée, sauf preuve contraire.

2.3 Évaluation du préjudice

A titre de clarification, il conviendrait de rappeler que les bénéfices réalisés par le contrefacteur ne constituent en aucun cas un plafond de l'indemnisation comme parfois jugé mais un élément qui devrait de plus - par interprétation - être considéré comme un plancher de l'indemnisation.

En outre, il devrait être rappelé aux Etats-membres leur obligation de parvenir à l'objectif de haute protection par une concrétisation de l'efficacité en recourant à l'articulation nécessaire avec l'ensemble des dispositifs du droit national de chaque Etat membre.

A titre d'exemple, le droit interne français permet de conditionner l'octroi d'un sursis lors du prononcé d'une sanction pénale (notamment pour contrefaçon) à une mise à l'épreuve du condamné. Cette mise à l'épreuve peut prendre la forme de l'exigence du paiement effectif aux victimes parties civiles de tout ou partie des dommages et intérêts leur ayant été alloués. Or, aucune circulaire d'application n'a jamais été prise en France pour inciter les Parquets à assortir dans leurs réquisitions systématiquement les peines requises avec sursis en matière de contrefaçon de masse d'une mise à l'épreuve de ce type, le Tribunal étant libre de suivre ou non.

2.4 Nécessité de clarifier la mise en œuvre de certaines autres mesures prévues par la directive 2004/48

De façon générale, un certain nombre de mesures prévues par la directive 2004/48/CE pourraient voir leur efficacité accrue par une interprétation des termes « *le cas échéant* » (« *where appropriate* ») ou « *selon les cas* » (« *as appropriate* ») dans un sens qui ne caractérise pas le caractère facultatif des mesures concernées, mais leur transposition pour réaliser les objectifs de protection poursuivis par la directive 2004/48/CE.

Il est proposé d'apporter des précisions aux termes desquelles les Etats membres percevraient la nécessité que ces mesures doivent désormais être mises en place dans les Etats membres afin que les droits de propriété littéraire et artistique soient efficaces pour développer les marchés portant sur la mise à disposition des œuvres sur les réseaux électroniques.

Ces mesures sont les suivantes :

- Charge de la preuve :

L'article 6.2 de la directive 2004/48/CE prévoit que « *en cas d'atteinte commise à l'échelle commerciale, les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre aux autorités judiciaires compétentes, **le cas échéant**, sur requête d'une partie, d'ordonner la communication de documents bancaires, financiers ou commerciaux, qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée* ».

Il conviendrait de clarifier cette disposition en précisant qu'elle doit être réellement effective, l'expression « *le cas échéant* » n'y faisant pas obstacle. Ainsi, le recours à une procédure sur simple requête doit être clairement recevable.

- Droit à l'information :

L'article 8.2 également est limité dans son interprétation par l'expression « *selon les cas* », alors qu'il importerait qu'il soit pleinement opérationnel dans tous les Etats membres.

- Injonctions :

L'article 11 prévoit que le non-respect d'injonctions délivrées à l'encontre d'intermédiaires techniques est « **lorsque la législation nationale le prévoit (...), le cas échéant**, passible d'une astreinte, destinée à en assurer l'exécution ».

Il importe de reconnaître l'importance de l'imposition d'astreintes en cas de non-respect par un intermédiaire technique d'une injonction qui a été prise par le juge, en précisant que l'astreinte doit en principe être ordonnée, sauf à ce que le juge fasse état de motifs établissant qu'elle ne serait pas justifiée au cas particulier.
