

Article 17

Directive on Copyright in the Digital Single Market

(UE) 2019/790/CE

Targeted consultation
addressed to the participants to the stakeholder dialogue
Period of consultation: 27 July 2020 – 10 September 2020

EUROKINEMA

Transparency register ID: 43245696854-79

Question 1: Are there any additional elements related to the definition of an online content-sharing service provider, besides those outlined above, which you consider require some guidance? If yes, please indicate which ones and how you would suggest the guidance to address them.

La question posée ici paraît irrecevable dès lors qu'elle vise à obtenir des éléments de réponse, notamment des Etats membres, visant à modifier le régime posé à l'article 17, lequel est produit par un ensemble d'éléments cohérents et exhaustifs (articles 3(1), 3(2) de la directive 2001/29/CE, considérants 62 et 63, article 2(6), article 17 de la directive 2019/790/CE).

Rappelons que l'article 17 (10) prévoit que *"la Commission européenne organise, en coopération avec les Etats membres, des dialogues entre parties intéressées afin d'examiner les **meilleures pratiques pour la coopération** entre les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et les titulaires de droits. Après consultation des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, des titulaires de droits, des organisations d'utilisateurs et des autres parties prenantes concernées, et compte tenu des résultats des dialogues entre parties intéressées, la Commission émet des **orientations** sur l'application du présent article, **en particulier en ce qui concerne la coopération visée au paragraphe 4**. Lors de l'examen des meilleures pratiques, une attention particulière doit être accordée, entre autres, à la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits fondamentaux et le recours aux exceptions et aux limitations. Aux fins des dialogues avec les parties intéressées, les organisations d'utilisateurs ont accès aux informations adéquates fournies par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sur le fonctionnement de leurs pratiques en ce qui concerne le paragraphe 4"*.

L'article 17 (10), en conséquence, ne prévoit pas que les orientations envisagées puissent s'étendre à l'article 2(6), aux considérants 62 et 63 ainsi qu'il en est notamment fait explicitement mention ici.

Au demeurant, les éléments référés (dont il est fait référence) au point 1 *"Scope of services covered by Article 17"* paraissent déjà décrire correctement le contenu des considérants 62 et 63 et de l'article 2(6) de la directive 2019/790/CE, ainsi que des articles 3(1) et 3(2) de la directive 2001/29/CE.

Question 2: Are there any additional elements related to authorisations under Article 17(1) and 17 (2), which should be covered by the guidance? If yes, please explain which ones and how you would suggest the guidance to address them.

Contrairement à ce qu'indique le texte de guidelines soumis à consultation, rien dans la Directive ne justifie la nécessité de demander aux Etats membres de clarifier la notion d'autorisation requise

par les plateformes visées par les dispositions de l'art. 17, a fortiori en suggérant aux Etats membres de prévoir par eux-mêmes des dispositions spécifiques visant à organiser les modalités de cette autorisation.

L'article 17 (1) 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 disposition du public**. Il en découle 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(1) et 3(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'information, **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.

La CJUE, (points 33 à 34 de son arrêt du 16/11/2016, 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 oeuvre effectuée par un tiers **sans un tel consentement préalable** doit être regardée comme portant atteinte aux droits de l'auteur de cette oeuvre¹."

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 aux Etats membres de stipuler les modalités d'autorisation (par exemple, au moyen d'une licence légale)**². Par ailleurs, le principe de liberté contractuelle doit prévaloir, comme rappelé par le considérant 61 de la Directive : Un titulaire de droit ne sera donc pas nécessairement tenu d'autoriser la plateforme.

Dès lors, la question 2 nous paraît infondée, car partant d'un postulat de départ erroné (la nécessité de clarifier la notion d'«autorisation», qui aurait soi-disant un caractère *ad hoc* pour ce qui concerne les plateformes visées par l'article 17) dans le document soumis à consultation.

Question 3: Do you have any concrete suggestions on how to ensure a smooth exchange of information between rightholders, online content-sharing service providers and users on authorisations that have been granted?

2600 character(s) maximum

Comme évoqué précédemment, l'autorisation requise relève du droit exclusif de l'auteur et de ses cessionnaires de droits et/ou titulaires de droits voisins. Il nous semble que placer ici la nécessité d'un échange d'informations avec les fournisseurs de services de partage de vidéo et les utilisateurs n'est pas pertinent et même paraît contrevenir à la plénitude des droits reconnus à l'auteur tels qu'ils ont été précisés à la réponse à la question 2. En tout état de cause, les utilisateurs du service étant couverts par l'autorisation éventuellement accordée aux fournisseurs de ces services (dans les conditions prévues par l'article 17.2 : « *cette autorisation couvre également les actes accomplis par les utilisateurs des services relevant du champ d'application*

¹ Projet d'avis concernant certains aspects de la mise en oeuvre 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 numérique, ALAI (Association littéraire et artistique internationale), 30 mars 2020

² Voir Projet d'avis de l'ALAI concernant certains aspects de la mise en oeuvre de l'article 17 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur (30 mars 2020) (page 2)

de l'article 3 de la directive 2001/29/CE lorsqu'ils n'agissent pas à titre commercial ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs »), on voit mal pourquoi un échange d'information spécifique devrait être organisé à l'égard de ces utilisateurs.

Question 4: In which cases would you consider that an online content-sharing service provider has made its best efforts to obtain an authorisation, in light of the principle of proportionality? Please give some concrete examples, taking into account the principle of proportionality.

Cette question ainsi que la suivante doivent être traitées à l'aune du principe de liberté contractuelle, rappelé au considérant 61 de la Directive que le texte soumis à consultation cite de façon tronquée. Ainsi, si l'un des objectifs de l'art. 17 consiste bien selon ce considérant à « encourager le développement du marché de l'octroi de licences entre les titulaires de droits et les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. », il est également précisé ensuite par ce même considérant (ce que le texte soumis à consultation omet de mentionner) que « Cependant, dès lors que ces dispositions ne devraient pas porter atteinte à la liberté contractuelle, les titulaires de droits ne devraient pas être tenus de donner leur autorisation ni de conclure des accords de licence. » (souligné par nous). Ce point est majeur, car il rappelle qu'il s'agit bien pour les titulaires de droits des œuvres mises à disposition par le service de partage de pouvoir exercer - sous une forme ou sous une autre, donc non nécessairement via la gestion collective - leur droit exclusif d'autoriser ou d'interdire.

La production audiovisuelle et cinématographique est caractérisée par de lourds investissements dans la création des œuvres. Dès lors, il est fondamental pour l'investisseur de maîtriser totalement les modes d'exploitation des œuvres en tenant compte de la chronologie des médias et de la territorialité de l'exploitation.

Dès lors, il est vraisemblable que les investisseurs dans la production cinématographique et audiovisuelle (que ce soit en tant que cessionnaires des droits des auteurs pour l'exploitation économique de l'œuvre ou en tant que titulaire de droits voisins), afin de maîtriser totalement les modalités d'exploitation des œuvres, n'autoriseront pas la mise en ligne d'une telle œuvre par l'"utilisateur" d'un service de partage de contenus en ligne. L'option contraire (qui permettrait par exemple à l'utilisateur de divulguer l'œuvre à un moment où le producteur ne le souhaite pas) les déposséderait totalement des moyens de contrôler l'exploitation normale de l'œuvre. Ces titulaires de droits seront en conséquence amenés à notifier au fournisseur de service les œuvres pour lesquelles une autorisation n'aura pas été donnée par eux.

Dès lors, l'option envisagée visant à favoriser un régime d'autorisation risque de ne pas être favorable à la protection des droits sur les œuvres cinématographiques et audiovisuelles, et en conséquence de représenter une option marginale en matière d'exploitation de ces œuvres.

La notion de « meilleurs efforts » en vue d'obtenir une telle autorisation doit donc s'entendre à l'aune de la capacité pour certains titulaires de droits de refuser cette autorisation, et dès lors, pour ce qui concerne les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles restantes pour lesquelles une autorisation pourrait plus marginalement être accordée, la consultation des informations déjà existantes (génériques des œuvres, jaquettes de DVD, bases de données de droits tel que le RPCA ou celles de certaines sociétés de gestion collective, bases publiques sur les œuvres tq ISAN, ...) et l'entrée en négociation sérieuse avec les titulaires de droits qui y sont référencés doivent pouvoir caractériser ces meilleurs efforts, sans imaginer de processus particulier.

Question 5: In your view, how should online content-sharing service providers, in particular smaller service providers, make their best efforts to obtain an authorisation for content, which is less common on their service?

Par ailleurs, compte-tenu de ce qui a été dit supra sur le régime de droit exclusif auquel est assujéti le régime d'autorisation de l'article 17, on ne voit pas comment les plus petits fournisseurs de services devraient échapper à la logique du droit exclusif à laquelle est subordonnée l'autorisation. Il n'est pas possible d'envisager que les modalités d'autorisation soient différentes selon la "taille" du service dès lors que la finalité est la protection du droit exclusif de l'auteur représenté par son droit d'autoriser ou d'interdire la communication de son œuvre, d'autant plus que les « petits » services auront aussi probablement un nombre d'œuvres plus réduit à liciter (ou à retirer en cas de non autorisation).

Cette dernière question est donc sans objet.

Question 7: In which cases would you consider that an online content-sharing service provider has or has not made its best efforts to ensure the unavailability of specific unauthorised content in accordance with high industry standards of professional diligence and in light of the principle of proportionality and the user safeguards enshrined in Article 17(7) and (9)? Please give some concrete examples.

* EUROKINEMA renvoie sur cette question au rapport du CSPLA "Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage : Etat de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus" - Président de la mission : Jean-Philippe Mochon – Janvier 2020

Les outils de reconnaissance permettront la mise en oeuvre par les plateformes des meilleurs efforts en matière de blocage et retrait des contenus non autorisés qui conditionnent l'absence d'engagement de leur responsabilité. Si l'article 17 de la directive ne prescrit en lui-même aucune technique particulière, il renvoie, pour la définition de ces meilleurs efforts, aux « normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires ». Il définit en ce sens une approche à la fois exigeante, pragmatique et évolutive.

Dans le domaine de l'audiovisuel, déjà couverts par des systèmes d'empreintes, cela passe aujourd'hui de manière incontournable par une référence à ces systèmes pour la définition de ces meilleurs efforts, les informations pertinentes et nécessaires devant pour leur part être appréciées en fonction de la nature des droits (copie du contenu protégé, empreintes, métadonnées). **Toutes les plateformes de partage couvertes par la directive** devront réaliser en ce sens un **effort de mise à niveau**, dont la diversité des solutions disponibles sur le marché assure la faisabilité, et qui appelle des appréciations au cas par cas en fonction tant des caractéristiques des plateformes que des catégories de droits concernés.

Pour les plateformes couvertes par l'article 17, le déploiement des outils de reconnaissance ne pourra donc plus se cantonner à une forme de réponse, au gré des convergences d'intérêts et des rapports de force, aux demandes de catégories particulières d'ayants droit. Il doit s'inscrire dans une **démarche globale de protection des droits d'auteur et droits voisins**, qui doit être ouverte aux titulaires de droits des différents secteurs, qui doivent fournir en contrepartie à la plateforme les **informations nécessaires et pertinentes** pour qu'elle accomplisse les diligences qui lui incombent.

Ce nouveau cadre juridique implique également de nouvelles **garanties de transparence** pour les titulaires de droit sur les exploitations dont font l'objet leurs œuvres et autres objets protégés

Quoi qu'il en soit, les ayants droit de ce secteur souhaitent le maintien d'un haut niveau de performance des outils de reconnaissance, face à l'inventivité toujours renouvelée de certains utilisateurs pour transformer les contenus de manière à déjouer l'efficacité des outils de reconnaissance.

Question 8: Which information do you consider 'necessary and relevant' in order for online content sharing service providers to comply with the obligation set out in Article 17(4)(b)?

Les outils de reconnaissance obéissent à une logique constante d'amélioration et de perfectionnement : les plateformes, quand elles sont à l'origine de leurs propres outils adaptés à leurs besoins et contraintes, les ont fait évoluer, en répondant à certaines attentes des ayants droit concernés. C'est tout particulièrement le cas de YouTube, qui a mis en place ses outils relativement tôt et qui a donc une expérience assez longue du déploiement de ceux-ci.

Les outils de reconnaissance doivent être analysés comme un **véritable investissement** pour les plateformes car ils leur permettent de sécuriser juridiquement leur offre et d'enrichir leur offre à destination des utilisateurs. De même, les outils de reconnaissance permettent à la plateforme d'améliorer le ciblage de son offre commerciale à destination des annonceurs. Les outils de reconnaissance en viennent ainsi à constituer un des éléments du modèle économique de la plateforme.

Dans l'univers extrêmement changeant des usages numériques, les outils de reconnaissance déployés par la plateforme reflètent le point d'équilibre entre sa stratégie et celle des ayants droit à qui elle en offre l'usage.

L'outil de reconnaissance déployé par YouTube se révèle ainsi **en constante évolution**, en fonction des décisions de la plateforme au regard d'une complexe interaction entre les attentes et les demandes de ses annonceurs, des ayants droit et des utilisateurs.

Si YouTube bénéficie d'une avance certaine dans la mise en place des outils de reconnaissance, **les autres plateformes de partage de contenus audio ou vidéo (Dailymotion, SoundCloud, Tiktok, Twitch) ont également pu mettre en place de tels outils**, à la demande des ayants droit, Dailymotion jouant d'ailleurs en la matière un rôle pionnier.

La principale attente des plateformes dans la mise en oeuvre des outils de reconnaissance tient à la minimisation des coûts de développement, et de déploiement, attente d'autant plus forte qu'elles ont une part plus modeste du marché de la publicité que YouTube pour financer ces coûts.

Cependant, le commentaire relatif au fait que les fournisseurs de services de partage de vidéo en ligne "plus petits" ne sauraient jouir des technologies de reconnaissance de contenu efficaces, au même titre que les "grands" services³ paraît "inapproprié" (cf. Q.9 infra).

³ Voir questionnaire, page 9, paragraphe 4: "*The type, size and audience of the service: larger service providers with a significant audience may be expected to deploy more advanced and costly solutions/technologies than 'smaller' service providers, with more limited audiences and resources. It could be more proportionate to expect smaller service providers to resort to simpler solutions (like metadata or key word search) as long as these solutions are effective. In some cases, notably for small service providers, relying on ex post action following rightholders' notifications (notice and take down) may be proportionate, as explained in recital 66.*"

Question 9: Are there any other elements related to the best efforts to ensure the unavailability of unauthorised content, besides those outlined above, for which you think some guidance is needed? If yes, please explain which ones and how you consider the guidance should address them.

** EUROKINEMA renvoie sur cette question comme sur la précédente au rapport du CSPLA "Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage : Etat de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus" - Président de la mission : Jean-Philippe Mochon – Janvier 2020*

Le déploiement des outils de reconnaissance de contenus est caractérisé par trois enjeux : sécurité juridique, fluidité du fonctionnement de la plateforme, et recherche d'un positionnement faisant de la plateforme un acteur tiers par rapport aux litiges entre ayants droit et utilisateurs.

Au regard de ces éléments, la plateforme définit donc les outils offerts aux ayants droit et choisit les ayants droit auxquels elle les ouvre ainsi que les possibilités concrètes qu'elle leur offre dans la gestion de leurs droits. L'accès aux différents « niveaux » de Content ID, qui offrent un pilotage plus ou moins fins de la gestion des droits et des conflits, est déterminé par la politique de la plateforme : compte tenu des pouvoirs importants conférés à l'ayant droit grâce à l'outil de gestion des droits dans son niveau le plus élevé, la plateforme souhaite le réserver aux ayants droit qui disposent des catalogues les plus importants, tout en définissant pour les autres partenaires des outils simplifiés ou offrant moins de latitude dans la gestion des droits, ce qui n'est pas sans susciter des demandes des ayants droit moins bien traités, voire des préoccupations politiques sur les différences de traitements qui en résultent.

Par ailleurs, il est souhaitable que la Commission européenne, au titre du droit de la concurrence, vérifie bien que les technologies de reconnaissance de contenus ne soient pas conçues comme des systèmes propriétaires, conférant un avantage aux "gros" fournisseurs par rapport aux petits fournisseurs. Il est nécessaire qu'un contrôle approprié soit envisagé à cet égard et qu'un partage de connaissance en vue du développement de technologies de reconnaissance des contenus par les plus petits acteurs soit rendu possible.

Compte-tenu de ce qui a été dit plus haut, il en va de la crédibilité des petites plateformes dans leurs relations, non seulement avec les ayants droit mais aussi avec les utilisateurs si elles veulent arriver à créer un cercle vertueux avec les créateurs (et l'impératif de protection des œuvres qui en résulte) et les utilisateurs.

Question 10: What information do you consider a sufficiently substantiated notice should contain in order to allow the online content-sharing service providers to act expeditiously to disable access /remove the notified content?

** EUROKINEMA renvoie sur cette question au rapport du CSPLA "Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage : Etat de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus" - Président de la mission : Jean-Philippe Mochon – Janvier 2020*

L'efficacité des outils, telles qu'elle ressortait notamment de l'expérience des titulaires de droit à l'échelle internationale, a conduit les autorités publiques françaises, et tout particulièrement le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), à promouvoir les outils de reconnaissance et à inviter les ayants droit à réaliser des empreintes pour que les œuvres soient protégées.

Dans le cadre de l'Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle (ALPA), a été mis en place un « guichet unique », après signature d'un accord avec Google le 19 septembre 2017 sous l'égide du CNC, destiné à faciliter pour les ayants droit le dépôt de leurs empreintes dans chaque base de référence des plateformes.

Cet accord, qui permet la centralisation de la génération des empreintes comme de la gestion des conflits avec les utilisateurs ou d'autres ayants droit, en fonction des souhaits de l'ayant droit, est

novateur et représente une offre de service attractive pour les membres de l'ALPA. En particulier, il tient compte des réticences de certains ayants droit à livrer leurs contenus aux plateformes pour qu'elles réalisent elles-mêmes les empreintes. Le dispositif mis en place par l'ALPA a donc prévu le recours à un prestataire qui peut être chargé de faire les empreintes qu'il livre aux plateformes, sans que celles-ci ne disposent donc des contenus. Cependant, la protection par la toute dernière génération d'empreintes reste réservée aux ayants droit qui livrent leurs contenus, YouTube ayant souhaité conserver l'exclusivité de la mise en oeuvre de la dernière génération d'empreintes. Au surplus, YouTube n'assure pas la rétrocompatibilité des empreintes lorsqu'une nouvelle version est introduite.

La démarche de l'ALPA, tendant à promouvoir les outils de reconnaissance des contenus, s'adresse d'abord à ses membres ou à ceux qui acceptent de la rejoindre et repose sur un acte volontaire de l'ayant droit. La génération d'empreintes fournies par les producteurs, qui est le modèle retenu dans le guichet unique mis en oeuvre par l'ALPA, a l'avantage de l'efficacité et de la stabilité, les droits des producteurs étant par nature plus pérennes dans le temps et moins restreints au plan territorial.

Question 11: Are there any other elements related to the 'notice and take down' and 'notice and stay-down' systems provided for in article 17(4)(c) that should be covered by the guidance? If yes, please explain which ones and how you would suggest the guidance to address them.

Non.

Question 12: What specific elements of the specific liability regime for "new" services, provided for in Article 17(6), should in your opinion be addressed in the guidance and how?

Nous nous interrogeons – au regard du « mandat » donné à la Commission par l'article 17(10) – sur la légitimité des lignes directrices à traiter de la question de la définition des services « nouveaux » visés à l'article 17(6), dès lors que les critères de définition sont d'ores et déjà clairement énoncés dans ledit article, complété par le considérant 67. Ces critères sont en effet au nombre de 3 : (i) un service « mis à la disposition du public dans l'Union depuis moins de trois ans » (cf. art. 17(6)), avec (ii) un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros « calculés conformément à la recommandation 2003/361/CE de la Commission » (ibidem), et (iii) une audience inférieure à 5 millions de visiteurs mensuels uniques au sein de l'UE « calculé sur la base de l'année civile précédente » (ibidem).

Dans cette situation clairement définie, seule l'obligation de meilleurs efforts aux fins d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits et celle « d'agir promptement, lorsqu'ils reçoivent une notification suffisamment motivée, pour bloquer l'accès aux œuvres ou autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs site internet » ('notice and take down') s'appliquent. Et dans le cas où le seuil de 5 millions de visiteurs mensuels uniques est dépassé, ces services doivent en outre « démontrer qu'ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour éviter d'autres téléversements des œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification pour lesquels les titulaires de droits ont fourni les informations pertinentes et nécessaires » (obligation de 'stay down').

Comme indiqué par ailleurs précédemment, il n'est donc en rien opportun de prévoir une notion de « best efforts » spécifique à ce type de services, d'autant plus qu'ils bénéficient déjà d'obligations fortement assouplies (en particulier la dispense de mettre en place des procédures de pré-filtrages des œuvres non autorisées). La moindre des choses désormais, c'est que ce type de services appliquent les standards les plus élevés en matière de procédure de retrait ou, lorsque applicable, de 'stay-down'.

Question 13: Do you have additional suggestions to implement Article 17(7) to ensure a fair balance between different fundamental rights notably between copyright and freedom of expression? Would you agree with the approach presented above or do you consider other solutions could be used?

EUROKINEMA s'étonne de la logique de prise en compte des contenus légitimes suggérée par le texte en consultation, contraire à l'esprit comme à la lettre de la Directive. Notamment, il n'appartient pas aux fournisseurs de services d'apprécier le caractère « légitime » (au regard de certaines exceptions ou limitations) des demandes de filtrage ou de retrait faites par les titulaires de droits, sauf à vouloir bloquer l'ensemble du processus. En proposant d'introduire un mécanisme de contestation (basé sur un nouveau concept fumeux de « *content which is likely to be legitimate* ») dès la phase de demande de blocage ou de retrait des contenus, pendant lequel ledit contenu resterait disponible en ligne, c'est toute la logique de renforcement de la protection des ayants droit que la proposition de la Commission remet en cause, alors que c'est l'objet du mécanisme de recours 'ex post' de l'article 17(9) (dont on se demande à quoi il servirait finalement dans l'hypothèse de la Commission) que de garantir l'exercice d'une exception éventuelle.

Par ailleurs, il est inopportun de suggérer aux EM de transposer des exceptions facultatives prévues par la Directive 2001/29/CE, dès lors que celles-ci ne sont pas strictement nécessaires au respect de celles mentionnées à l'article 17(7) de la Directive 2019/790, et que cela irait à l'encontre de l'objectif de ces deux Directives visant à assurer un haut niveau de protection aux titulaires de droits.

Il est enfin erroné d'écrire que le principe du pays d'origine (de la directive e-commerce) prévaudrait sur le principe du pays de destination qui s'applique en matière de droit d'auteur, donc aux exceptions aux dits droits. L'appréciation des exceptions au droit d'auteur relève à l'évidence du pays dans lequel leur exercice est invoqué.

** EUROKINEMA renvoie pour le reste sur cette question au Projet d'avis de l'ALAI concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur (30 mars 2020) (voir pages 3 et 4)*

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'oeuvre 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 doit trouver une conciliation avec la protection et l'exercice de la liberté d'expression. La règle de principe évoquée ci-dessus comporte en effet le risque que, afin d'éviter toute responsabilité, les fournisseurs bloquent de façon systématique tout accès aux oeuvres ou les retirent de leurs sites, ceci entraînant le risque que d'autres contenus soient également bloqués ou retirés. 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.

Le paragraphe 7 de l'article 17 de la directive 2019/790 vise à assurer, en général, la libre mise à disposition d'oeuvres 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 pastiche. 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. 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 oeuvre, 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. En outre, il s'agira d'appliquer le principe selon lequel une dérogation à une règle générale doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Il faudra respecter enfin la soumission des exceptions et limitations au test en trois étapes.

Question 14: Do you have additional suggestions on how the guidance should address the implementation of the complaint and redress mechanism and of the out-of-court dispute settlement under Article 17(9)?

** EUROKINEMA renvoie sur cette question au Projet d'avis de l'ALAI concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur (30 mars 2020) (voir pages 3 et 4)*

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.

Selon nous, 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 ». 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 intellectuelle. Elle pourrait entre autres comporter des délais déraisonnables ou entraîner des retards injustifiés concernant la mise en oeuvre 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 diffusion provisoire d'une oeuvre 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, reconnus 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 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 également par la Charte des droits fondamentaux.

Question 16: What are the most important elements that the guidance should cover in relation to the information that online content-sharing service providers should provide to rightholders on the functioning of their tools to ensure the unavailability of unauthorised content and on the use of rightholders' content under Article 17(8)? Please provide examples of particular information that you would consider as covered by this obligation.

Il paraît important d'établir un cercle vertueux associant à la fois les fournisseurs de services de partage de contenu en ligne, les ayants-droit et les utilisateurs. On doit recommander que trois principes soient retenus dans la mise en oeuvre des technologies de reconnaissance des contenus:

- Efficacité de l'outil afin d'inciter les ayants-droit à en bénéficier,
- Finesse des paramétrages de manière à ce que les contenus propres des utilisateurs et les usages au titre des exceptions et des limitations soient respectés,
- Robustesse des technologies contribuant ainsi à la légitimité du système.

* *EUROKINEMA renvoie sur cette question au rapport du CSPLA "Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage : Etat de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus" - Président de la mission : Jean-Philippe Mochon – Janvier 2020*