



LIÈGE
université

fnrs
LA LIBERTÉ DE CHERCHER

Nouveau droit d'auteur européen : obligation de filtrage des contenus par les plateformes

Journée de la propriété intellectuelle, Université de Genève, 5 février 2020

Julien Cabay

Chargé de recherches F.R.S-FNRS

Professeur ULB

Chargé de cours ULiège

jcabay@ulb.ac.be

- 
- A vertical bar on the left side of the slide, composed of several colored segments: green, red, black, purple, light green, blue, orange, and pink, ending in a grey segment at the bottom.
- 1) Présentation générale
 - 2) Option 1 : autorisation
 - 3) Option 2 : filtrage
 - 4) Principes d'interprétation par la CJUE
 - 5) Une obligation de filtrage limitée
 - 6) Conclusion

Présentation générale (I)

- Directive (UE) 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 (« Digital Single Market Directive ») [Dir. DSM]
- Objectif : adaptation du cadre juridique du droit d'auteur à l'évolution technologies, modèles économiques, acteurs (cf. consid. 3)
 - Spéc. directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [Dir. InfoSoc]
 - Not. directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur [Dir. e-commerce]

Présentation générale (II)

- Général : « Patchwork » de mesures diverses
- Spécifique : article 17, solution au « Value Gap »
 - = « ... the alleged mismatch between the value that online sharing platforms extract from creative content and the revenue returned to the copyright-holders » (Angelopoulos/Quintais 2019)
 - Cible : fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (« online content-sharing service providers » « OCSSP's »)



Présentation générale (III)

- Article 2(6) (définition OCSSP)

- = fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'**objectif principal** ou l'un des objectifs principaux est de **stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées** par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été **téléversés par ses utilisateurs**, qu'il **organise et promeut à des fins lucratives**.
- Sont exclus (non exhaustif) :
 - encyclopédies en ligne à but non lucratif
 - répertoires éducatifs et scientifiques à but non lucratif
 - plateformes de développement et de partage de logiciels libres
 - fournisseurs de services de communications électroniques au sens de la directive (UE) 2018/1972
 - places de marché en ligne
 - services en nuage entre entreprises et les services en nuage qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage

Présentation générale (IV)

- Article 17 (Utilisation de contenus protégés par des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne)

- **(1) téléversement par utilisateur = communication au public OCSSP (autorisation nécessaire)**
- (2) autorisation OCSSP valable pour acte OCSSP et utilisateur
- **(3) exclusion de l'exonération de responsabilité art. 14 Dir. e-commerce**
- **(4) obligations spécifiques pour exonération de responsabilité**
- (5) éléments pertinents pour analyse respect obligations spécifiques visées au (4)
- (6) limitation des obligations imposées aux nouveaux OCSSP's
- (7) garanties pour les utilisations licites (not. exceptions et limitations)
- (8) informations aux titulaires de droits, sans obligation générale de surveillance
- (9) dispositif de traitement des plaintes et de recours
- (10) dialogue entre parties intéressées

⇒ **Option 1 : autorisation**

⇒ **Option 2 : filtrage**

Option 1 : autorisation (I)

- Article 17(1) : autorisation nécessaire

« Les États membres prévoient qu'un **fournisseur de services de partage de contenus en ligne effectue un acte de communication au public** ou un acte de mise à la disposition du public aux fins de la présente directive lorsqu'il donne au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs.

Un fournisseur de services de partage de contenus en ligne doit dès lors obtenir une autorisation des titulaires de droits visés à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE, 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.»

Option 1 : autorisation (II)

- **Objectif affiché :** « (...) 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 (...) » (cf. consid. 61)
- **Objectif réel :** modifier les conditions de la négociation des « Second Level Agreements » [2ndLA]
 - « Second Level Agreements are preemptive licenses granted by copyright owners to platforms operators, with the purpose of ratifying the mass usage of copyrighted content by their users. Under such arrangements, copyright owners authorize the employment of particular works by platforms' users in retransmission for royalties, company stakes, or a share of advertising revenues. Many UGC networks, such as YouTube, Myspace, and Yahoo, have chosen this course to shelter themselves from secondary liability claims » (Aretz 2012)

Option 1 : autorisation (III)

- Conditions négociation 2ndLA avant Dir. DSM
 - Acte OCSSP = pas de communication au public (slmt utilisateurs)
 - Voy. toutefois évolution jurisprudence CJUE et critère de la « connaissance » (*Ziggo*, C-610/15 (2017))
 - Activité OCSSP = exonération de responsabilité des hébergeurs (art. 14 Dir. e-commerce)
 - Voy. toutefois évolution jurisprudence CJUE et critère de « neutralité » (*Google c. Louis Vuitton*, C-236/08 à C-238/08 (2010) ; *L'Oréal c. eBay*, C-324/09 (2011))

⇒ OCSSP > Titulaires de droit

- Pas d'obligation OCSSP d'obtenir autorisation
- Faible capacité titulaires de droit à obtenir une rémunération appropriée (cf. consid. 61)

Option 1 : autorisation (IV)

- Conditions négociation 2ndLA après Dir. DSM
 - Acte OCSSP = communication au public (17(1))
 - Activité OCSSP = pas d'exonération de responsabilité des hébergeurs (17(3)) et responsabilité spécifique (17(4))

⇒ Titulaires de droit > OCSSP

- Obligation OCSSP's d'obtenir une autorisation
 - 17(4)(a) : responsables “(...) à moins qu'ils ne démontrent que : a) ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation ; et (...)”
- Capacité titulaires de droit à obtenir une rémunération appropriée
 - Renforcée par le principe de rémunération appropriée et proportionnelle (art. 18 Dir. DSM)

Option 2 : filtrage (I)

- Article 17(4) : obligations spécifiques pour exonération de responsabilité

« **Si aucune autorisation n'est accordée**, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sont responsables des actes non autorisés de communication au public, y compris la mise à la disposition du public, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'autres objets protégés, à moins qu'ils ne démontrent que:

- a) ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation; et
- b) ils ont fourni leurs meilleurs efforts, conformément 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**; et en tout état de cause
- c) ils ont **agi promptement, dès réception d'une notification** suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, **pour bloquer l'accès** aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification **ou pour les retirer** de leurs sites internet, et ont fourni leurs **meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur**, conformément au point b). »

Option 2 : filtrage (II)

Obligation OCSSP	Condition	Destinataire	Nature
Garantir l'indisponibilité de contenus spécifiques (17(b))	Information pertinentes et nécessaires fournies par le titulaire	OCSSP si - > 3 ans; ET - chiffre d'affaires annuel > 10M	Moyen (meilleurs efforts)
Retirer ou bloquer l'accès promptement aux contenus spécifiques (17(c), 1 ^{er} cas)	Réception notification suffisamment motivée de la part du titulaire	OCSSP (tous)	Résultat
Garantir l'indisponibilité de contenus spécifiques (autres que ceux visés au 17(b)), après réception notification suffisamment motivée de la part du titulaire (17(c), 2 ^e cas)	Information pertinentes et nécessaires fournies par le titulaire (consid. 66)	OCSSP si - > 3 ans et chiffre d'affaires annuel > 10M ; OU - > 5M visiteurs uniques / mois	Moyen (meilleurs efforts)

Option 2 : filtrage (III)

- Article 17(5) : appréciation respect obligation
 - Prise en considération, entre autres, à la lumière du principe de proportionnalité :
 - (a) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que le type d'œuvres ou autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service
 - (b) la **disponibilité de moyens adaptés et efficaces** et leur coût pour les fournisseurs de services
 - « en tenant compte des **meilleures pratiques du secteur** et de l'**efficacité des mesures** prises à la lumière de tous les facteurs et évolutions pertinents, ainsi que du principe de proportionnalité. Plusieurs éléments devraient être pris en considération aux fins de cette évaluation, tels que la taille du service, **l'évolution de l'état de l'art en ce qui concerne les moyens existants, y compris leurs évolutions futures potentielles**, pour éviter la disponibilité des différents types de contenus et le coût de tels moyens pour les services » (consid. 66)

Option 2 : filtrage (IV)

• Obligation de filtrage ?

- Article 13 Proposition Directive (COM(2016) 593 final)
 - « (...) Ces mesures, telles que le recours à des techniques efficaces de reconnaissance des contenus, doivent être appropriées et proportionnées (...) » (cf. également consid. 39)
- Déclaration Allemagne (2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2)
 - « (...) 'obligation prévue à l'article 17 de la directive d'assurer un retrait ("stay down") définitif des contenus protégés, en particulier, soulève de graves préoccupations, compte tenu aussi du recours probable à des solutions algorithmiques ("upload filter") à ces fins (...) »
- Doctrine
 - Cf. par ex. Angelopoulos/Quintais, p. 148 : « Given the immense amounts of content that many platforms store, in practice this will involve the use of automatic content recognition technologies, otherwise known as 'upload filters' »
- Question préjudicielle Pologne (C-401/19)
 - « La République de Pologne affirme en particulier que l'obligation faite aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (...) a pour conséquence – afin d'éviter la mise en cause de leur responsabilité – que les fournisseurs de services doivent procéder à une vérification automatique préalable (filtrage) des contenus partagés en ligne par les utilisateurs (...) »

Option 2 : filtrage (V)

• Obligation générale de surveillance ?

- Cf. art. 15 Dir. e-commerce
 - « Les Etats membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites »
- Cf. CJUE, *Netlog*, C-360/10 (2012)
 - « (...) l'injonction faite au prestataire de services d'hébergement de mettre en place le système de filtrage litigieux l'obligerait à procéder à une surveillance active de la quasi-totalité des données concernant l'ensemble des utilisateurs de ses services, afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle. Il s'ensuit que ladite injonction imposerait au prestataire de services d'hébergement une surveillance générale qui est interdite par l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31 » (point 38)
- **Article 17(8) : « L'application du présent article ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance »**

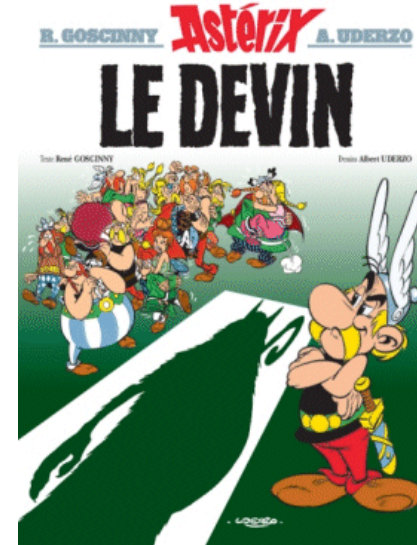


Ceci n'est pas une pipe.



Principes d'interprétation par la CJUE (I)

- Méthode historique et recours aux travaux préparatoires ?
⇒ Pas privilégiée par CJUE
- **Méthode littérale, systématique et téléologique ?**
⇒ **Privilégiée par CJUE**



Principes d'interprétation par la CJUE (II)

- Analyse des droits fondamentaux (méthode systématique)
 - Application Charte des droits fondamentaux de l'UE [CDFUE]
 - Cf. CJUE, *Fransson*, C-617/10 (2013) : « (...) il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte » (point 21)
 - Recherche du juste équilibre, but de la Dir. InfoSoc
 - Cf. CJUE, *Promusicae*, C-275/06 (2008)
 - « (...) conciliation nécessaire des exigences liées à la protection des différents droits fondamentaux (...) juste équilibre (...) » (points 65-66)
 - CJUE, *GS Media*, C-160/15 (2016) : « (...) l'harmonisation effectuée par [la Dir. InfoSoc] vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre (...) »
 - Pas seulement analyse au regard art. 15 Dir. e-commerce
 - Cf. CJUE, *Netlog*, C-360/10 (2012) : « Aux fins d'apprécier la conformité de cette injonction au droit de l'Union, il convient en outre de tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables (...) » (point 39)

Principes d'interprétation par la CJUE (III)

- L'article 17 Dir. DSM : un cas d'école

Charte des droits fondamentaux UE [CDFUE]	Article 17 Dir. DSM
Protection données à caractère perso (8)	- Pas d'obligation générale de surveillance (8) ; - Pas d'identification d'utilisateurs individuels/traitement données perso, sauf conforme RGPD e.a. (9)
Liberté d'expression et d'information (11) Liberté des arts (13)	- Autorisation OCSSP valable pour acte OCSSP et utilisateur (2) - Mesure ne doit pas empêcher utilisations licites (7)
Liberté d'entreprise (16)	- Prise en compte, spécificités service et disponibilité/coûts mesures (5) - Prise en compte position sur le marché OCSSP (6)
Propriété intellectuelle (17(2))	Extension droit de communication au public (1)
Droit à un recours effectif (47)	Dispositif de traitement des plaintes et de recours (9)
Proportionnalité (52(1))	Examen des obligations OCSSP (5)

Une obligation de filtrage limitée (I)

- Principe filtrage compatible avec droits fondamentaux ?
 - Argument Pologne (C-401/19) : filtrage = mécanisme préventif qui « met en cause l'essence même même du droit à la liberté d'expression et à l'information et ne respectent pas l'exigence de proportionnalité et de nécessité de toute atteinte à ce droit »
 - Comp. CJUE, *Facebook*, C-18/18 (2019)
 - « Dans ces conditions, afin de pouvoir obtenir de l'hébergeur en cause qu'il prévienne toute nouvelle atteinte aux intérêts concernés, il est **légitime** que la juridiction compétente puisse **exiger de cet hébergeur qu'il bloque l'accès aux informations stockées, dont le contenu est identique à celui déclaré illicite antérieurement, ou qu'il retire ces informations**, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de celles-ci. Or, eu égard, en particulier, à cette identité de contenu des informations concernées, l'injonction délivrée à cet effet **ne saurait être considérée comme instituant à la charge de l'hébergeur une obligation de surveiller, de manière générale, les informations qu'il stocke, ni une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites**, au sens de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31 » (point 31)

Une obligation de filtrage limitée (II)

- Modalités filtrage compatible avec droits fondamentaux ?

	Rôle crucial OCSSP pour la protection du droit d'auteur (17(2) CDFUE)	Rôle crucial OCSSP pour la protection d'autres intérêts (8, 11, 13 CDFUE)	Intérêts propres OCSSP (16 CDFUE)
Avant Dir. DSM	Cf. consid. 59 Dir. InfoSoc : « Les services d'intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits. Dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes (...) »	Cf. consid. 41 Dir. e-commerce : « La présente directive instaure un équilibre entre les différents intérêts en jeu (...) »	Idem
Après Dir. DSM	Services OCSSP en tant que tels peuvent porter atteinte aux droits	Responsabilité accrue	Responsabilité accrue

⇒ **Modification (juste) équilibre**

Une obligation de filtrage limitée (III)

- **Thèse JC : Droit de communication au public (17(1)) limité aux contenus « identiques » (ou « équivalents »), à l'exclusion des contenus « similaires »**
 - « identique » = reproduction littérale (tout)
 - Comp. CJUE, *Facebook*, C-18/18 (2019)
 - « contenu est identique à celui déclaré illicite antérieurement » (point 37)
 - « équivalent » = reproduction littérale (partie)
 - Comp. CJUE, *Facebook*, C-18/18 (2019)
 - « contenu, tout en véhiculant en substance le même message, est formulé de manière légèrement différente, en raison des mots employés ou de leur combinaison, par rapport à l'information dont le contenu a été déclaré illicite » (point 41)
 - « Des différences dans la formulation de ce contenu équivalent, par rapport au contenu déclaré illicite, ne doivent pas, en tout état de cause, être de nature à contraindre l'hébergeur concerné à procéder à une appréciation autonome dudit contenu » (point 45)
 - « similaire » = reproduction non littérale
 - Cf. absence harmonisation adaptation/traduction Dir. Infosoc.
 - Cf. absence harmonisation similitudes contrefaçon (Cabay 2016)

Une obligation de filtrage limitée (IV)

- Interprétation littérale
 - Art. 17(4)(b) : « (...) garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés **spécifiques** (...) » (cf. également consid. 66)
- Interprétation systématique
 - Art. 17(7) : « (...) **pas à empêcher** la mise à disposition d'œuvres ou d'autres **objets** protégés téléversés par des utilisateurs qui ne portent **pas atteinte au droit d'auteur** et aux droits voisins, y compris lorsque ces œuvres ou autres objets protégés sont couverts par une exception ou une limitation (...) » (cf. également consid. 70)
- Interprétation téléologique
 - Consid. 61 : « (...) capacité à obtenir une **rémunération appropriée en contrepartie d'une telle utilisation** (...) » (comp. Consid. 21 et 2 » Dir. InfoSoc : « interprétation large »)
- (Comp. interprétation « droit *sui generis* », Husovec/Quintais 2019)

Une obligation de filtrage limitée (V)

- Droits fondamentaux (principe)
 - Importance particulière Internet pour libertés
 - Cf. CJUE, *GS Media*, C-160/15 (2016) (point 45)
 - PI pas intangible et protection pas absolue
 - Cf. CJUE, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12 (2014) (points 60-61) (mise en œuvre)
 - Cf. CJUE, *Pelham*, C-476/17 (2019) (points 33-39) (étendue de la protection)
 - PI peut être limitée dans définition pour préserver libertés
 - Cf. CJUE, *GS Media*, C-160/15 (2016) (points 44-49) (communication au public ; expression)
 - Cf. CJUE, *Pelham*, C-476/17 (2019) (points 33-39) (reproduction ; arts)
 - Exceptions comportent droits des utilisateurs
 - Cf. CJUE, *Spiegel Online*, C-516/17 (2019) (point 54)
 - Cf. CJUE, *Funke Medien*, C-469/17 (2019) (point 70)

Une obligation de filtrage limitée (VI)

- Droits fondamentaux (modalités)
 - Approche « by design »
 - Protection données personnelles (cf. art. 25 RGPD)
 - Libertés expression/arts (cf. Quintais e.a. 2019 ; Lambrecht 2020)
 - Garanties procédurales
 - Cf. Cabay/Lambrecht 2019
 - En cas de doute/contestation, pas de blocage
 - Car OCSSP ne peut procéder à une « appréciation autonome » pour identifier si protection/contrefaçon/exception (comp. CJUE, *Facebook*, C-18/18 (2019) (point 45))
 - Car utilisateur doit pouvoir contester existence/contrefaçon/exception (comp. CJUE, *Huawei*, C-170/13 (2015) (point 69))

Une obligation de filtrage limitée (VII)

- L'absence de blocage et le « juste équilibre »
 - PI auteur 1 vs. Liberté expression/arts utilisateur (évent. PI auteur 2)
 - Conciliation nécessaire et recherche « juste équilibre » (cf. CJUE, *Promusicae*, C-275/06 (2008))
 - PI auteur 1 préservée car possibilité d'action judiciaire contre utilisateur
 - Car 1 acte de communication au public mais 2 débiteurs (OCSSP et utilisateur)
 - = pas de privation droit d'exploitation (comp. CJUE, *Luksan*, C-277/10 (2012) (points 68-70))
 - = protection effective du droit d'auteur (comp. CJUE, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12 (2014) (point 62))
 - Car interprétation téléologique art. 17 (*supra*)
 - Sauvegarde rémunération, plutôt que assurer cessation
 - Garanties possibles pour préserver rémunération auteur 1 au titre PI dans l'attente décision judiciaire
 - Car possibilité de constituer une sûreté appropriée (comp. CJUE, *Huawei*, C-170/13 (2015) (point 67))
 - Par ex. : gel par OCSSP de tous revenus tirés de la communication au public

Conclusion

- « Ceci n'est pas une obligation générale de filtrage »
- Privilégier l'interprétation la plus plausible CJUE
- Prisme des droits fondamentaux
- Impact sur les technologies employées et leur mise en œuvre



Merci pour votre attention !

jcabay@ulb.ac.be

Sources

- C. Angelopoulos, J. P. Quintais, « Fixing Copyright Reform – A Better Solution to Online Infringement », *10 Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 147 (2019)
- J. Cabay, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2016
- J. Cabay, M. Lambrecht, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : la Cour de justice à la recherche d'un 'juste équilibre' en droit d'auteur », in J. Cabay, A. Strowel (éds.), *Les droits intellectuels, entre autres droits – Intersections, interactions et interrogations*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 181-242
- M. Husovec, J. P. Quintais, « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New ER Rules on Content-Sharing Platforms », 1^{er} octobre 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463011
- M. Lambrecht « Free Speech by Design for the Copyright DSM Directive », 31 janvier 2020 (à paraître)
- Y. Lev Aretz, « Second Level Agreements », *45 Akron Law Review* 137 (2012)
- J. Quintais, G. Frosio, S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, M. Husovec, B. J. Jütte, M. Senftleben, "Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics", 21 novembre 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484968