

Le nouveau régime juridique des plateformes de partage : Comment l'Europe réinvente le droit d'auteur

Par Jean-Philippe MOCHON

Conseiller d'État, membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

L'article 17 de la directive 2019/790 redonne son effectivité au droit d'auteur sur les plateformes de partage comme YouTube et Facebook, en imposant à celles-ci la réalisation de leurs meilleurs efforts sous peine d'engager leur responsabilité. Cette révolution juridique opérée au terme de vifs débats est riche d'enseignements sur la fabrique du droit en Europe, dans un délicat équilibre tant entre les acteurs concernés qu'entre les États membres et au Parlement européen. Elle illustre les profondes mutations que subit la notion de propriété dans l'univers numérique. L'effectivité du droit d'auteur et des droits voisins ne peut être pleinement assurée que par leur internalisation par les opérateurs numériques à travers des outils technologiques appropriés, sous le contrôle du régulateur. Quant à leur substance, elle se trouve dans une certaine mesure affectée par la pression des usages numériques. L'équilibre à assurer avec la liberté d'expression a en effet conduit la Commission européenne et la Cour de justice à rechercher cet équilibre en insistant sur la nécessité d'exclure tout blocage de contenu licite lors du téléversement, même si la mise en œuvre reste à préciser dans la pratique.

Se souvient-on qu'en 2018, l'article 13 de la directive sur le droit d'auteur¹, devenu entre-temps son article 17, déchainait les passions, les uns pronostiquant la fin de l'Internet ouvert et les autres clamant la victoire des créateurs sur les géants du *web* ? Innovation majeure de la directive européenne sur le droit d'auteur de 2019, le nouveau régime juridique du partage des œuvres protégées par le droit d'auteur sur les plateformes en ligne n'a souvent, y compris aux lecteurs des *Annales des Mines*², été présenté qu'en termes critiques ou polémiques. Lue au prisme des enjeux de propriété et de gouvernance dans l'univers numérique, cette réforme prend pourtant toute sa portée – et les controverses qui ont entouré son élaboration et qui se poursuivent dans sa mise en œuvre apparaissent particulièrement riches d'enseignements.

¹ Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

² Voir BEYSSAC P. (2019), « L'impact de la directive droit d'auteur sur l'économie numérique », *Enjeux numériques*, n°7, septembre, pp. 88-92.

Pour avoir activement contribué à alimenter une position française singulière dans ce débat européen³, l'auteur de ces lignes connaît tant la virulence des positions que la technicité de la matière. Par ce présent article, nous n'entendons pourtant ni alimenter les controverses ni apporter une nouvelle pierre aux échanges d'arguments juridiques. Notre objectif sera plutôt, après avoir souligné l'alliance de profonde révolution juridique et de parfaite banalité des solutions technologiques que recouvre l'article 17, de se pencher sur la fabrique du droit européen, afin d'éclairer les contours et les modalités de ce qui n'est rien de moins qu'une réinvention du droit d'auteur dans l'univers numérique.

UNE RÉVOLUTION JURIDIQUE QUI N'EST RENDUE POSSIBLE QUE PAR DES OUTILS TECHNOLOGIQUES DÉJÀ OMNIPRÉSENTS

En redéfinissant le régime de responsabilité juridique des plateformes en ligne au titre des actes de partage, l'article 17 affirme que celles-ci sont bien placées dans le champ d'application du droit d'auteur et des droits voisins. Elles ne pourront être exemptées de responsabilité au titre des actes illicites de partage que si elles ont fait leurs meilleurs efforts pour y faire obstacle et les prévenir. Tandis que partager de la musique sur YouTube, mettre en ligne un extrait de film sur Facebook, ou poster les œuvres d'un artiste sur Instagram avait pu jusque-là être regardé en Europe comme ne relevant pas de la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle de chacun des créateurs concernés, l'article 17 affirme explicitement le contraire, mettant ainsi fin à une situation héritée de la préhistoire de l'Internet.

Alors que les prérogatives de titulaires de droits étaient de fait largement paralysées par l'application invoquée du statut de l'hébergeur, depuis la directive sur le commerce électronique de 2000⁴, elle-même convergente avec le "Digital Millenium Copyright Act" américain, l'article 17 revient à redonner une effectivité nouvelle au droit d'auteur. Les accords signés avec YouTube ou Facebook par les producteurs de cinéma ou de musique ou encore les organismes de gestion collective représentant, comme la Sacem, les intérêts des auteurs, étaient jusqu'ici présentés par les plateformes comme relevant de leur seul bon vouloir. Ils trouvent maintenant dans l'article 17 une base juridique qui en rend la conclusion indispensable pour autoriser le partage des œuvres protégées par le droit d'auteur sur les plateformes.

Cette révolution juridique n'a cependant été rendue possible que parce qu'elle repose sur des pratiques et des outils technologiques très éprouvés et en voie de généralisation, qui permettent, dans l'immense masse des contenus qui sont versés par les utilisateurs, d'identifier les œuvres et autres objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins, afin d'y associer des règles d'autorisation, de blocage ou de monétisation⁵. Les outils de

³ Voir les deux rapports conjoints du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, de l'Hadopi et du CNC : MOCHON J-Ph. *et al.* (2019 et 2020), « Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage : état de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus » et « Les outils de reconnaissance de contenu sur les plateformes de partage : propositions pour la mise en œuvre de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique ».

⁴ Le statut de l'hébergeur issu de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, dont les plateformes de partage invoquaient jusque-là l'application, implique que leur responsabilité ne pouvait être engagée que si, ayant reçu une notification par l'ayant droit de la présence d'un contenu non autorisé, ils ne le retirent pas promptement alors qu'ils en ont la possibilité. La directive 2000/31 comporte à la fois le principe d'irresponsabilité et son aménagement, qui correspondent, respectivement, en droit américain à la section 230 du "Communications Act" (issue du "Communications Decency Act" de 1996) et au DMCA.

⁵ Voir EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE (2020), "Automated content recognition: Discussion paper – Phase 1 Existing technologies and their impact on IP".

reconnaissance, qui reposent essentiellement sur la technique de l’empreinte numérique, ont été mis en place de longue date à l’initiative des plateformes et le cas échant dans un cadre bilatéral avec les ayants droit, par exemple ContentID sur Youtube ou Rights Manager sur Facebook. Ces outils apparaissent au demeurant comme la seule manière de maîtriser les flux de contenus téléversés, qu’il s’agisse pour les plateformes de poursuivre leurs objectifs commerciaux ou pour les pouvoirs publics d’assurer le respect d’objectifs de politique publique, en matière de droit d’auteur comme de lutte contre la haine en ligne, la pédopornographie ou le terrorisme. Pour s’en tenir au droit d’auteur, en responsabilisant les plateformes, l’article 17 vise non seulement à empêcher les actes de partage illicite, mais, peut-être plus encore, à encourager la conclusion de licences. Il s’agit de rémunérer les créateurs concernés, d’enrichir les contenus disponibles en ligne et de rendre plus transparentes les règles et les procédures appliquées dans les usages numériques quotidiens des Européens.

DANS LA FABRIQUE EUROPÉENNE DU DROIT

Il faut se demander comment cette innovation – sans doute la plus marquante de la directive de 2019 – a pu advenir dans la fabrique européenne du droit, alors que d’autres acteurs internationaux, quoique identifiant les mêmes enjeux, sont restés plus circonspects⁶.

L’article 17 se veut avant tout une réponse au massif transfert de valeur (le *value gap*) qu’induisait l’application invoquée du statut de l’hébergeur au bénéfice des plateformes de partage et au détriment des créateurs et des industries culturelles⁷, conduits de fait à consentir à la présence massive mais mal rémunérée du contenu de leurs catalogues sur les plateformes. À l’heure de l’omniprésence des réseaux sociaux, YouTube est devenu la première voie d’accès à la musique en ligne, et offre, par titre *streamé*, la rémunération la plus basse du marché. En réaffirmant la portée des droits de propriété intellectuelle, l’article 17 améliore la position de négociation de tous les titulaires de droits face à des acteurs internationaux surpuissants en situation de grande asymétrie de moyens et d’information. Il assure au passage un traitement plus égal entre les ayants droit, et des conditions de concurrence plus équitables entre les plateformes de partage et les autres acteurs de la distribution numérique de contenus.

Mais si cet enjeu central a su trouver sa place dans la proposition de directive élaborée par la Commission européenne, c’est aussi parce qu’il participe d’un effort de modernisation du droit d’auteur et d’équilibre entre protection des droits et nouvelles flexibilités ouvertes sur d’autres sujets par la directive. Il a fallu pour cela une intense mobilisation, non seulement des professions et des experts concernés, malgré de vifs débats internes, mais également des acteurs clés au sein du Parlement européen et parmi les États membres, au premier chef la France, particulièrement engagée de longue date sur le sujet. Lorsque la commission parlementaire compétente a dans un premier temps rejeté la proposition de directive, ou lorsqu’un vif débat public a opposé, en ligne et dans des manifestations, une campagne d’opinion Yes2copyright et une campagne Saveyourinternet, le débat a tourné à la confrontation, non sans outrances et caricatures. Quoi qu’il en soit, dans l’équilibre global de la directive, l’article 17 constitue un véritable progrès pour le droit d’auteur – et une réaffirmation de ce que l’Europe, qui en est le berceau, est aussi capable de chercher à le réinventer.

⁶ Pour une comparaison, voir UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE (2020), “Section 512 of title 17, A Report of the Register of copyrights”, May, <https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf>

⁷ Voir BENSAMOUN A. (2017), « Le value gap : une adaptation du droit d’auteur au marché unique numérique », *Revue internationale du droit d’auteur*, n°254, pp. 5-11.

L'ARTICLE 17 APRÈS LA DIRECTIVE : CONTROVERSES ET AJUSTEMENTS

Une fois la directive adoptée, l'article 17 a donné lieu à des développements qui, pour être moins médiatisés, n'en sont pas moins intéressants⁸. D'abord – et ce n'est pas inutile à relever au regard des sombres pronostics que l'on avait pu entendre –, le fonctionnement des plateformes de partage telles que les pratiquent les centaines de millions de citoyens européens, n'a pas été, et ne semble pas devoir être substantiellement bouleversé. Après un bref moment d'exposition médiatique, le débat sur l'article 17 est redevenu un débat de spécialistes, qui s'est noué devant la Cour de justice à la faveur d'un recours en annulation de la directive, déposé par le gouvernement polonais au nom de la défense des libertés fondamentales⁹, mais également entre les États membres.

En France, le texte a été transposé au plus près de la rédaction retenue par le législateur européen, sur la base d'une étude d'impact approfondie et en partant d'une analyse du rôle actuel des outils de reconnaissance. Sur le sujet central posé par le filtrage des contenus au stade du téléversement, la principale conclusion de ces travaux est que le délicat équilibre à trouver en pratique entre les exigences de la liberté d'expression et du droit d'auteur est une affaire de réglage fin, où le risque de surblocage ne doit pas être surestimé tandis que le risque de dissémination massive non autorisée des contenus doit être pris en compte. La recherche de cet équilibre ne justifie donc pas dans la loi française une limitation généralisée et *a priori* de l'effectivité des outils d'ores et déjà en place comme ContentID. Car les flexibilités consenties par les ayants droit (qui peuvent adopter des règles souples de gestion de leurs droits, par exemple la tolérance de plusieurs minutes d'extrait partageable le plus souvent retenue par les producteurs de cinéma), combinées à la mise en place de mécanismes de recours efficaces après une mesure de blocage, sous le contrôle du régulateur, permettent d'atteindre un équilibre satisfaisant. Dans cette perspective, l'article 17, tel que transposé en France, invite à la définition de nouveaux équilibres entre usages numériques et prérogatives de titulaires de droits, mis en œuvre par les plateformes de manière plus transparente que par le passé et sous le contrôle d'un régulateur (l'Arcom, Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique), qui éclaire l'état de l'art et les bonnes pratiques.

Dans d'autres États membres de l'Union européenne, c'est un choix très différent qui a été retenu. Ainsi, la transposition préparée en Allemagne par le ministère de la Justice et de la Protection des consommateurs a cherché explicitement à limiter *a priori* l'efficacité des outils techniques de protection des droits au nom d'une préservation des pratiques légitimes de partage de contenus¹⁰. Le texte adopté mobilise deux méthodes pour faire échec au blocage automatisé des actes de partage : la possibilité donnée à l'internaute qui téléverse un contenu de signaler qu'il en estime le partage licite (*flagging*), et la définition de seuils quantitatifs (par exemple 20 secondes pour les contenus audiovisuels) en-deçà desquels aucun contenu n'est susceptible d'être bloqué de façon automatisée.

⁸ Voir MOCHON J.-Ph. & GOIN A. (2021), « Faut-il réécrire la directive droit d'auteur ? Du rôle des outils de reconnaissance des œuvres dans l'application de l'article 17 de la directive 2019/790. Sur le rapport CSPLA –CNC– HADOPI de janvier 2021 », *Revue internationale du droit d'auteur*, n°267, pp. 3-47. Voir aussi ROSATI E. (2021), "Five considerations for the transposition and application of Article 17 of the DSM Directive", IPKitten.blogspot.com, 16 février.

⁹ Cour de justice de l'Union européenne, 26 avril 2022, République de Pologne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, affaire C-401/19.

¹⁰ Voir LESISTNER M. (2020), "European copyright licensing and infringement liability under Art. 17 DSM-Directive compared to secondary liability of content platforms in the U.S. – Can we make the new European system a global opportunity instead of a local challenge?", *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ)*, Issue 2, pp. 123-214, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3572040

En adoptant en juin 2021 ses orientations sur l'application de l'article 17, la Commission européenne a pris position dans ce débat en insistant fortement sur une obligation cardinale de préservation des usages légitimes. Cette approche ne s'en tient pas à une lecture littérale de la directive, qui prévoit que les meilleurs efforts des plateformes doivent être réalisés pour mettre fin et prévenir les actes de partage non autorisé (et pas seulement ceux qui seraient manifestes). Elle choisit plutôt de donner une portée très forte à la garantie de la mise en œuvre des exceptions au droit d'auteur (citation et parodie notamment), en n'autorisant le blocage au téléversement que lorsque le contenu partagé est manifestement illicite. Reconnaisant implicitement le déplacement qu'elle opère par rapport à la directive, la Commission accepte, en contrepartie, un contrôle préventif du partage pour les « contenus susceptibles de causer un préjudice économique significatif », introduisant de fait encore une nouvelle notion délicate à apprécier, sans d'ailleurs que les conséquences à en tirer soient parfaitement claires.

Dans son arrêt rendu le 26 avril 2022, la Cour de justice rejette le recours formé par la Pologne contre la directive, en se fondant sur une approche comparable à celle de la Commission européenne, quoique moins détaillée dans ses modalités de mise en œuvre. Elle juge que, dans le cadre des services de partage de contenus en ligne, la protection des droits d'auteur doit nécessairement s'accompagner, dans une certaine mesure, d'une limitation de l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information des utilisateurs, ce qui justifie l'usage d'outils technologiques appropriés. Mais elle conclut aussi qu'un système de filtrage qui risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de telle sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite, serait incompatible avec le droit à la liberté d'expression et d'information, et ne respecterait pas le juste équilibre entre celui-ci et le droit de propriété intellectuelle.

Par quels paramètres concrets cet équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression s'établira-t-il ? La Commission européenne envisage des notions de contrefaçon manifeste (justifiant un filtrage préventif) ou de préjudice économique significatif (justifiant en toute hypothèse la protection des droits). La Cour de justice n'entre pas même dans ce détail, se bornant à relever que l'article 17 comporte les garanties nécessaires. Il reste cependant à déterminer comment de telles notions, si elles deviennent en pratique essentielles, devraient s'appliquer dans la pratique. Alors que l'application des exceptions au droit d'auteur, comme la citation et la parodie, a toujours été appréciée *a posteriori* et dans les circonstances de l'espèce, il semble que, dans l'application de l'article 17, la mise en œuvre de ces exceptions et la préservation en général de la possibilité d'actes licites de partage pourraient conduire de fait à ce qu'un certain seuil soit imposé, en dessous duquel l'ayant droit se voit privé de la possibilité pratique de s'opposer à un acte de partage non autorisé.

L'ARTICLE 17 COMME RÉVÉLATEUR DES MUTATIONS DE LA GOUVERNANCE ET DE LA PROPRIÉTÉ

Quels enseignements peut-on tirer, en ce qui concerne les mutations de la propriété et de la gouvernance dans l'univers numérique, de ces péripéties autour de l'article 17, aussi passionnantes par leurs enjeux que difficiles à décoder pour les non-initiés ?

La première leçon tient à la fabrique du droit : l'Union européenne apparaît en mesure de définir et de conduire une réforme de grande ampleur sur un sujet d'ampleur mondiale. À défaut d'avoir su faire naître sur son sol beaucoup de grands acteurs du numérique, elle ne renonce pas à réguler ces acteurs. Comme en matière de concurrence ou de protection des données, l'Europe peut être, dans le domaine du droit d'auteur, un régulateur des pratiques numériques.

Cette régulation reste cependant tributaire de délicats équilibres internes, dont la balance penche dans un sens ou dans l'autre au gré de la mobilisation des États membres ou des différents secteurs de la société civile. La Commission européenne, en articulation étroite avec la Cour de justice, veille à cet équilibre entre les acteurs et les sensibilités des États membres. Les orientations qu'elle a retenues en juin 2021 l'illustrent clairement, en apparaissant comme une forme de contrepartie à l'avancée que représente en lui-même l'article 17 pour la protection du droit d'auteur. De même, le contentieux ouvert par la Pologne devant la Cour de justice a influé sur l'équilibre retenu dans la mise en œuvre de la directive, l'ensemble des institutions de l'Union présentant dans son prétoire une lecture de la directive qui, si elle a été dans son principe confirmée par la Cour, n'était pas évidente au regard de la lettre du texte adopté. Utile rappel, pour qui sait décrypter ces enjeux, de la dimension intrinsèquement politique de toute initiative de régulation comme de tout exercice de conciliation entre les droits fondamentaux, et de la boussole ultime des institutions de l'Union : faire avancer l'Europe sur une ligne de crête entre des visions en réalité souvent antagoniques.

Tout aussi intéressante est la leçon que l'on peut tirer de ces péripéties quant aux mutations de la notion de propriété dans l'univers numérique. D'abord, la notion de propriété, et en l'espèce de droit d'auteur et de droits voisins, reste pleinement d'actualité, au point de retrouver son effectivité sur des plateformes de partage qui avaient cru pouvoir, dans une certaine mesure, en faire abstraction en s'abritant derrière le statut de l'hébergeur. Il y a là un rééquilibrage qui montre un changement d'époque, prolongé sur d'autres aspects par les travaux entrepris depuis lors sur le "Digital Services Act" et le "Digital Market Act".

Ensuite, la propriété change dans ses modalités de mise en œuvre. Fondé implicitement sur la mise en œuvre d'outils technologiques paramétrés par les plateformes en collaboration avec les titulaires de droits et sous le contrôle du régulateur, l'article 17 repose en réalité sur une logique décrite souvent sous le terme de *compliance*. Le droit d'auteur ne peut être réellement effectif sur les plateformes de partage que si ses exigences sont internalisées par les opérateurs en ligne et mises en œuvre par des outils technologiques. Ces outils existent et sont efficaces. Chacun devrait au moins reconnaître à l'article 17 le mérite de les rendre plus transparents et de provoquer le débat sur leurs caractéristiques et leurs modalités de fonctionnement.

Enfin, le débat sur l'article 17 rend apparente une profonde mutation dans la substance des droits dans l'univers numérique. Depuis l'arrêt de la Cour de justice rendu le 26 avril 2022, et même si la lettre de la directive pouvait largement prêter à débat, il apparaît que le droit d'auteur peut justifier le blocage et le filtrage d'actes de partage de contenus non autorisés, mais à condition que soient assurées les garanties contre le blocage d'actes licites. Concrètement, le seul fait de ne pouvoir exclure qu'une exception soit applicable semble devoir conduire à sanctuariser certains usages, par exemple, si une méthode quantitative était retenue (ce que la Cour de justice ne dit pas, mais n'exclut pas non plus), tous les actes de partage des contenus audiovisuels de moins de 20 secondes, même sans garantie qu'une exception soit effectivement applicable. Et ce, alors que la jurisprudence récente de la Cour de justice avait précisément souligné que l'approche quantitative ne suffisait pas à définir le champ de l'exception et qu'un extrait de musique pouvait y échapper dès lors qu'il était reconnaissable¹¹. La problématique de la conciliation entre liberté d'expression et droit de propriété intellectuelle dans la mise en œuvre de l'article 17 est à l'évidence délicate. Choisir d'y répondre en restreignant les conditions de mise en œuvre sur les plateformes de la protection préventive du droit d'auteur, c'est de fait prendre un chemin qui conduit à redéfinir la portée du droit.

¹¹ Cour de justice de l'Union européenne, 29 juillet 2019, Pelham GmbH e.a. contre Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben, affaire C-476/17.

La mise en œuvre de l'article 17 montre que la pression des usages propres à l'univers numérique affecte en réalité également de fait la substance des droits. Ainsi, l'approche retenue par les autorités françaises dans leur transposition, pour assurer l'équilibre entre liberté d'expression et droit d'auteur, qui repose sur une forme de responsabilisation attendue des ayants droit¹², et sur les larges flexibilités qu'ils consentent d'ores et déjà pour autoriser les actes de partage au-delà du champ des exceptions obligatoires, traduit la même recherche d'équilibre. C'est parce que les ayants droit acceptent de fait de ne pas faire usage de l'ensemble de leurs prérogatives que, dans l'univers numérique, à « l'âge de l'accès », le droit d'auteur peut reprendre son effectivité.

¹² Voir en ce sens : EL SAYEGH D. (2020), « L'article 17 de la directive 2019/790 : le regard d'un praticien », *Revue internationale du droit d'auteur*, n°267, avril, p. 126 et suivantes.