

Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du « juste équilibre »

(à paraître in J. DE WERRA, Y. BENHAMOU (éds.), *Propriété intellectuelle à l'ère du big data et de la blockchain*, Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 5 février 2020 à l'Université de Genève, 72 p.)

par

Julien CABAY¹

Chargé de recherches du Fonds National de la Recherche Scientifique (F.R.S.-FNRS)
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB – JurisLab)
Chargé de cours à l'Université de Liège (ULiège – LCII)

I. Introduction : un balcon bruxellois, avec vue sur Luxembourg	3
II. Première partie : L'article 17 dans son contexte	10
A. Présentation générale de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique	10
B. L'article 17, le « Value Gap » et les « Second Level Agreements »	13
1. La situation avant l'adoption de l'article 17 : le « Value Gap » et le déséquilibre des « Second Level Agreements »	13
2. La situation après l'adoption de l'article 17 : un acte de communication au public et une responsabilité spécifique, pour un rééquilibrage des « Second Level Agreements »	15
C. La recherche d'un équilibre par le législateur de l'Union européenne	17
III. Deuxième partie : lecture prospective de l'article 17 à la lumière du critère du « juste équilibre »	21
A. Prolégomènes : les méthodes d'interprétation du droit de l'Union européenne par la CJUE, spécialement en droit d'auteur	21
B. Un droit de communication au public limité	26
1. Interprétation littérale et contextuelle	26
2. Interprétation téléologique : appréciation individualisée du droit de communication au public	27
3. Limitation du droit de communication au public dans le cadre des droits fondamentaux	31
a) Principe d'une limitation	31
b) Limites d'une limitation	34
C. Une obligation de filtrage limitée	38

¹ Je tiens à remercier mes collègues du JurisLab (ULB) Frederic Blockx, Maxime Lambrecht, Andrée Puttemans et Jean-Ferdinand Puyraimond pour leurs observations sur une première version de ce texte.

1. Dans son principe	40
a) L'arrêt <i>Glawischnig-Piesczek</i> et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 15 de la directive 2000/31/CE.....	41
b) Les arrêts <i>Scarlet</i> , <i>Netlog</i> et <i>UPC Telekabel</i> et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE	44
c) Les arrêts <i>Scarlet</i> , <i>Netlog</i> et <i>UPC Telekabel</i> et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE	46
2. Dans ses modalités.....	48
a) Typologie des contenus	48
b) Une obligation de filtrage limitée aux contenus « identiques » et « équivalents », susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre »	50
(1) Du point de vue de l'article 16 de la Charte	50
(2) Du point de vue de l'article 17, paragraphe 2 de la Charte	51
(3) Du point de vue de l'article 11 de la Charte	52
c) Une obligation de filtrage des contenus « similaires » en principe contraire aux exigences du « juste équilibre », sous certaines réserves	53
(1) Du point de l'article 16 de la Charte.....	53
(2) Du point de vue des articles 11 et 13 de la Charte.....	56
(3) Du point de vue de l'article 17, paragraphe 2 de la Charte	60
(a) S'agissant des « contenus similaires » qui doivent faire l'objet d'une « appréciation autonome ».....	61
(b) S'agissant des « contenus similaires » qui ne doivent pas faire l'objet d'une « appréciation autonome ».....	62
(i) Contenus similaires commerciaux.....	62
(ii) Contenus similaires non-commerciaux.....	66
IV. Conclusion : « (...) <i>Et dans ce ciel – pense peut-être l'officier – brille un soleil qui illumine en même temps ces lavabos blafards et de lointaines prairies (...)</i> »	68

« (...) L'officier s'arrête, levant les yeux vers l'une des fenêtres haut placées. Les vitres sont fermées, il y a probablement des années qu'on ne les a pas lavées et des toiles d'araignée pendent dans les coins. Il n'y a rien là qui puisse, d'une façon ou d'une autre, réconforter l'âme. Pourtant, derrière ces vitres, on parvient à apercevoir quelque chose qui ressemble à un ciel. Et dans ce ciel – pense peut-être l'officier – brille un soleil qui illumine en même temps ces lavabos blafards et de lointaines prairies. (...) »

Dino BUZZATI, *Le Désert des Tartares*, Paris, Robert Laffont, 2016 (éd. originale Mondadori, 1945), p. 167

(en souvenir du confinement)

* *
*

I. Introduction : un balcon bruxellois, avec vue sur Luxembourg

1. Il y a vingt ans de cela, les tenants de conceptions opposées de l'originalité ont cru pouvoir laisser la condition *sine qua non* du droit d'auteur hors du champ 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'information². Les travaux préparatoires faisaient même état de cette volonté expresse de délaissier la question³, probablement motivée en partie par la fatigue de la Commission et/ou des Etats membres qui avaient dû batailler sur une formule de compromis lors de l'adoption de la première directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (formule dans laquelle, soit dit en passant, chacun voyait une confirmation de sa conception nationale traditionnelle)⁴.

C'était sans compter sur la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), à qui il revient, aux termes de l'article 267, alinéa 1^{er}, sous b), du Traité sur le fonctionnement de l'Union

² Sur l'harmonisation de la condition d'originalité en droit de l'Union européenne, voy. de manière générale notre thèse de doctorat, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, Université libre de Bruxelles, 2016, spéc. p. 136 et s. Voy. également E. ROSATI, *Originality in EU Copyright – Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2013.

³ Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC(2004) 995, 19 juillet 2004, p. 14 : « (...) there are no indications that the lack of harmonisation of the concept of originality would have caused any problems for the functioning of the Internal Market with respect to other categories of works, such as compositions, films or books. Therefore, legislative action does not appear necessary at this stage ».

⁴ Voy. T.-E. SYNODINOU, « The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law », in T.-E. SYNODINOU, *Codification of European Copyright Law – Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, pp. 97-98.

européenne (TFUE), de « (...) statuer, à titre préjudiciel (...) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (...) ».

Ainsi à la première occasion venue, elle n'a pas manqué de considérer qu'en dépit de son silence éloquent, la directive 2001/29/CE ne pouvait faire l'économie d'une harmonisation de la condition d'originalité, laquelle devrait logiquement s'entendre de la même façon que dans la directive 91/250/CEE⁵ – notamment⁶ –, et donc comme la « création intellectuelle propre à son auteur »⁷. Et de préciser peu après que cette formule européenne de l'originalité devrait s'entendre au sens de l'approche « personnaliste »⁸, rejetant ce faisant l'approche anglo-saxonne du « skill and labour »⁹. Pour en déduire encore un peu plus tard que les renvois exprès à la compétence nationale, pour ce qui concerne la matière de dessins et modèles et la règle du cumul de protection¹⁰, devraient désormais céder devant l'interprétation de la CJUE intervenue depuis lors¹¹. Tout cela au départ d'une interprétation systématique, tout à fait classique en droit de l'Union européenne¹², elle-même fondée sur la prémisse suivant laquelle

« (...) le législateur de l'Union a harmonisé le droit d'auteur et les droits voisins en ayant adopté plusieurs directives, qui forment toutefois un 'cadre juridique harmonisé'. Il incombe à la Cour de justice d'interpréter ces directives de façon cohérente »¹³.

C'est ainsi que, commentant alors sa propre jurisprudence, s'exprimait l'actuel Président de la CJUE Koen LENAERTS, rejoignant des propos similaires de l'autre grand architecte de l'harmonisation prétorienne du droit d'auteur¹⁴, le juge Jiri MALENOVSKY¹⁵.

⁵ Voy. l'article 1^{er}, paragraphe 3.

⁶ Voy. l'article 6 de la directive 93/98/CE (aujourd'hui 2006/116/CE) relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (à propos des photographies) ; l'article 3, paragraphe 1^{er} de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données.

⁷ C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 33-37.

⁸ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard Verlags GmbH e.a.*, C-145/10, point 92.

⁹ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco e.a. c. Yahoo! UK e.a.*, C-604/10, point 42.

¹⁰ Voy. l'article 17 de la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles ; l'article 96, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires.

¹¹ C'est en tout cas la lecture que nous pensons pouvoir fournir de C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel c. G-Star Raw*, C-683/17, point 48.

¹² Sur l'interprétation « systématique » ou « contextuelle », voy. K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 27 et s., n° 34 et s.

¹³ K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL, M. LAMBRECHT (éds.), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 243-244.

¹⁴ Voy. à ce propos M. FAVALE, M. KRESTCHMER, P. C. TORREMANIS, « Is there an EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice », *Modern Law Review*, 2016, vol. 79, no. 1, p. 31 et s.

¹⁵ Voy. spéc. J. MALENOVSKY, « La contribution de la Cour de justice à l'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union européenne », *ERA Forum*, 2012, p. 420 : « il convient d'aborder le *besoin de cohérence* de la législation de l'Union en matière de droit d'auteur. En effet, la Cour doit effectuer un travail d'interprétation dans un paysage complexe comportant plusieurs directives. Celles-ci ont été adoptées à des moments historiques différents, elles visent des objets différents mais poursuivent des objectifs similaires et comprennent des notions identiques. Faut-il, dans ces conditions, chercher à développer une cohérence fonctionnelle qui conçoit les différentes directives comme des entités plutôt autonomes l'une par rapport à l'autres, ou, plutôt une cohérence notionnelle qui envisage l'ensemble de ces directives comme un tout intégré ? La Cour privilégie, à cet égard, l'approche notionnelle, quitte à être critiquée par une partie de la doctrine (...) ».

2. Cette jurisprudence est venue alimenter la critique traditionnellement adressée à la CJUE suivant laquelle elle ferait preuve d'« activisme judiciaire »¹⁶. Elle s'en défend toutefois, soulignant qu'

« en interprétant le droit de l'Union, la Cour vise à maintenir la juste balance entre une protection juridictionnelle effective, d'une part, et le respect des principes d'équilibre institutionnel et de coopération loyale, d'autre part. Les différentes méthodes d'interprétation mises en œuvre par la Cour sont donc des outils qui permettent à celle-ci d'atteindre cet objectif »¹⁷.

On lui aussi reproché son inconstance dans l'interprétation du droit d'auteur¹⁸. Elle s'en défend tout autant, insistant sur le fait que

« ces méthodes d'interprétation forment une grille d'analyse qui permet à la Cour de combler une lacune normative ou d'éclairer le sens d'une disposition du droit de l'Union sans tomber dans l'arbitraire. En assurant que les arrêts de la Cour soient dotés d'un raisonnement clair, logique, transparent et convaincant, lesdites méthodes servent ainsi à limiter le pouvoir discrétionnaire du juge et, partant, à améliorer la qualité de la justice au bénéfice du justiciable »¹⁹.

3. Cela fait quelques temps maintenant que, depuis notre balcon bruxellois, nous observons la Cour de Luxembourg s'affairer dans le domaine du droit d'auteur. Et il faut bien l'admettre, il ne nous est pas toujours évident d'endosser les mots de son Président pour ce qui est de la clarté et la transparence de sa jurisprudence²⁰. Par contre, nous pensons possible de dégager de celle-ci une certaine logique, qui peut emporter notre conviction²¹. Cette logique, à notre avis, procède du postulat, au fondement de la méthode d'interprétation systématique, suivant lequel le législateur est rationnel²². Au titre de ce postulat, la CJUE estime que ce législateur rationnel aura nécessairement tenu dûment compte de la hiérarchie des normes²³.

S'en dégage ainsi une logique consistant, pour la CJUE, à interpréter le droit d'auteur au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a « la même valeur juridique que les traités »²⁴. Et puisque le droit d'auteur, qui bénéficie de la protection de l'article 17,

¹⁶ Voy. not. V.-L. BENABOU, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *Propriétés Intellectuelles*, 2012/43, p. 140 et s., spéc. pp. 148-153 ; E. DERCLAYE, « The Court of Justice copyright case law: quo vadis ? », *European Intellectual Property Review*, 2014, pp. 721-722.

¹⁷ K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 8, n° 4.

¹⁸ Voy. not. V.-L. BENABOU, *op. cit.* (note 16), p. 140 et s., spéc. pp. 148-153 ; E. DERCLAYE, *op. cit.* (note 16), pp. 721-722.

¹⁹ K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 9, n° 5.

²⁰ Voy. not. à cet égard notre commentaire critique à propos de la rédaction de l'arrêt *Levola*, J. CABAY, F. GOTZEN, « Une saveur n'est pas une œuvre : "Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute" », commentaires sous C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, *Revue de droit commercial belge*, 2019, pp. 793-811.

²¹ Voy. à cet égard notre analyse de la jurisprudence en matière d'hyperliens à la lumière d'un principe d'interprétation téléologique tiré de l'objectif de construction du marché unique numérique, J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique : voyage intertextuel au pays des hyperliens », in N. BERTHOLD (sous la coord. de), *Droit de la propriété intellectuelle – Actualité législative et jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 51-82.

²² K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 27, n° 35.

²³ *Ibid.*, p. 38, n° 44.

²⁴ Article 6, paragraphe 1er, alinéa 1^{er} du Traité sur l'Union européenne (TUE).

paragraphe 2 de la Charte²⁵, est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres droits fondamentaux pareillement protégés par la Charte, c'est à travers le paradigme du « juste équilibre » entre droits fondamentaux que la CJUE procédera systématiquement à l'analyse²⁶.

4. Suivant les mots du Président de la CJUE,

« [L]a Charte est un instrument puissant qui garantit que l'Union demeure attachée aux valeurs sur lesquelles elle est fondée. Elle apporte une légitimité à l'intégration européenne en exprimant clairement que l'objectif de la création d'une "Union sans cesse plus étroite" doit se faire dans le respect de la démocratie, de l'État de droit et des droits fondamentaux. Que ce soit à l'échelle européenne ou nationale lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, la Charte impose des limites à ce que peut faire la majorité politique du moment. La Charte s'oppose à une définition de la "démocratie" au sein de l'Union qui conduirait à subir la tyrannie de la majorité. Au contraire, le respect de la démocratie au sein de l'Union implique, entre autres, la protection d'une sphère de liberté individuelle qui doit rester libre de toute ingérence publique »²⁷.

Pour le sujet qui nous occupe dans la présente contribution, le débat démocratique s'est noué dans des conditions bien éloignées de l'idéal que l'on s'en fait²⁸, légitimant d'autant plus un contrôle de la CJUE sur le fondement de la Charte. Car s'il revient à la Commission européenne, en tant que « gardienne des traités », de veiller à ce que les États membres respectent les droits fondamentaux²⁹, c'est bien à la CJUE que revient le rôle crucial de veiller en amont à ce que les institutions de l'Union fassent de même, « le respect de ces droits constituant une condition de légalité des actes de l'Union (...) »³⁰.

5. Acquis à l'idée que cette logique systématique que l'on croit percevoir, combinée à l'attachement de la CJUE pour ses précédents³¹, permet d'anticiper quelque peu sur le développement de sa jurisprudence, c'est donc avec une certaine distance que, depuis notre balcon bruxellois, nous observons les atermoiements des parties intéressées du « droit d'auteur dans le marché unique numérique ». N'ayant pu s'entendre pleinement sur la solution idéale pour combler le fameux « value gap »³², les voilà qui « dialoguent »³³ désormais sous les auspices de la Commission européenne, sans plus parvenir à s'accorder sur la portée qu'il

²⁵ Article 17, paragraphe 2, de la Charte : « La propriété intellectuelle est protégée ».

²⁶ Voy. notre analyse, 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 (coord.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : intersections, interactions et interrogations*, Bruxelles, Larcier, coll. UB3, 2019, pp. 181-242.

²⁷ K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 167, n° 244.

²⁸ Voy. spéc. A. BRIDY, « The Price of Closing the "Value Gap": How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform » (à paraître in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*), version dernièrement révisée le 2 février 2020, 36 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3412249 (dernière consultation : 09/04/2020).

²⁹ En vertu de l'article 258 du TFUE. Voy. en ce sens N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 802 et s.

³⁰ C.J.U.E., avis 2/13 du 18 décembre 2014, point 169.

³¹ Voy. K. LENAERTS, « How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy », *Fordham International Law Journal*, 2013, vol. 36, no. 5, p. 1303, faisant siennes les observations de Sir Konrad Schieman (anciennement Lord Justice of Appeal et juge à la CJCE) : « (...) regarding the use of precedence (...), whilst both English courts and the ECJ have very often recourse to previous case-law, with a view to reinforcing their determinations, only the latter relies on 'the precise wording of a particular phrase in past judgments' (...) ».

³² Voy. la définition *infra*, note 65.

³³ Voy. l'article 17, paragraphe 10, de la directive (UE) 2019/790.

convient de donner à l'article 17 de la nouvelle directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE³⁴.

Atermoiements, disions-nous, car si l'on comprend que chaque partie en aille de sa propre interprétation de cette disposition complexe, il nous paraît qu'à force de préférer celle-ci à celle qui se dessinerait d'une lecture prospective à la lumière de la jurisprudence de la CJUE, lesdites parties intéressées s'égarer dans autant de mirages, s'illusionnant devant une *fata morgana* qui cache mal l'implacable *fatum* : d'une manière ou d'une autre, comme pour la condition d'originalité il y a 10 ans de cela, la CJUE s'emparera de la question et son interprétation s'imposera à tous.

6. L'on aura tôt fait de s'en émouvoir et d'y voir une nouvelle illustration du « gouvernement des juges ». Ce sont effet les protagonistes de ce débat vicié³⁵ qui, à travers leurs jeux de palais, ont *de facto* accepté de s'en remettre entièrement à la CJUE.

Son Président est pourtant clair :

« il existe une étroite relation entre le principe de sécurité juridique, d'une part, et la méthode d'interprétation littérale, d'autre part, en vertu de laquelle la Cour ne saurait aller à l'encontre du libellé clair et précis d'une disposition du droit de l'Union. Autrement dit, la Cour se rallie à l'adage "*interpretatio cessat in claris*" »³⁶.

Or, la méthode d'interprétation littérale ne sera ici d'aucun secours puisque tout le monde s'accorde sur fait que l'article 17 renferme une obligation de mettre en place, afin de protéger de droit d'auteur sur les plateformes de partage en ligne, des mesures de filtrage algorithmique³⁷. Pourtant, on aura beau lire et relire le texte de la disposition, celle-ci n'en souffle mot... On s'en étonne à peine puisque pareilles mesures de filtrage comportent divers

³⁴ J.O.U.E. du 17 mai 2019, L 130/92.

³⁵ Voy. à propos de la désinformation qui a altéré le débat autour de l'obligation de filtrage contenue à l'article 17, M. LAMBRECHT, « La directive européenne sur le droit d'auteur impose-t-elle le filtrage des contenus ? », <https://theconversation.com/la-directive-europeenne-sur-le-droit-dauteur-impose-t-elle-le-filtrage-des-contenus-117035> (dernière consultation : 20/05/2020).

³⁶ K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 165, n° 239.

³⁷ Cette lecture, largement opérée par la doctrine citée *infra* (note 43), rejoint en réalité la proposition originale de la Commission européenne qui faisait référence, en son article 13, paragraphe 1^{er}, au « recours à des techniques efficaces de reconnaissance de contenus (...) » (voy. également le considérant 39, voy. la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché numérique, COM(2016) 593 final, 14 septembre 2016).

Cette lecture est par ailleurs opérée, s'agissant du texte finalement adopté, par plusieurs Etats membres, voy. spéc. la Déclaration de l'Allemagne sur le Projet de Directive du Parlement européen et du Conseil 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 (première lecture), 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, 15 avril 2019 : « (...) l'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") (...) ». Voy. également la position de la Pologne sur laquelle nous reviendrons, *infra*, n° 53.

risques³⁸, spécialement en termes de droits fondamentaux³⁹, et ont pour cette raison mauvaise presse. Et pour la sécurité juridique, on repassera...

Aussi, face à un tel manque de clarté et au vu de l'enjeu, comment seulement pourrait-on s'émouvoir de ce que la CJUE, qui a pour rôle « d'assurer[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »⁴⁰, vienne palier aux insuffisances du législateur irrationnel qui a accouché de ce texte ?

7. Quoiqu'il en soit, le débat autour de l'adoption de cet article 17 a pris une telle tournure que l'on a, sans attendre, sollicité la CJUE pour qu'elle assure son rôle de « gardienne de la Charte ». En effet, à peine une semaine après la publication de la directive (UE) 2019/790 au *Journal officiel de l'Union européenne*, la République de Pologne a introduit devant la CJUE un recours en annulation de l'article 17, paragraphe 4, sous b) et sous c), *in fine*, précisément sur le fondement de la Charte⁴¹.

8. Dans ce contexte, une lecture prospective de cette disposition, à la lumière de la jurisprudence de la CJUE relative au « juste équilibre » entre les droits fondamentaux, prend tout son sens. Elle vient d'ailleurs combler un autre « gap »⁴². Car si ce fameux « article 17 » fait l'objet d'une littérature abondante⁴³, on n'y trouve pas, à notre connaissance, d'analyse à la lumière du critère

³⁸ Voy. spéc. la littérature relative au système de Content ID mis en place par YouTube, dès avant l'adoption de la directive (UE) 2019/790 : S. BAR-ZIV, N. ELKIN-KOREN, « Behind the Scenes of Online Copyright Enforcement: Empirical Evidence on Notice & Takedown », *Connecticut Law Review*, 2018, vol. 50, no. 2, pp. 339-386 ; K. ERICKSON, M. KRETSCHMER, « “This Video is Unavailable” – Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, pp. 75-89 ; T. LESTER, D. PACHAMANOVA, « The Dilemma of False Positives: Making Content ID Algorithms More Conducive to Fostering Innovative Fair Use in Music Creation », *UCLA Entertainment Law Review*, 2017, vol. 24, no. 1, pp. 51-74 ; L. SALOMON, « Fair Users or Content Abusers? The Automatic Flagging of Non-Infringing Videos by Content ID on Youtube », *Hofstra Law Review*, 2015, vol. 44, no. 1, pp. 237-268.

³⁹ Voy. dans la littérature citée *infra* (note 43) les contributions qui se concentrent sur la mise en balance des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 17, spéc. celles de M. LAMBRECHT ; A. KUCZERAWY ; J. P. QUINTAIS, *e.a.* ; F. ROMERO ROMANO ; S. SCHWEMER, J. SCHOVSBO.

⁴⁰ Article 19, paragraphe 1er, alinéa 1^{er} du TUE.

⁴¹ Recours introduit le 24 mai 2019, *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-401/19, *J.O.U.E.* du 12 août 2019, C 270/21.

⁴² A propos de l'état de l'art et des « gaps in the body of knowledge », voy. M. SNEL, J. DE MORAES, *Doing a systematic literature review in legal scholarship*, The Hague, Eleven international publishing, 2018, p. 80.

⁴³ Pour une bibliographie sélective de contributions consacrées principalement à l'article 17 (ou à l'article 13 de la proposition de directive), voy. :

- ANGELOPOULOUS, C., QUINTAIS, J. P., « Fixing Copyright Reform – A Better Solution to Online Infringement », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2019, pp. 147-172
- ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE (ALAI), « Projet d'avis concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique », 30 mars 2020, 5 p., disponible sur le site de l'ALAI : https://www.alai.org/assets/files/resolutions/200330-opinion-article-17-directive-2019_790-fr.pdf (dernière consultation : 27/05/2020)
- BRIDY, A., « The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform » (à paraître in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*), version dernièrement révisée le 2 février 2020, 36 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3412249 (dernière consultation : 09/04/2020)
- DE CALLATAÏ, C., DEPREEUW, S., « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive “Digital Single Market” », in CABAY, J., STROWEL, A. (éd.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : intersections, interactions, interrogations*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 123-177

-
- ELKIN KOREN, N., NAHMIA, Y., PEREL, M., « Is It Time To Abolish Safe Harbor? When Rhetoric Clouds Policy Goals » (à paraître in *Stanford Law & Policy review*), version dernièrement révisée le 2 juin 2019, 50 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3344213 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - FROSIO, G., « Algorithmic Enforcement Online » (à paraître in TORREMANS, P. (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, 4th ed., Wolters Kluwer), version dernièrement révisée le 12 février 2020, 34 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3503419 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - FROSIO, G., « Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy », *Northwestern University Law Review Online*, 2017, vol. 112, pp. 19-46
 - FROSIO, G., « The Death of ‘No Monitoring Obligations’ – A Story of Untamable Monsters », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, pp. 199-215
 - FROSIO, G., « To Filter, or Not To Filter? That is the Question in EU Copyright Forum », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2018, vol. 36, no. 2, pp. 331-368
 - FROSIO, G., MENDIS, S., « Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend » (à paraître in FROSIO G. (ed.), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, Oxford University Press), version du 9 septembre 2019, 23 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3450194 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - GEIGER, C., FROSIO, G., IZYUMENKO, E., « Intermediary Liability and Fundamental Rights » (à paraître in FROSIO G. (ed.), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, Oxford University Press), Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2019-06, version dernièrement révisée le 27 août 2019, 24 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3411633 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - GRISSE, K., « After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2019, vol. 14, no. 11, pp. 887-899
 - GROSSE RUSE-KHAN, H., « Automated Copyright Enforcement Online: From Blocking to Monetization of User-Generated Content » (à paraître in BRUUN, N., e.a. (eds.), *Transition and Coherence in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press), University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 8/2020, version du 1er mars 2020, 18 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3565071 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - HUSOVEC, M., « How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement » (à paraître in SYNODINOU, T. E. (ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law*, Kluwer law), TILEC Discussion Paper 2019-016, version dernièrement révisée le 17 juillet 2019, 27 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3372230 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - HUSOVEC, M., « The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which Is Superior? And Why? », *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, vol. 42, no. 1, pp. 53-84
 - HUSOVEC, M., QUINTAIS, J. P., « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », Working Paper, version du 1er octobre 2019, 27 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463011 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - KUCZERAWY, A., « From ‘Notice and Take Down’ to ‘Notice and Stay Down’: Risks and Safeguards for Freedom of Expression » (à paraître in FROSIO G. (ed.), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, Oxford University Press), version dernièrement révisée le 9 août 2019, 19 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3305153 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - LAMBRECHT, M., « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive » (à paraître in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*), version de Mai 2020, 38 p., disponible sur ResearchGate : https://www.researchgate.net/publication/341443785_Free_Speech_by_Design_-_Algorithmic_protection_of_exceptions_and_limitations_in_the_Copyright_DSM_directive/link/5ec10644458515626cacea59/download (dernière consultation : 27/05/2020)
 - MONTAGNANI, M. L., TRAPOVA, A. Y., « Safe harbours in deep waters: a new emerging liability regime for Internet intermediaries in the Digital Single Market », *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, vol. 26, pp. 294-310
 - QUINTAIS, J. P., FROSIO, G., VAN GOMPEL, S., HUGENHOLTZ, P. B., HUSOVEC, M., JÜTTE, B. J., SENFLEBEN, M., « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market: Recommendations from European Academics », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2020, pp. 277-282

du « juste équilibre ». C'est donc à cette analyse que nous consacrons la présente contribution, renvoyant pour le reste le lecteur insatiable vers la littérature précitée. Il y trouvera à boire et à manger.

9. La présente contribution sera structurée en deux parties. Après avoir présenté dans une première partie le contexte dans lequel s'insère cet article 17 et souligné les deux grandes modifications du régime juridique européen qu'il opère s'agissant du droit de communication au public et du régime de responsabilité des « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne » (II), nous tenterons dans une seconde partie d'en fournir une lecture prospective à la lumière de la jurisprudence de la CJUE (III). Pour ce faire, nous procéderons tout d'abord à une appréciation individualisée du droit de communication au public de l'article 17 eu égard à l'objectif poursuivi de combler le « value gap », pour conclure en ce sens que la portée de ce droit est susceptible d'être limitée par la CJUE (B). Ensuite, nous nous attacherons à déterminer la portée de l'obligation de filtrage qui semble découler de cette disposition pour conclure en ce sens que ladite obligation doit être limitée en application du critère du « juste équilibre » (C). En guise de conclusion, après avoir offert au lecteur une photo-souvenir du panorama qui s'offre à nous depuis notre balcon, nous attirerons son attention sur quelques traits de droit de la concurrence que l'on croit distinguer par ailleurs (IV).

II. Première partie : L'article 17 dans son contexte

A. Présentation générale de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique

10. A l'aube du XXI^e siècle, l'Union européenne (UE) s'est dotée d'un cadre juridique général destiné à soutenir et favoriser le développement en Europe de la « société de l'information ». Spécialement, au vu de l'importance dans pareille société de la création et de l'exploitation des contenus créatifs⁴⁴, l'UE a harmonisé en partie le droit d'auteur à la faveur d'une directive 2001/29/CE⁴⁵. Ensemble avec une directive 2000/31/CE sur le commerce électronique⁴⁶, elles ont constitué pendant près de vingt ans le cadre général dans lequel s'est déployée l'exploitation en ligne de contenus protégés par le droit d'auteur.

-
- RIIS, T., SCHWEMER, S. F., « Leaving the European Safe Harbor, Sailing Toward Algorithmic Content Regulation », *Journal of Internet Law*, 2019, vol. 22, no. 7, pp. 1-21
 - ROMERO ROMANO, F., « 'Upload filters' and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market », *International Review of Law, Computers & Technology*, 2020, pp. 1-30
 - SCHWEMER, S., SCHOVSBO, J., « What is Left to User Rights? – Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of Article 17 Regime » (à paraître in TORREMANS, P. (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, 4th ed., Wolters Kluwer), version du 20 décembre 2019, 17 p., disponible sur SSRN : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3507542 (dernière consultation : 09/04/2020)
 - SENFTLEBEN, M., « Bermuda Triangle: Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market », *European Intellectual Property Review*, 2019, pp. 480-498

⁴⁴ Voy. le considérant 2 de la directive 2001/29/CE.

⁴⁵ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.* du 22 juin 2001, L 167/10.

⁴⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.* du 17 juillet 2000, L 178/1.

11. Face aux évolutions intervenues depuis lors, il est apparu nécessaire à l'UE de revoir ce cadre général, à divers égards dépassé⁴⁷. Ainsi à l'issue d'un processus législatif complexe et mouvementé⁴⁸ que nous avons évoqué à demi-mots dans notre introduction, l'UE a adopté le 17 avril 2019 une directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique⁴⁹. Celle-ci devra faire l'objet d'une transposition dans les Etats membres au plus tard le 7 juin 2021.

Comme souligné dans ses considérants,

« [l]'évolution rapide des technologies continue à modifier la manière dont les œuvres et autres objets protégés sont créés, produits, distribués et exploités. Il apparaît sans cesse de nouveaux modèles économiques et de nouveaux acteurs. La législation en la matière doit résister à l'épreuve du temps afin de ne pas entraver l'évolution des technologies (...) »⁵⁰.

Aussi la directive a-t-elle pour objectif général la

« modernisation de certains aspects du cadre de l'Union en matière de droit d'auteur afin de tenir compte des progrès technologiques et des nouveaux canaux de distribution des contenus protégés au sein du marché intérieur (...) »⁵¹.

12. La nouvelle directive est structurée en cinq titres⁵², lesquels comportent des dispositions variées qui consacrent tantôt de nouvelles exceptions et limitations⁵³, tantôt de nouveaux droits⁵⁴, tantôt des garanties contractuelles⁵⁵, le tout émaillé de dispositions plus anecdotiques qui visent à rectifier ou légitimer quelques « incongruités », fait de certains Etats membres⁵⁶ ou

⁴⁷ Cette modernisation s'est inscrite plus largement dans le cadre d'un « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe » de la Commission européenne, voy. sa communication éponyme, COM(2015) 192 final, 6 mai 2015.

⁴⁸ Voy. les travaux préparatoires (dossier législatif 2016/0280(COD)), disponibles sur le site du Parlement européen :

[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/0280\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/0280(COD)&l=en) (dernière consultation : 09/04/2020).

⁴⁹ Voy. *supra*, note 34.

⁵⁰ Considérant 3.

⁵¹ Considérant 83. Voy. par ailleurs de manière générale la Communication de la Commission européenne, « Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur », COM(2015) 626 final, 9 décembre 2015.

⁵² Titre I – Dispositions générales

Titre II – Mesures visant à adapter les exceptions et limitations à l'environnement numérique et transfrontière

Titre III – Mesures visant à améliorer les pratiques en matière d'octroi de licences et à assurer un accès plus large aux contenus

Titre IV – Mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché du droit d'auteur

Titre V – Dispositions finales.

⁵³ Article 3 (Fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique) ; article 4 (Exception ou limitation pour la fouille de textes et de données) ; article 5 (Utilisation d'œuvres et autres objets protégés dans le cadre d'activités d'enseignement numériques et transfrontières) ; article 6 (Conservation du patrimoine culturel)

⁵⁴ Article 15 (Protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations en ligne) ; article 17 (Utilisation de contenus protégés par des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne).

⁵⁵ Article 18 (Principe de rémunération appropriée et proportionnelle) ; article 19 (Obligation de transparence) ; article 20 (Mécanisme d'adaptation des contrats) ; article 21 (Procédure extra-judiciaire de règlement des litiges) ; article 22 (Droit de révocation).

⁵⁶ Article 12 (Octroi de licences collectives ayant un effet étendu ; cette disposition légitime un système bien connu des pays nordiques) ; Article 14 (Œuvres d'art visuel dans le domaine public ; cette disposition est directement liée à l'existence d'une protection de certaines photographies non originales par un droit voisin, notamment en Allemagne).

de la CJUE⁵⁷. A la lecture attentive de son contenu – et en dépit du recours à l'un ou l'autre outil transversal qui servent le propos⁵⁸ –, l'on est tout de même en droit de se demander si la directive est de nature à réaliser véritablement le « marché unique numérique » annoncé⁵⁹. En réalité, et de l'aveu de la Commission européenne, une « harmonisation complète du droit d'auteur », qui soumettrait « les auteurs et les artistes interprètes, les industries créatives, les utilisateurs et toutes les parties concernées par le droit d'auteur (...) aux mêmes règles, quel que soit l'endroit où il se trouve dans l'Union (...) », procède d'une « vision à long terme » qui ne peut se réaliser qu'au terme d'une « approche progressive »⁶⁰.

13. Le fameux article 17 auquel nous consacrons ces lignes prend sa place dans le « Titre IV – Mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché du droit d'auteur ». Long de dix paragraphes, il doit être lu en combinaison avec l'article 2, sous 6), qui définit la notion de « fournisseur de services de partage de contenus en ligne » auquel il s'adresse. Il est encore accompagné de dix considérants (61 à 71), le tout s'étalant sur de nombreuses pages dans sa publication au *Journal Officiel de l'Union européenne*. C'est dire la complexité de la disposition, dont le langage parfois évasif et le recours à des notions aux contours incertains – « meilleurs efforts », « normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle », « informations pertinentes et nécessaires », « promptement », « notification suffisamment motivée », pour nous en tenir au seul paragraphe 4 qui retiendra tout particulièrement notre attention – permet à chacun d'y aller de sa propre interprétation.

14. L'article 17 vise donc les « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne » [dans la présente contribution, nous préférons souvent le terme générique « plateforme » afin d'alléger la lecture], à savoir les

« fournisseur[s] 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 [leurs] utilisateurs, qu'il[s] organise[nt] et promeu[vent] à des fins lucratives »⁶¹.

Relèvent donc de la notion des plateformes telles que YouTube, Facebook, Twitter, Instagram, etc. S'agissant des obligations qui leur incombent, des distinctions sont par ailleurs faites

⁵⁷ Article 16 (Demande de compensation équitable ; cette disposition est directement liée à la jurisprudence de la CJUE, voy. C.J.U.E., 12 novembre 2015, *Hewlett-Packard Belgium c. Reprobel*, C-572/13).

⁵⁸ On relève en particulier deux outils. Premièrement, afin d'uniformiser un peu plus les droits des Etats membres, toutes les exceptions contenues dans la directive sont « obligatoires », à l'inverse de la situation qui avait cours sous l'empire de la directive 2001/29/CE où, sauf pour ce qui concerne celle prévue à l'article 5, paragraphe 1^{er} (reproductions transitoires), toutes les exceptions étaient facultatives. Deuxièmement, afin de dépasser les difficultés liées au caractère territorial du droit d'auteur, qui limite les possibilités d'utilisations transfrontières, la directive recourt à plusieurs reprises au « principe du pays d'origine », qui répute les différents actes soumis au droit d'auteur comme intervenant dans un seul Etat membre (voy. les articles 5, paragraphe 3 ; 9, paragraphe 2).

⁵⁹ Voy. la communication de la Commission européenne, « Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur », COM(2015) 626 final, 9 décembre 2015, p. 3 : « la Commission considère qu'il est nécessaire : d'insuffler plus de marché unique dans les règles de l'Union en matière de droit d'auteur et, lorsqu'il y a lieu, de les harmoniser davantage, notamment en ciblant les aspects liés à la territorialité des droits (...) ».

⁶⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁶¹ Article 2, sous 6), alinéa 1^{er}. Comme précisé à l'article 2, sous 5), la notion de « service de la société de l'information » s'entend au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b, de la directive (UE) 2015/1135 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, qui le définit de manière générale comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

suyant leur position sur le marché⁶², « afin de tenir compte de la situation spécifique des start-ups qui travaillent avec des contenus téléversés par les utilisateurs pour développer de nouveaux modèles d'entreprise »⁶³. Nous y reviendrons *infra* (n° 22).

Une série de prestataires de services ne relèvent par contre pas de la notion et ne sont donc pas soumis au régime juridique de l'article 17. Il en va ainsi suivant les précisions de la directive, et de manière non exhaustive (voy. l'utilisation des termes « tels que »),

« [d]es encyclopédies en ligne à but non lucratif, [d]es répertoires éducatifs et scientifiques à but non lucratif, [d]es plateformes de développement et de partage de logiciels libres, [d]es fournisseurs de services de communications électroniques au sens de la directive (UE) 2018/1972, [d]es places de marché en ligne, [d]es services en nuage entre entreprises et [d]es services en nuage qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage »⁶⁴.

15. En substance, cet article 17 vise à apporter une solution à ce que l'on a appelé le « value gap », à savoir « la prétendue inadéquation entre la valeur que les plateformes de partage en ligne extraient du contenu créatif et les revenus reversés aux titulaires de droit d'auteur »⁶⁵.

En effet suivant les titulaires de droits, l'activité de ces fournisseurs de services de partage de contenus en ligne – sur lesquelles les utilisateurs ont la possibilité de téléverser des contenus protégés par le droit d'auteur sans l'autorisation de leur titulaire – a notamment⁶⁶ des conséquences négatives sur les revenus des auteurs, ceux-ci n'étant pas rémunérés équitablement pour les utilisations qui interviennent à travers pareilles plateformes⁶⁷.

Pour bien comprendre les déterminants de ce « value gap » et en quoi l'article 17 est censé y apporter une solution, il convient de replacer la problématique dans le cadre plus général des directives 2001/29/CE et 2000/31/CE et du lien qu'elles entretiennent avec les conditions de négociations des « Second Level Agreements ».

B. L'article 17, le « Value Gap » et les « Second Level Agreements »

1. La situation avant l'adoption de l'article 17 : le « Value Gap » et le déséquilibre des « Second Level Agreements »

16. La situation dénoncée d'un « value gap » découle pour une bonne part des règles juridiques applicables à ce type de plateformes en l'état du droit positif. D'une part, sous l'empire de la

⁶² Voy. l'article 17, paragraphe 6.

⁶³ Considérant 67.

⁶⁴ Article 2, sous 6), alinéa 2.

⁶⁵ C. ANGELOPOULOUS, J. P. QUINTAIS, « Fixing Copyright Reform – A Better Solution to Online Infringement », *op. cit.* (note 43), p. 148 : « (...) the alleged mismatch between the value that online sharing platforms extract from creative content and the revenue returned to the copyright holders » (notre traduction).

⁶⁶ Outre les conséquences de cette activité sur les auteurs, elle affecte également les services en ligne qui distribuent des contenus protégés par le droit d'auteur aux termes de licences concédées par les titulaires de droits se trouvent également affectés, puisqu'en rémunérant les auteurs ils se trouvent dans une position concurrentielle désavantagée par rapport à ces plateformes, Commission Staff Working Document, « Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules », SWD(2016) 301 final, 14 September 2016, Part 1/3, pp. 141-142.

⁶⁷ Commission Staff Working Document, « Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules », SWD(2016) 301 final, 14 September 2016, Part 1/3, pp. 137-141.

directive 2001/29/CE, ces plateformes ne réalisent en principe⁶⁸ pas un acte de communication au public au sens de son article 3⁶⁹ et ne sont donc pas tenues d'obtenir une autorisation de l'auteur. D'autre part, en vertu de l'article 14 de la directive 2000/31/CE⁷⁰, elles bénéficient en principe⁷¹ d'une exonération de responsabilité, en leur qualité d'hébergeur, pour les actes accomplis par leurs utilisateurs en violation du droit d'auteur.

17. En dépit de cet état du droit de l'UE qui les immunise largement à l'encontre de toutes prétentions des titulaires de droits, ces plateformes – qui opèrent globalement – concluent depuis quelques années déjà des accords avec ceux-ci, spécialement à raison du régime de responsabilité secondaire applicable aux Etats-Unis⁷². Une auteure a qualifié ces accords de « Second Level Agreements », qu'elle décrit comme suit :

⁶⁸ Voy. toutefois l'évolution de la jurisprudence de la CJUE, spéc. C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein c. Ziggo et XS4ALL Internet*, C-610/15. La CJUE a estimé que, dans les circonstances telles que celles en cause au principal, relevait de la notion de « communication au public » la mise à disposition et la gestion, sur Internet, d'une plateforme de partage qui, par l'indexation de métadonnées relatives à des œuvres protégées et la fourniture d'un moteur de recherche, permet aux utilisateurs de cette plateforme de localiser ces œuvres et de les partager dans le cadre d'un réseau de pair à pair (*peer-to-peer*). Voy. également Demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesgerichtshof (Allemagne) le 6 novembre 2018, *LF c. Google et YouTube*, Affaire C-682/18, J.O.U.E. du 4 mars 2019, C 82/2.

⁶⁹ « 1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement:

a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;

b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;

c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;

d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article ».

⁷⁰ « 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ».

⁷¹ Voy. toutefois l'évolution de la jurisprudence de la CJUE, spéc. C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay e.a.*, C-324/09. La CJUE a estimé que l'exploitant d'une place de marché en ligne joue un rôle actif qui lui permet d'avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées lorsqu'il prête une assistance laquelle consiste notamment à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir celles-ci ; dans ces conditions, il ne bénéficie pas d'une exonération de responsabilité.

⁷² Voy. pour une comparaison entre les régimes européens et américains, J. C. GINSBURG, « La Cour de justice de l'Union européenne crée un droit européen de la responsabilité en matière de contrefaçon du droit d'auteur », *Auteurs & Media*, 2017, p. 7 et s.

« 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 return 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 (...) »⁷³.

18. S'agissant de la négociation de ces « Second Level Agreements », on comprend aisément que dans le contexte européen, les plateformes jouissent d'une position privilégiée comparée aux titulaires de droits. Et ce malgré l'évolution de la jurisprudence de la CJUE qui, suivant des observateurs avertis, tendrait à la création d'un régime de responsabilité dérivée⁷⁴, lequel a tout de même pu ébranler quelque peu l'assurance desdites plateformes.

19. C'est cet imbroglio qui se dessine en filigrane dans le considérant 61 de la nouvelle directive – par lequel s'ouvrent les explications relatives à l'article 17 – qui énonce qu'

« [i]l existe une insécurité juridique quant à la question de savoir si les fournisseurs de ces services procèdent à des actes relevant du droit d'auteur et doivent obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour les contenus téléversés par leurs utilisateurs qui ne détiennent pas les droits en question sur ces contenus téléversés, sans préjudice de l'application des exceptions et limitations prévues par le droit de l'Union. Cette insécurité affecte la capacité des titulaires de droits à déterminer si leurs œuvres et autres objets protégés sont utilisés, et dans quelles conditions, et leur capacité à obtenir une rémunération appropriée en contrepartie d'une telle utilisation. Il est donc important d'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. Ces accords de licence devraient être équitables et maintenir un équilibre raisonnable entre les deux parties. Les titulaires de droits devraient percevoir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés. Cependant, dès lors que ces dispositions ne devraient pas porter atteinte à la liberté contractuelle, les titulaires ne devraient pas être tenus de donner leur autorisation ne de conclure des accords »⁷⁵.

A notre avis, ce considérant 61 a une valeur interprétative considérable en tant qu'il met en évidence l'objectif poursuivi par l'article 17, à savoir rééquilibrer les conditions de la négociation entre plateformes et titulaires de droits afin pour ces derniers de pouvoir obtenir une « rémunération appropriée ». Si nous insistons sur ce point, c'est parce que ceci ne sera pas sans impact sur l'interprétation que la CJUE est susceptible de proposer de cette disposition.

2. La situation après l'adoption de l'article 17 : un acte de communication au public et une responsabilité spécifique, pour un rééquilibrage des « Second Level Agreements »

20. Mais comment parvenir à rencontrer cet objectif? Logiquement et eu égard aux déterminants de la position privilégiée des plateformes en l'état du droit positif, il convenait d'agir principalement à deux niveaux.

21. Premièrement, en vertu de l'article 17, paragraphe 1^{er}, il est désormais établi qu'

⁷³ Y. LEV-ARETZ, « Second Level Agreements », *Akron Law Review*, 2012, vol. 45, no. 1, p. 139.

⁷⁴ Voy. spéc. J. C. GINSBURG, *op. cit.* (note 72).

⁷⁵ Considérant 61 (nous soulignons).

« 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 »⁷⁶.

Aussi il doit

« 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 »⁷⁷.

Le paragraphe 2 prévoit en outre que l'autorisation obtenue couvrira, outre les actes de communication au public (au sens du paragraphe 1^{er}) opérés par le fournisseur de services de partage de contenus en ligne, également les actes de communication au public (au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE) accomplis par les utilisateurs de ces services « lorsqu'ils n'agissent pas à titre commerciale [*sic*] ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs »⁷⁸. Dans cette dernière limite, on voit que le modèle des « Second Level Agreements » (voy. *supra*, n° 17) est donc clairement validé.

22. Deuxièmement, l'article 17, paragraphe 3, prévoit que le bénéfice du régime d'exonération de responsabilité des hébergeurs prévu par l'article 14 de la directive 2000/31/CE sera désormais exclu pour les actes qualifiés de communication (ou de mise à la disposition du public) au sens du paragraphe 1^{er}⁷⁹. En lieu et place est organisé, en vertu du paragraphe 4, un régime spécifique de responsabilité associé à ces actes qui, s'ils n'ont pas été autorisés, engageront la responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne,

« 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) »⁸⁰.

Le paragraphe 6 prévoit tout de même que ces conditions de l'exonération de la responsabilité sont modulées suivant la position de marché de la plateforme. Ainsi pour les « nouveaux

⁷⁶ Article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} (nous soulignons).

⁷⁷ Article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 (nous soulignons).

⁷⁸ Article 17, paragraphe 2.

⁷⁹ Ce régime d'exonération de responsabilité demeure par contre d'application pour tous les autres actes, spécialement les actes de reproductions (accomplis par la plateforme ou ses utilisateurs) ainsi que les actes de communication au public accomplis par les utilisateurs qui ne sont pas couverts par l'autorisation en vertu du paragraphe 2.

⁸⁰ Article 17, paragraphe 4 (nous soulignons).

services en ligne »⁸¹, c'est-à-dire ceux qui « ont été mis à la disposition du public dans l'Union depuis moins de trois ans et qui ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros »⁸², ils échapperont à leur responsabilité s'ils démontrent avoir fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation (au sens du paragraphe 4, sous a)) et, en cas de réception d'une notification suffisamment motivée, avoir agi promptement pour bloquer l'accès ou retirer l'œuvre (ou autre objet protégé) objet de la notification (au sens du paragraphe 4, sous c))⁸³. Ils ne devront donc pas en outre fournir leur meilleurs efforts pour empêcher son téléversement dans le futur, sauf si « le nombre de [leurs] visiteurs uniques par mois (...) dépasse les 5 millions, calculé sur la base de l'année civile précédente »⁸⁴.

23. Ainsi, en modifiant d'une part la qualification des actes accomplis par une plateforme de partage en ligne – qui constituent désormais des actes de communication au public, justiciables du droit d'auteur –, d'autre part les conditions du régime de responsabilité – engagée à défaut d'autorisation, sauf à démontrer la réunion de divers éléments et notamment le fait d'avoir fourni ses meilleurs efforts pour obtenir ladite autorisation –, l'article 17 renverse complètement le rapport de force qui caractérisait jusqu'alors la négociation des « Second Level Agreements ». Désormais, les titulaires de droits devraient être en mesure de quitter la table des négociations avec une « rémunération appropriée », n'ayant plus à craindre que la proposition qui leur est faite par une plateforme soit « à prendre ou à laisser », sans autre possibilité de recours à son encontre. Avec certains risques sur lesquels nous reviendrons en conclusion (*infra*, n^{os} 103-104).

C. La recherche d'un équilibre par le législateur de l'Union européenne

24. Dans tous les cas où les parties parviendront à se mettre d'accord sur les modalités de cette « rémunération appropriée » et qu'une autorisation sera accordée en conséquence, l'article 17 sera parvenu à satisfaire l'objectif louable qu'il poursuit et l'on ne pourra que s'en réjouir. Dans un parfait **équilibre**, les titulaires de droits obtiendront une rémunération appropriée, les plateformes pourront poursuivre leur activité de diffusion de contenus créatifs et les utilisateurs pourront continuer à profiter de ses services de manière active ou passive.

Tout sera alors pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles.

Mais personne n'est Candide et ne s'est figuré qu'il en va là de notre monde.

25. Aussi chaque fois que les parties ne parviendront pas à se mettre d'accord sur les modalités de cette « rémunération appropriée » et qu'aucune autorisation ne sera accordée en conséquence, il conviendra alors de rechercher ailleurs le point d'équilibre entre les intérêts des diverses parties intéressées.

Cet équilibre-là est bien plus délicat.

Le législateur de l'Union européenne a cru bon de le poursuivre en imposant aux plateformes de « fournir leurs meilleurs efforts pour garantir l'indisponibilité des œuvres et autres objets

⁸¹ Voy. le considérant 67.

⁸² Le chiffre d'affaires est calculé conformément à la recommandation 2003/361/CE du 6 mai 2003 de la Commission concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.U.E.* du 20 mai 2003, L 124/36.

⁸³ Article 17, paragraphe 6, alinéa 1^{er}.

⁸⁴ Article 17, paragraphe 6, alinéa 2.

protégés pour lesquels les titulaires de droits leur ont fourni les informations pertinentes et nécessaires » (paragraphe 4, sous b)), d' « agir promptement pour bloquer l'accès ou retirer les œuvres et autres objets protégés qui ont fait l'objet d'une notification suffisamment motivée » (paragraphe 4, sous c), première partie), et de « fournir leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur » (paragraphe 4, sous c), deuxième partie).

Ainsi que nous l'indiquions dans l'introduction (*supra*, n° 6), tout le monde s'accorde sur le fait que derrière ces termes se cache en réalité l'obligation de mettre en place des mesures de filtrage algorithmique qui, eu égard aux risques qu'elles comportent, supposent un difficile exercice de pondération entre de nombreux intérêts, exercice auquel s'est donc livré le législateur.

Afin de tenir compte des intérêts des plateformes, le législateur a ainsi prévu dans leur chef des obligations qui sont pour la plupart « de moyens » (voy. la référence aux « meilleurs efforts »), précisant en outre au paragraphe 5 que l'appréciation de leur respect devra tenir compte, « à lumière du principe de proportionnalité », d'une série d'éléments, entre autres

« a) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que les types d'œuvres ou autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service ; et b) la disponibilité des moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de service »⁸⁵.

S'agissant des intérêts des titulaires de droits, le législateur les a évidemment consacrés en étendant le champ du droit de communication au public aux actes accomplis par les plateformes (paragraphe 1^{er}). Mais dans un souci d'équilibre, il a conditionné la responsabilité éventuelle de ces dernières à la communication préalable d'informations communiquées par les titulaires de droits (voy. les références aux « informations pertinentes et nécessaires » et « notification suffisamment motivée »), limitant ainsi quelque peu la portée du droit qui leur est par ailleurs reconnu.

S'agissant enfin de sauvegarder les intérêts des utilisateurs du service, le législateur a prévu une série de garanties. Ainsi aux termes du paragraphe 7, alinéa 1^{er},

« [l]a coopération entre les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et les titulaires de droits ne conduit 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

⁸⁵ Article 17, paragraphe 5. Voy. aussi les limitations pour les « nouveaux services en ligne » (paragraphe 6, commenté *supra*, n° 22). Ce souci de tenir compte des intérêts des plateformes est encore exprimé au considérant 66 : « (...) Lors de l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur de services de partage de contenus en ligne a fourni ses meilleurs efforts conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, il y a lieu de prendre en considération le fait que le fournisseur de services a pris ou non toutes les mesures qu'un opérateur diligent prendrait en vue d'empêcher la disponibilité d'œuvres ou autres objets protégés non autorisés sur son site internet, 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. Différents moyens pourraient être appropriés et proportionnés, en fonction du type de contenu, et il ne peut dès lors être exclu que dans certains cas, la disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne puisse être évitée que sur notification des titulaires de droits. (...) ».

d'auteur et aux droits voisins, y compris lorsque ces œuvres ou autres objets protégés sont couverts par une exception ou une limitation »⁸⁶.

Aux termes du paragraphe 8, alinéa 1^{er}, l'application de l'article 17 « ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance », tandis que le paragraphe 9, alinéa 3 ajoute qu'il

« n'entraîne aucune identification d'utilisateurs individuels ni de traitement de données à caractère personnel, excepté conformément à la directive 2002/58/CE [directive vie privée et communications électroniques] et au règlement (UE) 2016/679 [règlement général sur la protection des données (RGPD)] ».

Enfin suivant le paragraphe 9, alinéa 1^{er}, les plateformes doivent mettre en place

« un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, à la disposition des utilisateurs de leurs 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 ».

26. L'équilibre entre les différents intérêts en présence recherché par le législateur est-il atteint ?

A notre avis, une réponse à la question emporte nécessairement une analyse en termes de droits fondamentaux. Or, mise à part une déclaration tout à fait générale au considérant 84⁸⁷, il semble que dans la recherche d'équilibre qui a présidé à l'adoption de l'article 17, le législateur ait estimé que celui-ci devait être pensé en termes de droits fondamentaux essentiellement pour ce qui concerne la sauvegarde des intérêts des utilisateurs. Ceci l'a amené à conclure que les exceptions de citation, critique revue et d'utilisation à des fins de caricature, de parodie et de pastiche (facultatives sous l'empire de la directive 2001/29/CE⁸⁸) devraient être rendues obligatoires⁸⁹.

C'est un peu court et l'analyse nous paraît devoir être bien plus fine.

En effet, depuis un arrêt *Fransson* de la CJUE, il est clair qu'

« 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 [des droits fondamentaux de l'Union européenne] »⁹⁰.

⁸⁶ Voy. également l'article 17, paragraphe 9, alinéa 3 : « 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 (...) ».

⁸⁷ « La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus en particulier par la Charte. En conséquence, il y a lieu d'interpréter et d'appliquer la présente directive conformément à ces droits et principes ».

⁸⁸ Voy. l'article 5, paragraphe 3, sous d) et k), de la directive 2001/29/CE.

⁸⁹ Article 17, paragraphe 7, alinéa 2. Voy. également le considérant 70 : « (...) Les utilisateurs devraient être autorisés à téléverser et à mettre à disposition les contenus générés par les utilisateurs aux fins spécifiques de la citation, de la critique, de la revue, de la caricature, de la parodie ou du pastiche. Cet aspect est particulièrement important aux fins d'assurer un équilibre entre, d'une part les droits fondamentaux inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée "Charte"), notamment la liberté d'expression et la liberté des arts, et d'autre part le droit de propriété, y compris la propriété intellectuelle. Ces exceptions et limitations devraient dès lors être rendues obligatoires afin de garantir que les utilisateurs bénéficient d'une protection uniforme dans l'ensemble de l'Union (...) ».

⁹⁰ C.J.U.E., 26 février 2013, *Åklagaren c. Fransson*, C-617/10, point 21.

Et l'on savait déjà depuis un arrêt *Promusicae*⁹¹ que lorsqu'il s'agit de concilier des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, la CJUE vérifie s'il existe un « **juste équilibre** » entre ceux-ci. Et elle a depuis lors précisé que l'obligation de rechercher un « juste équilibre » entre les droits, libertés ou intérêts en conflit s'impose aux institutions de l'Union européenne lors de l'adoption du droit de l'Union⁹², au législateur national lors de sa transposition⁹³ et aux juridictions nationales lors de son application⁹⁴.

27. Or, les divers intérêts que le législateur a tenté de concilier dans le cadre de l'article 17 sont tous protégés au titre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Chaque paragraphe concrétise en effet une ou plusieurs des dispositions de la Charte, ce que l'on peut représenter schématiquement comme suit :

Charte des droits fondamentaux de l'UE	Article 17 de la directive (UE) 2019/790
Protection des données à caractère personnel (art. 8)	- Pas d'obligation générale de surveillance (par. 8) - Pas d'identification d'utilisateurs individuels/traitement de données) caractère personnel, sauf dans le respect du RGPD <i>e.a.</i> (par. 9)
Liberté d'expression et d'information (art. 11) Liberté des arts (art. 13)	- Autorisation donnée au fournisseur valable pour l'acte du fournisseur et de l'utilisateur (par. 2) - La mesure ne doit pas empêcher les utilisations licites (par. 7)
Liberté d'entreprise (art. 16)	- Prise en compte des spécificités du service, de la disponibilité et du coût des mesures (par. 5) - Prise en compte de la position sur le marché du fournisseur (par. 6)
Propriété intellectuelle (art. 17, par. 2)	- Extension du droit de communication au public (par. 1)
Droit à un recours effectif (art. 47)	- Dispositif de traitement des plaintes et de recours (par. 9)

En d'autres termes, l'interprétation de l'article 17 de la directive constitue un cas d'école pour l'application de la jurisprudence de la CJUE relative au « juste équilibre » et il est inévitable selon nous qu'une fois appelée à se prononcer sur cette interprétation, la CJUE ne manquera pas de raisonner au départ de cette jurisprudence, suivant ainsi sa pratique, proche des juridictions de *common law*, de s'en tenir à ses précédents⁹⁵.

L'on serait donc bien inspiré de tenter de s'aventurer dans le futur – proche, pour qui se souvient du recours en annulation introduit par la République de Pologne, précisément sur le fondements

⁹¹ C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, spéc. points 61-70.

⁹² Voy. spéc. C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor c. Land Rheinland-Pfalz*, C-544/10, point 47 (à propos d'un règlement (CE) n° 1924/2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires).

⁹³ Voy. spéc. C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, point 68 (à propos de différentes directives, dont la transposition n'impose pas de prévoir, dans une situation telle que celle en cause, l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer une protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile).

⁹⁴ Voy. spéc. C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, point 32 (à propos de l'application de l'exception de parodie en droit d'auteur).

⁹⁵ Voy. *supra*, note 31.

des droits fondamentaux (voy. *infra*, n° 53) – en fournissant une lecture prospective de cet article 17 à la lumière de cette jurisprudence.

C'est l'objet de la seconde partie de cette contribution.

III. Deuxième partie : lecture prospective de l'article 17 à la lumière du critère du « juste équilibre »

A. Prolégomènes : les méthodes d'interprétation du droit de l'Union européenne par la CJUE, spécialement en droit d'auteur

28. L'approche interprétative de la CJUE a été synthétisée dans son arrêt *Merck*⁹⁶ et constitue depuis lors une jurisprudence constante⁹⁷. Ainsi,

« il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition du droit [de l'Union] de tenir compte non seulement des termes de celle-ci mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie »⁹⁸.

Cette formule classique, que l'on retrouve dans sa jurisprudence dans le domaine du droit d'auteur également⁹⁹, met en exergue les trois méthodes d'interprétation classiquement employées par la CJUE – **littérale, systématique (ou contextuelle), téléologique** –, au départ desquelles il convient de procéder si l'on veut fournir une lecture prospective de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.

Dans le domaine du droit d'auteur et spécialement dans le cadre de l'interprétation de la directive 2001/29/CE, la jurisprudence de la CJUE dévoile des raffinements subtils de ces différentes méthodes d'interprétation qui, selon nous, constituent autant de principes¹⁰⁰. Eu égard à l'objectif de la présente contribution, il semble opportun, à titre liminaire, de se prononcer sur l'applicabilité de certains de ces principes d'interprétation à la directive (UE) 2019/790.

29. La **méthode d'interprétation littérale** n'appelle pas de commentaire particulier.

30. S'agissant de la **méthode d'interprétation systématique (ou contextuelle)**, la jurisprudence fournie met en évidence au moins quatre principes, allant du plus général vers le particulier.

Premièrement, dans le contexte international, l'interprétation de la directive 2001/29/CE doit se faire, dans la mesure du possible, à la lumière des traités internationaux en matière de droit d'auteur¹⁰¹, spécialement là où elle vise à mettre ceux-ci en œuvre¹⁰². Ce principe ne paraît pas trouver vocation à s'appliquer avec la même force dans le cadre de la directive (UE) 2019/790

⁹⁶ C.J.C.E., 17 novembre 1983, *Merck*, aff. 292/82.

⁹⁷ Voy. K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 10, n° 8.

⁹⁸ *Merck*, point 12.

⁹⁹ Voy. par ex. C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, point 19.

¹⁰⁰ Pour plus de détails, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.* (note 2), pp. 127-135, n° 25.

¹⁰¹ Voy. spéc. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 189 (à propos du droit de communication au public de l'article 3, paragraphe 1^{er}).

¹⁰² Voy. spéc. C.J.U.E., 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, C-135/10, point 51.

et singulièrement aux fins de l'interprétation de l'article 17, qui ne vise aucunement à mettre en œuvre un traité international, à la différence de la directive 2001/29/CE¹⁰³.

Deuxièmement, dans le contexte des droits fondamentaux, le droit d'auteur est protégé en tant que droit de propriété intellectuelle (article 17, paragraphe 2 de la Charte) mais la CJUE a clairement précisé qu'

« il ne ressort nullement de cette disposition ni de la jurisprudence de la Cour qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue »¹⁰⁴.

Aussi convient-il, suivant la CJUE, d'assurer un « juste équilibre » entre la protection du droit d'auteur en tant que droit de propriété intellectuelle et celle des autres droits fondamentaux avec lesquels il pourrait entrer en conflit¹⁰⁵. Eu égard à la recherche d'équilibre poursuivie par le législateur et pour les raisons mentionnées *supra* (n^{os} 24-27), l'article 17 apparaît de toute évidence comme le lieu privilégié du recours à ce principe d'interprétation.

Troisièmement, dans le contexte du droit dérivé, la CJUE a souligné que les différents instruments existant dans le domaine du droit d'auteur constituent un « cadre juridique harmonisé »¹⁰⁶. Reprenant à son compte le considérant 20 de la directive 2001/29/CE¹⁰⁷, elle a souligné que celle-ci est « fondée sur les principes et les règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine (...) »¹⁰⁸. Il va de soi que la directive (UE) 2019/790 s'inscrit dans ce « cadre juridique harmonisé »¹⁰⁹.

¹⁰³ Voy. le considérant 15 qui précise que la directive vise à mettre en œuvre certaines de ses nouvelles obligations internationales découlant des traités de l'OMPI. Voy. également spéc. C.J.U.E., 26 avril 2012, *DR, TV2 Danmark A/S c. NCB – Nordisk Copyright Bureau*, C-510/10, point 29.

¹⁰⁴ Voy. à l'origine C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, point 43 (nous soulignons). Voy. depuis lors C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17 point 33 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Funke Medien c. Allemagne*, C-469/17, point 72 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Spiegel Online c. Beck*, C-516/17, point 56 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, point 61.

¹⁰⁵ Voy. spéc. la jurisprudence relative à la mise en œuvre du droit d'auteur sur Internet, C.J.U.E., 18 octobre 2018, *Bastei Lübbe c. Strotzer*, C-149/17, points 45-52 ; C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, points 84-101 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, points 46-63 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio e.a. c. Perfect Communication Sweden*, C-461/10, points 49-60 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM c. Netlog*, C-360/10, points 42-51 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, points 44-53 ; C.J.U.E., 19 février 2009, *LSG c. Tele2 Telecommunication*, C-557/07, points 28-29 ; C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España SAU*, C- 275/06, points 62-68.

¹⁰⁶ Voy. spéc. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 35-36 :

« 35. De même, conformément aux articles 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 91/250, 3, paragraphe 1, de la directive 96/9 et 6 de la directive 2006/116, des œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur.

36. En établissant un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur, la directive 2001/29 est fondée, ainsi qu'il ressort de ses quatrième, neuvième à onzième et vingtième considérants, sur le même principe ».

¹⁰⁷ Considérant 20 : « La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives 91/250/CEE, 92/100/CEE, 93/83/CEE, 93/98/CEE et 96/9/CEE. Elle développe des principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. (...) ».

¹⁰⁸ Voy. spéc. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 187.

¹⁰⁹ Voy. spéc. les considérants 2 et 3.

Dans le contexte de ces différentes directives, la CJUE a considéré que les notions y employées doivent être,

« compte tenu des exigences découlant de l'unité et de la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, (...) interprétées à la lumière des règles et des principes établis par l'ensemble des directives relatives à la propriété intellectuelle (...) »¹¹⁰.

Ce besoin de cohérence favorise une approche « notionnelle » de la matière, que la CJUE viendra parfois tempérer au profit d'une approche « fonctionnelle »¹¹¹. Ainsi considère-t-elle qu'une même notion employée dans plusieurs directives pourra recevoir une interprétation différente lorsque le législateur de l'Union aura « exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente »¹¹². Eu égard à l'objectif spécifique poursuivi par l'article 17 de combler le « value gap » (voy. *supra*, n° 15), il est tout à fait possible qu'une approche fonctionnelle soit préférée à l'approche notionnelle par la CJUE.

Quatrièmement, dans le contexte de la directive elle-même, la CJUE insiste sur le fait que le droit exclusif constitue le principe général auquel dérogent les exceptions et limitations qui doivent dès lors faire l'objet d'une interprétation « stricte »¹¹³. Pour autant, cette interprétation ne doit pas être « restrictive »¹¹⁴. En effet, la CJUE estime que ces dernières « comportent elles-mêmes des droits au profit des utilisateurs d'œuvres ou d'autres objets protégés (...) » et que l'article 5 de la directive 2001/29/CE où elles trouvent principalement leur siège

« a spécifiquement pour objet (...) d'assurer un juste équilibre entre, d'une part, les droits et intérêts des titulaires de droits, qui font eux-mêmes l'objet d'une interprétation large et, d'autre part, les droits et intérêts des utilisateurs d'œuvres ou d'autres objets protégés. Il en découle que l'interprétation des exceptions et des limitations prévues à l'article 5 de la directive 2001/29 doit permettre (...) de sauvegarder leur effet utile et de respecter leur finalité, une telle exigence revêtant une importance particulière lorsque ces exceptions et limitations visent (...) à garantir le respect de libertés fondamentales »¹¹⁵.

Là aussi, eu égard à la recherche d'équilibre poursuivie par le législateur et pour les raisons mentionnées *supra* (n°s 24-27), ce principe d'interprétation doit guider la lecture de l'article 17.

31. Pour ce qui concerne maintenant la **méthode d'interprétation téléologique**, plusieurs principes peuvent être dégagés.

Premièrement, la CJUE estime que l'objectif principal de la directive 2001/29/CE est

¹¹⁰ Voy. à l'origine C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 188.

¹¹¹ Voy. en ce sens J. MALENOVSKY, *op. cit.* (note 15), pp. 420-421.

¹¹² Voy. à l'origine C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 188.

¹¹³ Voy. à l'origine C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, point 56 : « selon une jurisprudence constante, les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte ».

¹¹⁴ Sur la différence entre interprétation « stricte » et « restrictive » des exceptions dans la jurisprudence de la CJUE, voy. 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 », *op. cit.* (note 26), pp. 184-199.

¹¹⁵ C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Spiegel Online c. Beck*, C-516/17, points 53-55 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Funke Medien c. Allemagne*, C-469/17, points 69-71 (nous soulignons).

« d’instaurer un niveau élevé de protection en faveur, entre autres, des auteurs, permettant à ceux-ci d’obtenir une rémunération appropriée pour l’utilisation de leurs œuvres, notamment à l’occasion d’une communication au public »¹¹⁶.

Il s’ensuit que les notions de reproduction¹¹⁷ et de communication au public¹¹⁸ doivent recevoir une interprétation « large ». Les mêmes objectifs étant poursuivis par la directive (UE) 2019/790, le même principe d’interprétation devrait *a priori* trouver à s’appliquer. On relèvera toutefois que dans le raisonnement de la CJUE, ce principe d’interprétation s’appuie encore sur les considérants de la directive 2001/29/CE qui insistent expressément sur la nécessité de retenir une définition large des droits de reproduction et de communication au public¹¹⁹. Or on ne retrouve aucun équivalent en ce sens dans les considérants de la directive (UE) 2019/790 à propos du droit de communication au public visé à l’article 17.

Deuxièmement, et il s’agit là d’un tempérament important du premier principe, la CJUE est d’avis que

« l’harmonisation effectuée par [la] directive 2001/29 vise à maintenir, et ce notamment dans l’environnement électronique, un juste équilibre entre, d’une part, l’intérêt des titulaires des droits d’auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l’article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après la “Charte”), 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 par l’article 11 de la Charte, ainsi que de l’intérêt général »¹²⁰.

A l’analyse, il en découle clairement que le principe de l’interprétation « large » du droit n’impose donc pas de retenir l’interprétation « la plus large »¹²¹, et ce en application du deuxième principe d’interprétation systématique exposé *supra* (n° 30). La portée du droit exclusif peut donc être limitée dans sa définition même, en témoignent les arrêts *GS Media*¹²² (à propos du droit de communication au public) et *Pelham*¹²³ (en matière de droits voisins, à propos du droit de reproduction du producteur de phonogrammes). Rien ne justifierait que la CJUE s’écarte de ce principe dans le cadre de son interprétation de l’article 17, *a fortiori* lorsque l’on a égard à la recherche d’équilibre poursuivie par le législateur.

Troisièmement, et il s’agit là d’un autre tempérament important du premier principe, la CJUE estime que

¹¹⁶ Voy. à l’origine C.J.C.E., 7 décembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 36 (nous soulignons).

¹¹⁷ Voy. à l’origine C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, point 43.

¹¹⁸ Voy. à l’origine C.J.C.E., 7 décembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 36.

¹¹⁹ Voy. respectivement les considérants 21 et 23.

¹²⁰ C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15, point 31 (nous soulignons). Voy. également C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 41.

¹²¹ Sur la différence entre interprétation « large » et « la plus large » des droits dans la jurisprudence de la CJUE (spéc. ses arrêts *GS Media* et *Pelham*), voy. 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 », *op. cit.* (note 26), pp. 199-215.

¹²² C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

¹²³ C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17.

« l'objet spécifique de la propriété intellectuelle vise notamment à assurer aux titulaires de droits concernés la protection de la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation ou la mise à disposition des objets protégés, en accordant des licences moyennant le paiement d'une rémunération appropriée pour chaque utilisation des objets protégés »¹²⁴.

Par contre,

« un tel objet spécifique ne garantit pas aux titulaires de droit concernés la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible (...) »¹²⁵.

Rien à nouveau ne justifierait que la CJUE s'écarte de ce principe dans le cadre de son interprétation de l'article 17, *a fortiori* lorsque l'on a égard à l'objectif poursuivi par le législateur.

Quatrièmement, la CJUE estime que la directive 2001/29/CE vise à l'harmonisation partielle du droit d'auteur dans la société de l'information, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur¹²⁶. Plus encore, nous avons formulé l'hypothèse selon laquelle la CJUE pourrait être guidée par un principe d'interprétation téléologique tiré de l'objectif de construction du marché unique numérique – qui prolonge le marché intérieur –¹²⁷, lequel serait particulièrement approprié à l'interprétation de la directive (UE) 2019/790.

L'une des conséquences majeures de cette finalité poursuivie par la directive 2001/29/CE est que, suivant la CJUE, cela « implique le développement de notions autonomes du droit de l'Union (...) »¹²⁸. En vertu de cette doctrine des « notions autonomes » – tout à fait générale en droit de l'Union européenne¹²⁹ et qui a trouvé dans le domaine du droit d'auteur un véritable terrain d'élection¹³⁰ –

¹²⁴ C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 34 (nous soulignons).

¹²⁵ C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 108 (nous soulignons).

¹²⁶ Voy. à l'origine C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, C-479/04, points 26 et 31-34.

¹²⁷ Sur cette hypothèse à propos de la jurisprudence de la CJUE en matière d'hyperliens, voy. J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique : voyage intertextuel au pays des hyperliens », *op. cit.* (note 21), pp. 51-82.

¹²⁸ Voy. à l'origine C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, C-467/08, point 35 (nous soulignons).

¹²⁹ Voy. de manière générale sur les notions autonomes du droit de l'Union, L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *C.D.E.*, 2013, p. 21 et s. ; R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, The Hague, Kluwer, 1995, spéc. pp. 40-43.

¹³⁰ C.J.C.E., 6 février 2003, *SENA c. NOS*, C-245/00, point 23 ; C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, C-479/04, point 24 ; C.J.C.E., 7 décembre 2006, *SGAE c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 31 ; C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 27-29 ; C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. SGAE*, C-467/08, points 31-37 ; C.J.U.E., 30 juin 2011, *VEWA c. Belgique*, C-271/10, point 25 ; C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, points 154 et 185 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Circul Globus București c. UCMR – ADA*, C-283/10, points 31-32 ; C.J.U.E., *DR et TV2 Danmark c. NCB*, C-510/10, point 33 ; C.J.U.E., 21 juin 2012, *Donner*, C-5/11, point 25 ; C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft c. Oracle International*, C-128/11, point 39 ; C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson e.a. c. Retriever Sverige*, C-466/12, points 33-41 ; C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Helena Vandersteen e.a.*, C-201/13, points 14 et 16 ; C.J.U.E., 13 mai 2015, *Dimensione Direct Sales et Labianca c. Knoll International*, C-516/13, point 22 ; C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 17 ; C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, point 33.

« il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de droit communautaire qui, telles celles de la directive 2001/29, ne comportent aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme »¹³¹.

De toute évidence, dès lors que la directive (UE) 2019/790 approfondit l'harmonisation dans le cadre du marché intérieur¹³², cette doctrine des « notions autonomes » trouvera vocation à s'appliquer également. Les nombreuses notions aux contours incertains de l'article 17 nous paraissent d'ailleurs particulièrement sujette à l'« autonomisation », au premier titre la notion de « meilleurs efforts ».

32. C'est donc au moyen de ces méthodes et principes qu'il convient à notre avis d'interpréter l'article 17, si l'on veut en fournir une lecture prospective au sens de la CJUE. Sans pouvoir entrer dans le détail de tous les aspects de cette disposition, il nous paraît à tout le moins possible de formuler deux hypothèses concrètes, respectivement quant à l'interprétation du droit de communication au public visé au paragraphe 1^{er} (B) ainsi que certains aspects des obligations de filtrage qui découlent du paragraphe 4 (C).

- B. Un droit de communication au public limité
 - 1. Interprétation littérale et contextuelle

33. La portée du droit de communication au public visé à l'article 17 fait débat en doctrine¹³³.

34. Dans le cadre d'une interprétation littérale, l'on pourrait être tenté de lire celui-ci comme une simple extension du droit de communication au public ou de mise à la disposition du public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE, les termes employés étant identiques.

35. Une interprétation contextuelle met rapidement cette conclusion hâtive en doute.

Si l'on s'en tient tout d'abord à la formulation du texte du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, comparée à la formulation des paragraphe 1^{er}, alinéa 2 et paragraphe 2, on voit que ces seconds font expressément référence au droit de communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE, là où le premier n'opère aucun renvoi exprès. Ceci pourrait laisser entendre que le droit de communication au public visé par cet article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, constitue en réalité un droit de communication au public *sui generis*, distinct de celui visé à l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

Le contraste avec la rédaction de l'article 15, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la directive (UE) 2019/790 est d'ailleurs sur ce point saisissant et donne du crédit à cette interprétation. En effet, pour consacrer un nouveau droit (notamment) de communication au public aux éditeurs de

¹³¹ Voy. à l'origine en droit d'auteur, C.J.C.E., 7 décembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 31.

¹³² Considérants 1 et 2.

¹³³ Voy. spéc. M. HUSOVEC, J. P. QUINTAIS, « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », *op. cit.* (note 43) ; Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), « Projet d'avis concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique », *op. cit.* (note 43) (qui insiste sur le caractère exclusif dudit droit de communication au public).

publications presse pour l'utilisation en ligne de celles-ci par les fournisseurs de services de la société de l'information, ledit article 15 procède par renvoi exprès à l'article 3 de la directive 2001/29/CE¹³⁴ (et ce alors même que la portée des deux droits de communication au public diffèrent¹³⁵). En termes légistiques, il eut été plus cohérent pour le législateur de procéder de la même manière s'il avait voulu effectivement conférer au droit de communication au public visé à l'article 17 paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} de la directive (UE) 2019/790, la même portée qu'à celui consacré à l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

Alternativement, dès lors que le fournisseur de services de partage de contenus en ligne n'est pas à proprement parler à l'origine de la communication au public qu'il effectue – celle-ci étant entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs –, le législateur aurait pu estimer que l'acte accompli par ce fournisseur (au sens de l'article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}) « particip[e] à un acte unique de communication au public » (au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE) déclenché par un utilisateur. Mais dans ce cas à nouveau, il eut été plus cohérent sur le plan légistique d'employer ce type de formulation, par ailleurs retenue pour définir le régime spécifique de la « transmission de programmes par injection directe » de l'article 8 de la directive (UE) 2019/789¹³⁶, adoptée le même jour que la directive (UE) 2019/790.

Tous ces éléments de texte sont de nature à accréditer l'hypothèse suivant laquelle le droit de communication au public visé à l'article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, est un droit *sui generis*, distinct du droit de communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

2. Interprétation téléologique : appréciation individualisée du droit de communication au public

36. Au-delà de cette analyse quelque peu formelle et indépendamment de la pertinence de la qualification *sui generis* pour le droit de communication au public visé à l'article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, il convient surtout de s'interroger sur sa portée.

Pour ce faire, il importe d'identifier l'approche la plus susceptible d'être suivie par la CJUE, « notionnelle » ou « **fonctionnelle** » (voy. *supra*, n° 30). A la lumière de la jurisprudence de la CJUE en matière de communication au public, il nous paraît plus probable qu'elle adoptera la seconde approche.

¹³⁴ « (...) Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse établis dans un État membre les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation en ligne de leurs publications de presse par des fournisseurs de services de la société de l'information (...) ».

¹³⁵ En ses alinéas 2 à 4, l'article 15, paragraphe 1^{er}, énonce en effet une série de limitations aux droits reconnus à l'alinéa 1^{er}.

¹³⁶ Directive (UE) 2019/789 du 17 avril 2019 établissant les règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil, *J.O.U.E.* du 17 mai 2019, L 130/82, Article 8, paragraphe 1^{er} : « Lorsqu'un organisme de radiodiffusion transmet par injection directe ses signaux porteurs de programmes à un distributeur de signaux sans que l'organisme de radiodiffusion ne transmette lui-même simultanément ces signaux porteurs de programmes directement au public, et que le distributeur de signaux transmet au public ces signaux porteurs de programmes, l'organisme de radiodiffusion et le distributeur de signaux sont considérés comme participant à un acte unique de communication au public, pour lequel ils obtiennent une autorisation des titulaires de droits. Les États membres peuvent prévoir les modalités d'obtention de l'autorisation des titulaires de droits ».

37. En effet, dans un arrêt *Del Corso*¹³⁷, la CJUE s'est prononcée sur le rapport entre les notions de « communication au public » figurant respectivement à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100/CEE (aujourd'hui 2006/115/CE) relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle et à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE. Elle a conclu que la première devait faire l'objet d'une « appréciation individualisée » aux termes d'un raisonnement qu'il convient de reproduire dans son intégralité :

« 74. Il résulte de la comparaison des articles 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et 8, paragraphe 2, de la directive 92/100 que la notion de «communication au public» figurant dans ces dispositions est utilisée dans des contextes qui ne sont pas identiques et vise des finalités, certes similaires, mais toutefois en partie divergentes.

75. En effet, les auteurs disposent, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, d'un droit de nature préventive leur permettant de s'interposer entre d'éventuels utilisateurs de leur œuvre et la communication au public que ces utilisateurs pourraient envisager d'effectuer, et ce afin d'interdire celle-ci. En revanche, les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes bénéficient, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, d'un droit à caractère compensatoire, qui n'est pas susceptible de s'exercer avant qu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, soit ou ait déjà été utilisé pour une communication au public par un utilisateur.

76. Il s'ensuit, s'agissant plus particulièrement de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, d'une part, que cette disposition implique une appréciation individualisée de la notion de communication au public. Il en est de même en ce qui concerne l'identité de l'utilisateur et la question de l'utilisation du phonogramme en question.

77. D'autre part, l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100 s'exerçant dans le cas d'une utilisation de l'œuvre, il s'avère, dès lors, que le droit visé par cette disposition est un droit de nature essentiellement économique.

78. Ainsi, afin d'apprécier si un utilisateur réalise un acte de communication au public, au sens de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, il convient, conformément à l'approche individualisée, telle que constatée au point 76 du présent arrêt, d'apprécier la situation d'un utilisateur précis ainsi que celle de l'ensemble des personnes auxquelles il communique les phonogrammes protégés.

79. Aux fins d'une telle appréciation, il importe de tenir compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres. Par conséquent, il y a lieu de les appliquer tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres, étant entendu qu'ils peuvent, dans différentes situations concrètes, être présents avec une intensité très variable »¹³⁸.

Sur ces différents points, le raisonnement nous paraît largement transposable à l'examen du rapport entre les notions de « communication au public » respectivement aux articles 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la directive (UE) 2019/790 et 3 de la directive 2001/29/CE.

¹³⁷ C.J.U.E., 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, C-135/10.

¹³⁸ Nous soulignons.

D'abord, il apparaît que le droit de communication au public visé à l'article 17 poursuit une finalité propre, à savoir combler le « value gap » (voy. *supra*, n° 15). Ceci ressort à suffisance du considérant 61, spécialement en tant qu'il fait référence à la difficulté spécifique rencontrée par les titulaires de droits pour obtenir une rémunération appropriée en contrepartie des utilisations de leurs œuvres (et autres objets protégés) réalisées sur les plateformes de partage¹³⁹.

Ensuite, s'il est vrai qu'à la différence du droit visé à l'article 8, paragraphe 2 de la directive 92/100/CEE (aujourd'hui 2006/115/CE), le droit visé à l'article 17 est bien de nature préventive – en ce sens que toute communication au public au sens de celui-ci requiert le consentement préalable du titulaire de droits^{140 141} –, le caractère préventif de ce droit est toutefois limité par rapport à celui de l'article 3 de la directive 2001/29/CE. En effet, pour peu que le fournisseur de services de partage de contenus en ligne démontre qu'il a fourni ses « meilleurs efforts pour obtenir une autorisation », le droit visé à l'article 17 ne permettra pas de prévenir « toute communication au public qu'il pourrait envisager d'effectuer » mais uniquement celles portant sur des œuvres et autres objets protégés pour lesquelles les titulaires de droits ont fourni audit fournisseur les « informations pertinentes et nécessaires » et/ou lui ont envoyé une « notification suffisamment motivée »¹⁴². Ce type de formalité préalable à la mise en œuvre du droit visé à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 ne conditionne aucunement à la mise en œuvre du droit visé à l'article 3 de la directive 2001/29/CE¹⁴³.

Enfin, eu égard à l'objectif de combler le « value gap » mais aussi parce que sa mise en œuvre est entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs – et donc qu'elle « soit ou ait déjà été utilisé pour une communication au public par un utilisateur » –, le droit visé à l'article 17 peut vraisemblablement être considéré, si pas comme un « droit à caractère compensatoire », en tout cas et à tout le moins, comme un « droit de nature essentiellement économique »¹⁴⁴.

Il s'ensuit que le droit de communication au public de l'article 17 devrait, pareillement, être susceptible d'une « **appréciation individualisée** »¹⁴⁵.

38. Certainement, l'on devra considérer avec la CJUE qu'au sens de cette disposition, de la même manière qu'au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE, « la notion de communication au public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un “acte de communication” d'une œuvre et la communication de cette dernière à un “public” »¹⁴⁶. Ils devront donc recevoir la même interprétation et l'arrêt *Ziggo*¹⁴⁷ de la CJUE constituera à cet égard, dans cette riche jurisprudence, le précédent le plus pertinent.

¹³⁹ Comp. *Del Corso*, point 74.

¹⁴⁰ Comp. C.J.U.E., 16 novembre 2016, *Soulier et Doke*, C-301/15, point 33 : « (...) 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 ».

¹⁴¹ En ce sens également, voy. ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE (ALAI), « Projet d'avis concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique », *op. cit.* (note 43), p. 2.

¹⁴² Article 17, paragraphe 4.

¹⁴³ Comp. *Del Corso*, point 75.

¹⁴⁴ Comp. *Del Corso*, points 75 et 77.

¹⁴⁵ Comp. *Del Corso*, point 76.

¹⁴⁶ C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein c. Ziggo et XS4ALL Internet*, C-610/15, point 24.

¹⁴⁷ *Ibid.*

39. Là où l'interprétation pourra s'écarter de la jurisprudence précitée, c'est précisément en considération du « **caractère lucratif** » de la communication.

Dans un arrêt *Football Association Premier League*¹⁴⁸, la CJUE a en effet considéré que le « caractère lucratif d'une "communication", au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le droit d'auteur, n'est pas dénué de pertinence »¹⁴⁹. Dans son arrêt *Del Corso* précité, la CJUE a indiqué qu'il constitue l'un des « critères complémentaires » visé au point 79 et pertinents aux fins de l'« appréciation individualisée ». Transposant l'enseignement précité de l'arrêt *Football Association Premier League*, la CJUE dans son arrêt *Del Corso* a d'ailleurs estimé qu'« [i]l doit en aller à plus forte raison en présence du droit à une rémunération équitable, tel que prévu à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, eu égard à la nature essentiellement économique de ce droit »¹⁵⁰.

Alors certes, le fournisseur de services de partage de contenus en ligne, pour être visé par la directive (UE) 2019/790, doit nécessairement poursuivre des « fins lucratives », s'agissant d'un élément essentiel de sa définition au sens de l'article 2, sous 6). Mais ces fins doivent être poursuivies dans le cadre d'une activité consistant à stocker, organiser, promouvoir et donner au public l'accès à des œuvres ou à d'autres objets protégés « qui ont été versés par ses utilisateurs ».

C'est donc le but lucratif poursuivi par ces utilisateurs qui nous paraît pertinent, le cas échéant. Or à propos de la qualification de communication au public des hyperliens, la CJUE a considéré dans son arrêt *GS Media*¹⁵¹ qu'

« [a]ux fins de l'appréciation individualisée de l'existence d'une "communication au public", au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, il convient ainsi, lorsque le placement d'un lien hypertexte vers une œuvre librement disponible sur un autre site Internet est effectué par une personne qui, ce faisant, ne poursuit pas un but lucratif, de tenir compte de la circonstance que cette personne ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur »¹⁵².

Cette personne qui ne poursuit pas de but lucratif n'effectue donc pas une communication au public, sauf s'il est établi qu'elle « savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet (...) »¹⁵³.

Inversément,

« lorsque le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte, de sorte qu'il y a lieu de présumer que ce placement est

¹⁴⁸ C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08.

¹⁴⁹ *Premier League*, point 204.

¹⁵⁰ C.J.U.E., 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, C-135/10, point 88 (nous soulignons).

¹⁵¹ C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

¹⁵² *GS Media*, point 47 (nous soulignons).

¹⁵³ *GS Media*, point 49. Voy. aussi le point 50.

intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur. Dans de telles circonstances, et pour autant que cette présomption réfragable ne soit pas renversée, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégalement publiée sur Internet constitue une "communication au public", au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 »¹⁵⁴.

Autrement dit, dans la mesure où l'existence d'un acte de communication au public au sens de l'article 17 dans le chef de la plateforme est entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs, le but lucratif ou non poursuivi par cet utilisateur pour une communication spécifique – indépendamment du but lucratif nécessairement poursuivi par la plateforme en général – pourrait justifier, toujours dans le cadre d'une « appréciation individualisée », un traitement différencié de la portée du droit de communication au public au sens de l'article 17. A cet égard, on relève d'ailleurs qu'en cas d'obtention par la plateforme de l'autorisation visée à l'article 17, paragraphe 1^{er}, il est expressément prévu, aux termes du paragraphe 2, que cette autorisation « couvre également les actes accomplis par les utilisateurs des services (...) lorsqu'ils n'agissent pas à titre commerciale [*sic*] ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs ».

Aussi, la portée du droit de communication au public visé à l'article 17 devrait pouvoir être modulée par la CJUE pour ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs. Cette limitation se traduira concrètement dans l'étendue de l'obligation de filtrage qui incombe au fournisseur de services de partage de contenus en ligne, que nous détaillerons *infra* (n° 70 et s.).

3. Limitation du droit de communication au public dans le cadre des droits fondamentaux
 - a) *Principe d'une limitation*

40. L'hypothèse avancée d'une limitation possible par la CJUE de la portée du droit de communication au public visé à l'article 17 – qui se dégage principalement d'une interprétation contextuelle en application du troisième principe identifié *supra* (n° 30) – trouve par ailleurs un appui solide dans sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux.

Comme nous l'avons déjà relevé, la CJUE a souligné, pour la première fois dans un arrêt *Scarlet*¹⁵⁵, que

« [l]a protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union. Cela étant, il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue »¹⁵⁶.

Et lorsqu'il s'agit de concilier la protection de ce droit avec d'autres droits et libertés pareillement consacrés par la Charte, la CJUE opère à l'aide du critère du « juste équilibre », ainsi que nous l'avons vu *supra* (n° 30).

¹⁵⁴ *GS Media*, point 51.

¹⁵⁵ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10.

¹⁵⁶ *Scarlet*, point 43 (nous soulignons). Voy. par ailleurs la jurisprudence citée *supra*, note 104.

Au départ de cette prémisse, la CJUE a déjà pu estimer dans un arrêt *UPC Telekabel*¹⁵⁷, au stade de la mise en œuvre du droit d'auteur, que, sous certaines conditions,

« bien que les mesures prises en exécution d'une injonction, telle que celle en cause au principal, ne soient pas susceptibles d'aboutir, le cas échéant, à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle, elles ne sauraient être considérées pour autant comme incompatibles avec l'exigence d'un juste équilibre à trouver, conformément à l'article 52, paragraphe 1, in fine, de la Charte, entre tous les droits fondamentaux applicables (...) »¹⁵⁸.

La CJUE a en effet considéré, s'agissant d'une injonction de blocage faite à un fournisseur d'accès à Internet, que les mesures adoptées devaient

« être suffisamment efficaces pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental »¹⁵⁹.

Aussi, la CJUE pourrait déjà trouver dans ce précédent un appui au soutien d'une **limitation** du droit de communication au public visé à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, laquelle se traduirait concrètement, **au stade de la mise en œuvre**, dans une obligation de filtrage limitée dans le chef du fournisseur de services de partage de contenus en ligne (voy. *infra*, n° 70 et s.),

41. Mais plus fondamentalement, toujours au départ de cette même prémisse, la CJUE a clairement indiqué dans un arrêt *Pelham*¹⁶⁰ à propos de la pratique de l'échantillonnage (« *sampling* »), que

« considérer qu'un échantillon, prélevé sur un phonogramme, et utilisé dans une nouvelle œuvre sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute aux fins d'une création artistique propre, constitue une « reproduction » de ce phonogramme, au sens de l'article 2, sous c), de la directive 2001/29 (...) méconnaît (...) l'exigence de juste équilibre (...) »¹⁶¹,

en l'occurrence entre le droit voisin protégé en tant que droit de propriété intellectuelle par l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, d'une part, et de la liberté des arts, protégée par l'article 13 de la Charte. La CJUE a dès lors conclu que le droit de reproduction du producteur de phonogrammes devait être limité en conséquence.

Il en ressort que, dans l'approche de la CJUE, l'interprétation à la lumière du « juste équilibre » est susceptible de justifier une **limitation d'un droit de propriété intellectuelle dans sa**

¹⁵⁷ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12.

¹⁵⁸ *UPC Telekabel*, point 63 (nous soulignons).

¹⁵⁹ *UPC Telekabel*, point 62 (nous soulignons).

¹⁶⁰ C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17.

¹⁶¹ *Pelham*, point 37 (nous soulignons).

définition même¹⁶². L'arrêt *Pelham* paraît donc constituer un second soutien solide à l'appui d'une limitation par la CJUE du droit de communication au public visé à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, cette fois dans le cadre de sa définition même – en amont –, justifiant d'autant plus une limitation – en aval – de l'obligation de filtrage censée en assurer la protection.

Le rapprochement est d'ailleurs d'autant plus pertinent si l'on a égard à la justification du droit voisin du producteur de phonogrammes, à savoir de permettre à celui-ci d'obtenir « un rendement satisfaisant de l'investissement »¹⁶³ ce qui, peu ou prou, rejoint la logique économique poursuivie par l'article 17 de combler le « value gap ». Or, si la CJUE estime dans cet arrêt *Pelham* pouvoir interpréter la portée de son droit de reproduction comme ne s'étendant pas à l'utilisation d'un échantillon « sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute », c'est précisément parce que cela « ne port[e] pas atteinte à la possibilité qu'a ledit producteur d'obtenir un rendement satisfaisant de son investissement »¹⁶⁴.

43. Enfin, l'arrêt *GS Media*¹⁶⁵ déjà évoqué nous paraît un troisième soutien, certainement le plus solide, sur lequel la CJUE est susceptible de s'appuyer pour limiter la portée du droit de communication au public visé à l'article 17. Car si formellement, l'on ne retrouve pas dans sa formulation la prémisse rappelée ci-dessus (suivant laquelle la protection du droit de propriété intellectuelle n'est pas absolue), on y trouve par contre celle peut-être plus importante encore et déjà soulignée *supra* (n° 31) suivant laquelle

« l'harmonisation effectuée par [la] directive 2001/29 vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre [entre différents droits fondamentaux garantis par la Charte] (...) »¹⁶⁶.

Et il nous paraît très clair que sur ce fondement, la CJUE a entendu limiter la portée du droit de communication au public pour ce qui concerne les hyperliens placés par des particuliers qui ne poursuivent pas un but lucratif. Si cet arrêt a pu faire l'objet de vives critiques, on comprend à l'analyse que le raisonnement déployé par la CJUE est tourné vers le maintien de sa jurisprudence *Svensson*¹⁶⁷ tout en évitant les conséquences dommageables de celle-ci – suivant les deux lectures qui en étaient proposées – en termes de droits fondamentaux. D'où cette troisième voie, inédite, dans laquelle s'est inscrite la CJUE, celle d'une « présomption » fonction du caractère lucratif ou non du placement de l'hyperlien¹⁶⁸.

Ainsi si les différences factuelles des situations visées à l'arrêt *GS Media* et à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 font obstacle à un transport pur et simple de la solution du premier au second, la recherche du « juste équilibre » qui la sous-tend permet d'envisager que, dans cette seconde situation également, la CJUE puisse, dans le cadre d'une « appréciation individualisée » du droit de communication au public visé à l'article 17, en limiter la portée pour ce qui concerne les œuvres ou autre objets protégés téléversés par un utilisateur qui n'agit

¹⁶² Voy. spéc. notre analyse, 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 », *op. cit.* (note 26), spéc. pp. 209-215.

¹⁶³ Voy. le considérant 10 de la directive 2001/29/CE.

¹⁶⁴ *Pelham*, point 38.

¹⁶⁵ C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

¹⁶⁶ *GS Media*, point 31 (nous soulignons).

¹⁶⁷ C.J.U.E., 13 février 2014, *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige*, C-466/12.

¹⁶⁸ Voy. notre analyse en ce sens, J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique : voyage intertextuel au pays des hyperliens », *op. cit.* (note 21), spéc. pp. 75-79.

pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs, et ce précisément aux fins de respecter ce « juste équilibre ». Et nous verrons *infra* (n° 70 et s.) comment ceci se traduira dans l'obligation de filtrage limitée dans le chef du fournisseur de services de partage de contenus en ligne.

On relèvera encore que si la CJUE a pu dans ces arrêts *Pelham* et *GS Media*, dans le cadre de la directive 2001/29/CE, limiter respectivement les droits de reproduction (droits voisins) et de communication au public en dépit du premier principe d'interprétation téléologique suivant lequel ces droits doivent être interprétés largement (voy. *supra*, n° 31), à plus forte raison devrait-elle pouvoir le faire dans le cadre de la directive (UE) 2019/790. En effet, alors que les considérants de la première font expressément référence au fait que ces droits doivent être définis largement¹⁶⁹, on ne retrouve aucun considérant similaire dans la seconde.

Tout indique donc qu'une limitation du droit visé à l'article 17 par la CJUE est plus que probable ou, à tout le moins, possible.

b) *Limites d'une limitation*

44. Reste encore la question de savoir si la limitation que l'on entrevoit est susceptible de satisfaire aux exigences de l'article 52, paragraphe 1^{er} de la Charte, qui dispose que

« Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Dans un ouvrage relatif aux méthodes d'interprétation de la CJUE publié récemment, le Président LENAERTS et son référendaire GUTTIEREZ-FONS ont tenté de systématiser quelque peu les conditions de cet article 52, paragraphe 1^{er}.

A les suivre, il ressort de cette disposition qu'une limitation devra, en tout état de cause, « respecter le **contenu essentiel** » du droit fondamental concerné¹⁷⁰, ce qui suppose qu'il « ne soit pas remis en cause en tant que tel »¹⁷¹. En d'autres termes, « [l]a notion de "contenu essentiel" opère ainsi en tant que "limite aux limitations" qui peuvent s'imposer à l'exercice d'un droit fondamental »¹⁷².

Au titre des **objectifs légitimes** qui peuvent justifier une limitation d'un droit fondamental en vertu de cette disposition figure le « besoin de protection des droits et libertés d'autrui », lesquels, précisent-ils, incluent notamment les droits fondamentaux des tiers¹⁷³.

¹⁶⁹ Considérants 21 et 23.

¹⁷⁰ Voy. pour une tentative récente de définition du contenu essentiel du droit de propriété intellectuelle, M. HUSOVEC, « The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, pp. 840-863.

¹⁷¹ Voy. not. C.J.U.E., 20 mars 2018, *Menci*, C-524/15, point 43, cité sur ce point in K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 131, n° 156.

¹⁷² K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 127, n° 151.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 132, n° 157.

Quant au principe de **proportionnalité** à l'aune duquel il convient d'apprécier ladite limitation, il comporterait, toujours selon eux, trois exigences :

« En premier lieu, la mesure en cause qui limite l'exercice d'un ou plusieurs droits fondamentaux doit être "apte" à la réalisation de l'objectif poursuivi, en contribuant à sa réalisation. En deuxième lieu, cette mesure doit être "nécessaire", ce qui implique l'absence de mesures moins contraignantes qui permettent de réaliser l'objectif poursuivi d'une manière aussi efficace. En troisième et dernier lieu, la mesure doit être proportionnée "stricto sensu" : "les inconvénients causés par la [mesure en cause] ne sont pas démesurés par rapport aux objectifs poursuivis" »¹⁷⁴.

On a toutefois pu observer que « [c]e raisonnement en "trois temps" (...) ne constitue pas (...) le modèle unique, ni même dominant, du contrôle de proportionnalité mené par la Cour de justice »¹⁷⁵. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine du « droit d'auteur » où l'examen nous paraît entièrement mené dans la cadre de la recherche du « juste équilibre »¹⁷⁶.

Ceci étant, d'un point de vue méthodologique¹⁷⁷, l'examen du principe de proportionnalité ne devrait intervenir que dans un second temps éventuel, après qu'il a été établi que la limitation respecte le « contenu essentiel » du droit. En effet,

« une fois qu'il est établi qu'un acte de l'Union – ou une mesure nationale mettant en œuvre le droit de l'Union – ne respecte pas le contenu essentiel d'un droit fondamental, cet acte – ou cette mesure – est automatiquement disproportionné. En revanche, un acte de l'Union – ou une mesure nationale mettant en œuvre le droit de l'Union – peut respecter le contenu essentiel d'un droit fondamental, sans pour autant être conforme au principe de proportionnalité »¹⁷⁸.

45. Ainsi que nous le verrons *infra* (n° 70 et s.), la limitation suggérée du droit de communication au public visé à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 sera justifiée par l'objectif de préserver la liberté d'expression et d'information (en ce compris la liberté des arts¹⁷⁹) et la liberté d'entreprise, garantis respectivement à l'article 11 (et 13) et 16 de la Charte des droits fondamentaux. Dans cette mesure, elle poursuit bien un objectif légitime et nous verrons dans quelle mesure elle est susceptible de satisfaire au test de proportionnalité.

Pour l'heure, suivant la méthodologie esquissée ci-dessus, il nous convient donc de vérifier si, *a priori*, une limitation de ce droit de communication au public, dans la mesure évoquée, est

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 134, n° 160. Voy. également S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, « Article 52-1 – Limitations aux droits garantis », in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 1274-1275, n° 40.

¹⁷⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *op. cit.* (note 174), p. 1280, n° 48.

¹⁷⁶ Voy. de manière générale 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 », *op. cit.* (note 26).

¹⁷⁷ Voy. spéc., insistant particulièrement sur cet aspect, K. LENAERTS, « Limits on Limitations : The Essence of Fundamental Rights in the EU », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, pp. 787-788.

¹⁷⁸ K. LENAERTS, J. A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 12), p. 131, n° 156.

¹⁷⁹ La CJUE a énoncé expressément que la liberté des arts garantie à l'article 13 relève de la liberté d'expression garantie à l'article 11, voy. C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17, point 34.

susceptible de respecter le « contenu essentiel » du droit de propriété intellectuelle protégé par l'article 17, paragraphe 2, de ladite Charte¹⁸⁰.

46. Vraisemblablement, à suivre le raisonnement de la CJUE dans son arrêt *Luksan*¹⁸¹, il nous paraît que le titulaire des droits sur une œuvre (ou un autre objet protégé) téléversé par l'utilisateur des services d'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne

« doit être regardé comme ayant légalement acquis, en vertu du droit de l'Union, le droit de jouir de la propriété intellectuelle de cette œuvre »¹⁸².

Il ne peut donc être question de lui refuser tout droit d'exploitation sur cette œuvre, car cela

« équivaldrait à le priver de son droit de propriété intellectuelle légalement acquis »¹⁸³.

47. A cet égard, on relève que la CJUE a précisé notamment dans ses arrêts *Coty Germany*¹⁸⁴ et *Bastei Lübbe*¹⁸⁵, au visa de l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte, qu'

« une mesure qui entraîne une atteinte caractérisée à un droit protégé par la Charte doit être considérée comme ne respectant pas l'exigence que soit assuré un tel juste équilibre entre les droits fondamentaux qui doivent être conciliés »¹⁸⁶.

Dans ces deux arrêts, elle a considéré que dans les circonstances des deux espèces, le secret dont pouvait exciper respectivement un établissement bancaire – pour protéger le droit fondamental à la protection des données personnelles de ses clients, garanti à l'article 8 de la Charte – et les membres d'une famille – pour protéger le droit fondamental au respect de la vie privée et familiale, garanti à l'article 7 de la Charte – entraînait une

« atteinte caractérisée au droit fondamental à un recours effectif [garanti à l'article 47 de la Charte] et, en définitive, au droit fondamental de propriété intellectuelle (...) et, (...) ne respect[ait] pas, dès lors, l'exigence consistant à assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux (...) »¹⁸⁷.

¹⁸⁰ De son analyse de la jurisprudence de la CJUE, M. HUSOVEC tire les conclusions suivantes quant au contenu essentiel du droit de propriété intellectuelle : « (...) First, the notion of essence is hardly applied in the context of intellectual property rights. (...) Second, any reference to essence in the case-law of the CJEU only points towards a higher level of scrutiny, but not towards an untouchable core of rights that may not be abolished by the legislator. (...) Third, on its own, Article 17(2) is void of any inviolable core understood as a red line which cannot be bridged by any considerations of proportionality. (...) », voy. M. HUSOVEC, « The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter », *op. cit.* (note 170), p. 855.

On relèvera par ailleurs avec M. HUSOVEC que dans l'approche de la CJUE, l'examen d'une limitation du droit de propriété intellectuelle demeure ancrée dans le contrôle de proportionnalité, comp. p. 855 : « (...) the main paradigm of the constitutional protection of intellectual property rights on the EU level clearly remains that of proportionality, which allows entitlements to be entirely abolished at the will of the legislator, subject to the Charter safeguards (...) ».

¹⁸¹ C.J.U.E., 9 février 2012, *Luksan c. van der Let*, C-277/10.

¹⁸² *Luksan*, point 69.

¹⁸³ *Luksan*, point 70.

¹⁸⁴ C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Coty Germany c. Stadtsparkasse Magdeburg*, C-580/13.

¹⁸⁵ C.J.U.E., 18 octobre 2018, *Bastei Lübbe c. Strotzer*, C-149/17.

¹⁸⁶ *Coty Germany*, point 35 ; *Bastei Lübbe*, point 45 (nous soulignons).

¹⁸⁷ *Coty Germany*, point 41. Comp. *Bastei Lübbe*, point 51.

La possibilité d'invoquer ce secret rendait en effet impossible l'identification de l'atteinte et/ou de l'auteur de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle en cause, respectivement le droit de marque et le droit d'auteur¹⁸⁸.

Dans les circonstances de l'affaire *Bastei Lübbe*, la possibilité d'invoquer ce secret permettait même de faire échec à toute responsabilité civile du titulaire de la connexion à Internet par laquelle des atteintes au droit d'auteur avaient été commises. Mais spécialement dans ce dernier cas, la CJUE a estimé qu'

« [i]l en irait toutefois différemment [s'agissant du respect du juste équilibre] si, en vue d'éviter une ingérence jugée inadmissible dans la vie familiale, les titulaires de droits pouvaient disposer d'une autre forme de recours effectif, leur permettant notamment, dans ce cas, de faire reconnaître la responsabilité civile du titulaire de la connexion à Internet en cause »¹⁸⁹.

S'agissant plus spécifiquement du droit à un recours effectif, la CJUE a semblé opiner dans le même sens, lorsqu'existe

« d'autres moyens, procédures et voies de recours qui permettraient aux autorités judiciaires compétentes d'ordonner que soient fournis les renseignements nécessaires permettant d'établir, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, l'atteinte au droit d'auteur ainsi que d'identifier l'auteur de cette dernière »¹⁹⁰.

Autrement dit, l'existence d'une autre mesure « suffisamment efficace pour assurer une protection effective »¹⁹¹ du droit de propriété intellectuelle pourrait vraisemblablement permettre, de l'avis de la CJUE, de respecter le « juste équilibre », ce qui implique donc que le « contenu essentiel » du droit de propriété intellectuelle soit respecté.

48. Or, dans la situation envisagée dans le cadre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, les titulaires de droits disposeront toujours d'une mesure permettant de faire respecter le droit de communication au public qu'il organise, même en cas de limitation de celui-ci traduite concrètement dans une obligation de filtrage limitée pour ce qui concerne les œuvres ou autre objets protégés téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs.

En effet, dans tous les cas où l'œuvre ou l'autre objet protégé téléversé par l'utilisateur n'est pas couvert par une autorisation, le titulaire de droits disposera de la possibilité, en amont, de fournir au fournisseur de services les « informations pertinentes et nécessaires » afin qu'il en garantisse l'indisponibilité – dans la limite de ses « meilleurs efforts » –, sous peine d'engager sa responsabilité¹⁹². Et en aval, ce même titulaire de droits aura toujours la possibilité d'envoyer une « notification suffisamment motivée » audit fournisseur, qui pareillement engagera sa responsabilité s'il n'a pas agi promptement, dès réception de celle-ci, pour bloquer l'accès à

¹⁸⁸ *Coty Germany*, points 36-38 ; *Bastei Lübbe*, points 35-36 et 51-52.

¹⁸⁹ *Bastei Lübbe*, point 53 (nous soulignons).

¹⁹⁰ *Bastei Lübbe*, point 54 (nous soulignons). Comp. *Coty Germany*, point 42.

¹⁹¹ Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, point 62.

¹⁹² Article 17, paragraphe 4, sous b).

ladite œuvre ou la retirer de son site Internet¹⁹³. Il ressort d'ailleurs du considérant 66 que suivant le cas, il n'est pas exclu que cette possibilité soit la seule envisageable¹⁹⁴.

49. Par ailleurs, en tout état de cause et indépendamment de ses possibilités d'engager la responsabilité du fournisseur, **le titulaire de droits ne sera jamais privé de tout droit d'exploitation**¹⁹⁵ puisqu'il disposera toujours de la possibilité de faire valoir son droit de propriété intellectuelle (au sens de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte) à l'encontre de l'utilisateur concerné, sur la base de l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

50. Aussi une limitation de la protection du droit de communication au public visé l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, telle qu'envisagée, semble respecter le « contenu essentiel » du droit de propriété intellectuelle.

Certes, il en résulterait, au titre de cet article 17, une protection différenciée suivant que les œuvres ou autres objets protégés ont été téléversés par un utilisateur qui agit ou non à titre commercial ou dont l'activité génère ou non des revenus significatifs. Mais ceci ne nous paraît pas problématique lorsque l'on situe cet article dans le cadre plus large de la protection du droit d'auteur en tant que droit fondamental, puisque celui-ci bénéficierait en tout état de cause d'une protection effective (à tout le moins via la protection de l'article 3 de la directive 2001/29/CE).

Enfin et de manière décisive, on relèvera que la CJUE a considéré dans un arrêt *Cofemel*¹⁹⁶ qu'

« [i]l découle du libellé de [l'article 17, paragraphe 2, de la Charte] que les objets constituant une propriété intellectuelle bénéficient d'une protection au titre du droit de l'Union. En revanche, il n'en résulte pas que de tels objets ou catégories d'objets doivent tous bénéficier d'une protection identique »¹⁹⁷.

Rien ne semble donc s'opposer à ce que le droit de communication au public visé l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 puisse être limité dans la mesure évoquée. Reste à voir comment cette limitation pourrait être organisée concrètement, dans le respect des exigences du « juste équilibre », ce qui revient à considérer l'étendue de l'obligation de filtrage.

C. Une obligation de filtrage limitée

51. A la lumière des exigences du contrôle de proportionnalité rappelée ci-dessus (voy. *supra*, n° 44), on comprend que la possibilité d'imposer une obligation de filtrage afin d'assurer la protection du droit d'auteur ne va pas de soi. Encore faut-il en effet qu'elle soit « apte » à assurer ladite protection, « nécessaire » et « proportionnée *stricto sensu* ».

¹⁹³ Article 17, paragraphe 4, sous c).

¹⁹⁴ Considérant 66 : « (...) Différents moyens pourraient être appropriés et proportionnés, en fonction du type de contenu, et il ne peut dès lors être exclu que dans certains cas, la disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne puisse être évitée que sur notification des titulaires de droits (...) ».

¹⁹⁵ Comp. C.J.U.E., 9 février 2012, *Luksan c. van der Let*, C-277/10, points 69-70.

¹⁹⁶ C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel c. G-Star Raw*, C-683/17.

¹⁹⁷ *Cofemel*, point 38 (nous soulignons).

Ce « triptyque *appropriation – nécessité – proportionnalité* »¹⁹⁸ est difficile à manier¹⁹⁹, singulièrement lorsque la limitation à un droit fondamental est elle-même justifiée par l'objectif de protéger un autre droit fondamental. *A fortiori* dira-t-on lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de concilier non pas deux mais plusieurs droits fondamentaux. C'est vraisemblablement ce qui explique pourquoi dans le domaine du droit d'auteur, l'ensemble de l'analyse de la CJUE soit subsumée sous le critère du « juste équilibre », à l'aune duquel nous entendons proposer cette lecture prospective de l'article 17.

Ceci étant, il nous paraît que l'examen du principe même d'une obligation de filtrage à la lumière du « juste équilibre » rejoint largement les conditions d' « appropriation » et de « nécessité », tandis que l'examen des modalités de pareille obligation semble mettre en œuvre la condition de « proportionnalité » proprement dite. C'est donc suivant ce plan en deux parties que nous déploierons notre analyse à la lumière du « juste équilibre ».

52. Avant de procéder à l'analyse, deux précisions s'imposent encore.

Premièrement, l'analyse qui suit ne se prononce aucunement sur le bien-fondé d'autres options envisagées pour ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 17, lesquelles ont en commun de préférer, en lieu et place du droit exclusif, un système de compensation²⁰⁰. Le cas échéant, ces propositions pourraient constituer aux yeux de la CJUE des « mesures moins contraignantes qui permettent de réaliser l'objectif poursuivi [de protéger les différents droits fondamentaux en cause] d'une manière aussi efficace (...) »²⁰¹ qu'une obligation de filtrage. Nous avons toutefois la faiblesse de penser que la CJUE restera attachée à la logique du droit « préventif », qui semble caractériser également le droit de communication au public visé à l'article 17, paragraphe 1^{er} ²⁰², et ne sanctionnera pas le principe d'une obligation de filtrage aux fins de garantir ce droit préventif au motif qu'un système de compensation pourrait être envisagé.

Deuxièmement, l'analyse du « juste équilibre » sera menée exclusivement en considération des libertés d'expression et d'information (en ce compris la liberté des arts²⁰³), liberté d'entreprise et droit de propriété intellectuelle, garantis respectivement aux articles 11 (et 13), 16 et 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, à l'exclusion donc du droit à la

¹⁹⁸ La formule est empruntée à S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *op. cit.* (note 174), p. 1279, n° 47.

¹⁹⁹ Même par la CJUE, voy. en ce sens S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *op. cit.* (note 174), p. 1275, n° 42 : « (...) Loin s'en faut toutefois que la pratique de la Cour ait présenté – par le passé –, et présente encore – à l'heure actuelle –, la clarté d'une telle recomposition doctrinale (...) ».

²⁰⁰ Voy. spéc. C. ANGELOPOULOUS, J. P. QUINTAIS, « Fixing Copyright Reform – A Better Solution to Online Infringement », *op. cit.* (note 43), pp. 147-172 ; M. HUSOVEC, J. P. QUINTAIS, « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », *op. cit.* (note 43). Voy. également la Déclaration de l'Allemagne sur le Projet de Directive du Parlement européen et du Conseil 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 (première lecture), 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, 15 avril 2019 : « 11. (...) le droit d'auteur prévoit, outre le "traditionnel" octroi de licences individuelles, de nombreux autres mécanismes (par exemple, des limitations, éventuellement associées à des droits à rémunération, la possibilité de transformer des droits d'exclusivité en droits à rémunération, l'obligation de contracter dans des conditions appropriées et la participation d'associations de professionnels de la création comme par exemple des sociétés de gestion des droits d'auteur). 12. Le gouvernement fédéral examinera l'ensemble de ces modèles (...) ».

²⁰¹ Voy. *supra*, note 174.

²⁰² Voy. *supra*, note 140. L'une des raisons qui nous incline à penser en ce sens tient dans le fait que, même dans les cas où la communication au public ne poursuit pas de but lucratif et est le fait de simple internautes, la CJUE semble insister sur la nature « préventive » du droit visé à l'article 3 de la directive 2001/29/CE, voy. C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15, point 28 ; C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, points 29-30.

²⁰³ Voy. *supra*, note 179.

protection des données à caractère personnel garanti à l'article 8 de la Charte. A notre avis, dans la mesure où l'article 17, paragraphe 9, alinéa 2, de la directive (UE) 2019/790 insiste sur le fait que l'obligation de filtrage devra être compatible avec la réglementation de l'UE en matière de données personnelles²⁰⁴, l'analyse de la compatibilité des modalités de l'obligation de filtrage avec le droit garanti à l'article 8 de la Charte ne peut être menée *in abstracto* (dans le cadre du droit de l'UE) mais uniquement *in concreto*, en considération des mesures de transposition en droit national ou en application de celles-ci. Pareille analyse dépasse donc le cadre de la présente étude.

1. Dans son principe

53. Le principe même d'une obligation de filtrage au titre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 et sa compatibilité avec les droits fondamentaux font débat²⁰⁵. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué dans notre introduction (*supra*, n° 7), le paragraphe 4, sous b), et c), *in fine*, fait d'ailleurs l'objet d'un recours en annulation, actuellement pendant devant la CJUE, introduit par la République de Pologne²⁰⁶. A l'appui de son recours, cette dernière invoque ainsi un « moyen tiré de la violation du droit à la liberté d'expression et d'information garanti par l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». En substance, elle avance que

« l'obligation faite aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne de fournir leurs meilleurs efforts 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 (article 17, paragraphe 4, sous b), de la directive 2019/790) et l'obligation faite aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne de fournir leurs meilleurs efforts pour empêcher que les œuvres et autres objets protégés, pour lesquels les titulaires de droit ont présenté une notification suffisamment motivée, soient téléversés dans le futur (article 17, paragraphe 4, sous c), in fine de la directive 2019/790) 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, ce qui implique par conséquent de mettre en place des mécanismes de contrôle préventif. De tels mécanismes mettent en cause l'essence 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 »²⁰⁷.

Sans disposer des détails de l'argumentation développée par la République de Pologne, l'on pense pouvoir dégager une réponse possible de la CJUE, à la lumière de sa jurisprudence précédente, s'agissant de la compatibilité de principe d'une obligation de filtrage avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, spécialement les articles 11 et 16 qui protègent respectivement la liberté d'entreprise et la liberté d'expression et d'information.

²⁰⁴ Voy. également l'article 28 : « Le traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre de la présente directive est effectué dans le respect de la directive 2002/58/CE et du règlement (UE) 2016/679 ».

²⁰⁵ Voy. spéc. C. ANGELOPOULOS, S. SMET, « Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability », *Journal of Media Law*, 2016, vol. 8, no. 2, pp. 266-301 ; F. ROMERO ROMANO, « 'Upload filters' and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market », *op. cit.*, note 43.

²⁰⁶ Recours introduit le 24 mai 2019, *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-401/19, *J.O.U.E.* du 12 août 2019, C 270/21.

²⁰⁷ Nous soulignons.

a) *L'arrêt Glawischnig-Piesczek et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 15 de la directive 2000/31/CE*

54. A cet égard, le récent arrêt de la CJUE dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek*²⁰⁸ prononcé après l'introduction par la République de Pologne de son recours à l'encontre de l'article 17, laisse clairement penser que le principe d'une mesure de filtrage n'est pas en soi incompatible avec le droit de l'Union.

Bien qu'il ne touche pas la matière des droits intellectuels, la CJUE y déploie un raisonnement visiblement ancré dans sa jurisprudence *L'Oréal*²⁰⁹ – suggéré par son avocat général SZPUNAR²¹⁰ – dans lequel elle avait estimé qu'il est possible, afin d'assurer une « protection effective de la propriété intellectuelle (...) », d'

« enjoindre au prestataire d'un service en ligne, tel que celui mettant à la disposition des internautes une place de marché en ligne, de prendre des mesures qui contribuent de façon effective, non seulement à mettre fin aux atteintes portées au moyen de cette place de marché, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes »²¹¹.

Elle avait en outre souligné dans cet arrêt que pareilles mesures devraient assurer un « juste équilibre entre les différents droits et intérêts [concernés] »²¹².

55. Comme l'indique l'avocat général SZPUNAR dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek*, le fait qu'il soit possible de contraindre un hébergeur de « prévenir » une violation implique logiquement que l'on admette « une certaine forme de surveillance dans le futur »²¹³. C'est donc en suivant vraisemblablement cette logique que la CJUE a estimé, dans ladite affaire, qu'il pouvait être imposé à un hébergeur qui exploite un réseau social comptant de nombreux utilisateurs – en l'occurrence Facebook –, sans que cela puisse être vu comme une « obligation excessive », de procéder à la « surveillance et à la recherche » d'informations dont le contenu est « identique ou équivalent » à celui d'une information préalablement déclarée illicite – car diffamatoire –, et ce en « recour[ant] à des techniques et à des moyens de recherche automatisés »²¹⁴.

56. Formellement, la CJUE n'a pas mené l'examen sur le terrain des droits fondamentaux – contrairement à l'avocat général SZPUNAR qui a proposé une analyse à la lumière du « juste équilibre »²¹⁵ – mais au visa de l'article 15 de la directive 2000/31/CE, lequel interdit qu'il soit

²⁰⁸ C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18.

²⁰⁹ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay e.a.*, C-324/09.

²¹⁰ Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, points 41-50. L'avocat général Szpunar s'est en effet largement inspiré de divers arrêts dans le domaine de la propriété intellectuelle. Spécifiquement à propos de certaines considérations tirées de l'arrêt *L'Oréal* (C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay e.a.*, C-324/09), il a énoncé expressément qu'« (...) elles sont de nature transversale et, partant, selon [l'avocat général], transposables au cas d'espèce » (point 43).

²¹¹ *L'Oréal*, point 131 (nous soulignons).

²¹² *L'Oréal*, point 143 (avec la référence à C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promuscae c. Telefónica de España*, C-275/06).

²¹³ Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 41.

²¹⁴ *Glawischnig-Piesczek*, spéc. point 46 (nous soulignons).

²¹⁵ Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 62 et 74. Il conclut ainsi tantôt au respect, tantôt à la violation des exigences du « juste équilibre » s'agissant respectivement de la recherche et de l'identification des informations identiques ou

imposé aux prestataires d'un service de la société de l'information « 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 », autrement dit une « obligation générale de surveillance ».

A cet égard, la CJUE a souligné « qu'il ressort du considérant 47 de ladite directive [qu']une telle interdiction ne concerne pas les obligations de surveillance “applicables à un cas spécifique” »^{216 217}. Elle considère aussi qu'

« [u]n tel cas spécifique peut notamment trouver son origine, comme dans l'affaire au principal, dans une information précise, stockée par l'hébergeur concerné à la demande d'un certain utilisateur de son réseau social, dont le contenu a été analysé et apprécié par une juridiction compétente de l'État membre qui, à l'issue de son appréciation, l'a déclarée illicite »²¹⁸.

En conséquence, elle estime

« 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 »²¹⁹.

57. S'agissant des informations dont le contenu est cette fois non pas « identique » mais « équivalent », elle est d'avis que l'injonction du juge de renvoi doit pouvoir s'y étendre également. Rejoignant le juge de renvoi, elle considère que « les effets s'attachant à une telle injonction pourraient aisément être contournés (...) » si elle ne pouvait

« s'étendre aux informations dont le 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 (...) »²²⁰.

Mais à la lumière de la recherche d'un « équilibre entre les différents intérêts en jeu »²²¹ qu'aurait poursuivi le législateur, aux termes du considérant 41 de la directive 2000/31/CE²²², la CJUE estime que l'auteur de l'injonction devra « dûment identifier une série d'éléments » aux fins de l'identification des informations équivalentes, étant entendu que

équivalentes provenant d'un même utilisateur d'une part, d'informations équivalentes provenant de tout utilisateur d'autre part.

²¹⁶ *Glawischnig-Piesczek*, point 34.

²¹⁷ Considérant 47 : « L'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale ».

²¹⁸ *Glawischnig-Piesczek*, point 35 (nous soulignons).

²¹⁹ *Glawischnig-Piesczek*, point 37 (nous soulignons).

²²⁰ *Glawischnig-Piesczek*, point 41 (nous soulignons).

²²¹ *Glawischnig-Piesczek*, point 43.

²²² Considérant 41 : « La présente directive instaure un équilibre entre les différents intérêts en jeu et établit des principes qui peuvent servir de base aux normes et aux accords adoptés par les entreprises.

« [d]es 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 »²²³.

58. Transposés à la situation de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, les enseignements de cet arrêt sont de nature à accréditer l'idée que l'obligation de filtrage qu'il contient pourrait être compatible avec le droit de l'Union, à tout le moins avec l'article 15 de la directive 2000/31/CE.

A titre liminaire, l'on relèvera que le paragraphe 8 de l'article 17 fait écho à la disposition précitée en énonçant qu'il « ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance », laquelle notion doit sans aucun doute s'entendre de la même manière²²⁴, et donc notamment par opposition à une obligation de surveillance « applicable à un cas spécifique ».

Or à cet égard, on relève que l'obligation de filtrage au titre de l'article 17, paragraphe 4, peut être imposée uniquement, suivant le cas, pour des « œuvres ou autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes en nécessaires » (sous b)) ou « qui ont fait l'objet d'une notification suffisamment motivée » (sous c)). Le considérant 66 souligne encore qu'elle s'applique à des « œuvres et autres objets protégés, tels qu'ils sont identifiés par les titulaires de droits concernés (...) »²²⁵. Aussi, en tant qu'il circonscrit son champ d'application par référence à la notion d'« **objets spécifiques** », l'article 17, paragraphe 4, pourrait, le cas échéant, être considéré par la CJUE comme prévoyant une obligation de surveillance « applicable à un cas spécifique ».

59. Certes, sur ce point l'analogie avec l'arrêt *Glawischnig-Piesczek* précité a ses limites, dans la mesure où les informations fournies par les titulaires de droits n'auront pas fait l'objet d'une « appréciation par une juridiction compétente ». Toutefois, dans la situation de l'article 17, l'élément déterminant ne consiste pas dans l'appréciation par une juridiction du caractère illicite éventuel de l'information – qui, s'il est constaté, permettrait de justifier l'adoption d'une injonction de procéder à la « surveillance et à la recherche » d'informations dont le contenu est « identique ou équivalent » – mais bien dans l'existence alléguée d'un droit d'auteur (ou d'un droit voisin), laquelle ne doit pas être appréciée *a priori* par une juridiction et/ou un office de propriété intellectuelle²²⁶. Le cas échéant et si cela devait s'avérer nécessaire, la CJUE pourrait d'ailleurs certainement trouver un équivalent fonctionnel de pareille appréciation²²⁷,

²²³ *Glawischnig-Piesczek*, point 45 (nous soulignons).

²²⁴ Eu égard spéc. au considérant 4 de la directive (UE) 2019/790 qui énonce qu'elle « (...) se fonde, tout en les complétant, sur les règles fixées dans les directives actuellement en vigueur dans ce domaine, notamment les directives (...) 2000/31/CE (...) ».

²²⁵ Considérant 66.

²²⁶ On rappellera qu'en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la Convention de Berne, « [l]a jouissance et l'exercice [des droits garantis par la Convention] ne sont subordonnés à aucune formalité ». Sur ce fondement, la CJUE l'a souligné à propos des droits de reproduction et de communication au public prévus par la directive 2001/29/CE, voy. C.J.U.E., 16 novembre 2016, *Soulier et Doko*, C-301/15, point 50.

²²⁷ Ainsi l'on pourrait considérer – en nous en tenant au seul droit d'auteur – que l'équivalent fonctionnel de pareille appréciation résiderait dans la présomption de qualité d'auteur attachée au fait « que le nom soit indiqué sur l'œuvre en la manière usitée » (Comp. article 15, paragraphe 1^{er}, de la Convention de Berne).

De manière plus rigoureuse, il pourrait être exigé que l'auteur putatif identifie en outre l'existence de « choix libres et créatifs » au sens de la jurisprudence de la CJUE relative à l'originalité, à l'instar de l'exigence que le titulaire d'un droit de dessins et modèles communautaires non enregistrés « identifie le ou les éléments de son dessin ou modèle qui lui confèrent un caractère individuel » pour bénéficier de la présomption de validité énoncée à l'article 85, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires (C.J.U.E., 19 juin 2014, *Karen Millen Fashions c. Dunnes Stores*, C-345/13, point 46).

éventuellement dans le cadre d'une interprétation « autonome et uniforme » (voy. *supra*, n° 31) de la notion d' « informations pertinentes et nécessaires ».

Aussi l'arrêt *Glawischnig-Piesczek* semble constituer un soutien à l'appui d'une compatibilité de principe d'une obligation de filtrage au titre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 avec l'interdiction d'une obligation générale de surveillance de l'article 15 de la directive 2000/31/CE, à tout le moins pour les contenus « identiques ». Nous verrons *infra* (n° 70 et s.), dans l'examen des modalités de l'obligation de filtrage, ce qu'il en est des contenus « équivalents », catégorie qu'il conviendra d'ailleurs d'affiner (voy. *infra*, n° 69).

b) *Les arrêts Scarlet, Netlog et UPC Telekabel et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE*

60. De toute évidence, il convient d'approfondir encore l'examen à travers le prisme des droits fondamentaux, d'abord au regard de la liberté d'entreprise puis de la liberté d'expression et d'information.

A cet effet, l'on aura tout d'abord égard aux arrêts *Scarlet*²²⁸ et *Netlog*²²⁹. Dans ces deux arrêts, la CJUE a estimé que les mesures de filtrage demandées par la SABAM (principale société de gestion collective en Belgique) – particulièrement invasives²³⁰, tant en ce qui concerne les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) et prestataires de service d'hébergement contre lesquels étaient respectivement dirigées les injonctions litigieuses, que pour les utilisateurs de leurs services – revenaient à imposer à leurs destinataires une surveillance générale, interdite par l'article 15 de la directive 2000/31/CE²³¹. Plus encore, elle a estimé qu'

« en adoptant l'injonction obligeant le FAI [et le prestataire de services d'hébergement] à mettre en place le système de filtrage litigieux, la juridiction nationale concernée ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part »²³².

61. Indépendamment des précisions ultérieures fournies dans son arrêt *Glawischnig-Piesczek* précité, on ne peut en tout état de cause déduire de ces arrêts qu'une mesure de filtrage est, *per se*, incompatible avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, dès lors que dans le cadre de

²²⁸ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10.

²²⁹ C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10.

²³⁰ *Scarlet*, point 29 ; *Netlog*, point 26.

Dans les deux affaires, il était demandé de mettre en place un « (...) système de filtrage

- de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels «peer-to-peer» [/ des informations stockées sur ses serveurs par les utilisateurs de ses services];
- qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle [/ l'ensemble de ces utilisateurs];
- à titre préventif;
- à ses frais exclusifs, et
- sans limitation dans le temps,

capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange [/ en vue de bloquer la mise à disposition du public desdites œuvres qui] porte atteinte au droit d'auteur ».

²³¹ *Scarlet*, point 40 ; *Netlog*, point 38.

²³² *Scarlet*, point 53 ; *Netlog*, point 51 (nous soulignons).

la procédure préjudicielle, la CJUE se prononce sur l'interprétation du droit de l'UE sur la base des faits qui lui sont soumis par la juridiction de renvoi²³³. La portée de la condamnation radicale opérée par la CJUE des mesures de filtrage en cause dans les affaires *Scarlet* et *Netlog* ne peut donc être extrapolée, au-delà de ces deux affaires, qu'à l'égard de mesures de filtrage substantiellement similaires²³⁴.

62. Aussi au regard de la liberté d'entreprise garantie à l'article 16 de la Charte, c'est le fait que la mesure postulée par la SABAM imposait aux prestataires intermédiaires concernés de « mettre en place un système informatique complexe, coûteux, permanent et à [leurs] seuls frais (...) » qui était problématique, la CJUE considérant qu'il s'agissait là d'une « atteinte caractérisée » à ladre liberté qui ne respecterait pas les exigences du « juste équilibre »²³⁵.

A propos d'une mesure (de blocage) moins invasive, La CJUE a précisé par la suite, dans une affaire *UPC Telekabel*²³⁶, que l'injonction faite au prestataire intermédiaire concerné dans cette affaire « n'appar[aisait] pas porter atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise (...) »²³⁷ eu égard à deux caractéristiques de ladite injonction :

« 52. D'une part, une injonction, telle que celle en cause au principal, laisse à son destinataire le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé de sorte que celui-ci peut choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité.

53. D'autre part, une telle injonction permet à son destinataire de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables. Or, cette possibilité d'exonération a de toute évidence pour effet que le destinataire de cette injonction ne sera pas tenu de faire des sacrifices insupportables, ce qui paraît justifié notamment au regard du fait que ce dernier n'est pas l'auteur de l'atteinte au droit fondamental de propriété intellectuelle ayant provoqué l'adoption de ladite injonction »²³⁸.

Or, l'on retrouve clairement ces deux caractéristiques dans le régime de l'obligation de filtrage organisé par l'article 17, le législateur ayant manifestement, comme nous l'avions souligné *supra* (n° 25), entendu tenir compte de l'intérêt des plateformes. Les paragraphes 5 et 6 reflètent ainsi clairement la première préoccupation, à savoir tenir compte des « ressources et capacités »²³⁹ desdites plateformes dans le cadre de l'appréciation de leur obligation de filtrage. Et aux termes du paragraphe 4, celle-ci est une obligation de moyens ce qui traduit concrètement la seconde préoccupation, à savoir qu'elles puissent « s'exonérer de leur responsabilité en prouvant qu'elles ont pris toutes les mesures raisonnables »²⁴⁰. Ce souci de ne **pas imposer une**

²³³ Sur la répartition des compétences entre le juge national et la CJUE, voy. de manière générale G. VANDERSANDEN, *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 77 et s.

²³⁴ Sur les effets d'un arrêt préjudiciel à l'égard des juridictions autres que la juridiction de renvoi, voy. de manière générale *ibid.*, p. 173 et s.

²³⁵ *Scarlet*, points 48-49 ; *Netlog*, point 46-47 (nous soulignons).

²³⁶ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12

²³⁷ *UPC Telekabel*, point 51.

²³⁸ Nous soulignons.

²³⁹ Comp. *UPC Telekabel*, point 52.

²⁴⁰ Comp. *UPC Telekabel*, point 53.

« **obligation excessive** »²⁴¹ dans le chef des plateformes et ainsi de respecter le « contenu essentiel » de leur liberté d'entreprise est d'autant plus manifeste que le paragraphe 5 de l'article 17 est le seul passage de la directive dans lequel on retrouve une référence explicite au « principe de proportionnalité ». Sur le plan des principes, l'obligation de filtrage de l'article 17 n'apparaît donc pas manifestement incompatible avec les exigences du « juste équilibre » telles qu'envisagées par la CJUE.

c) *Les arrêts Scarlet, Netlog et UPC Telekabel et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE*

63. S'agissant maintenant de la liberté d'expression et d'information garantie à l'article 11 de la Charte, la CJUE a estimé dans ses deux arrêts *Scarlet*²⁴² et *Netlog*²⁴³ précités qu'aux fins de l'analyse du « juste équilibre », il est pertinent d'avoir égard au fait que l'injonction

« risquerait de porter atteinte à la liberté d'information puisque [le système de filtrage litigieux] risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite (...) »²⁴⁴.

Cette considération relative à la possibilité de distinguer entre les contenus illicite et licite – les premiers pouvant être la cible de mesures de filtrage, à l'exclusion des seconds – nous paraît demeurer pertinente aux fins de l'analyse du « juste équilibre », et ce quelles que soient les modalités techniques de système de filtrage considéré. C'est donc elle qui doit guider l'analyse d'une compatibilité, *per se*, d'un système de filtrage avec l'article 11 de la Charte.

64. La CJUE a précisé cet aspect dans son arrêt *UPC Telekabel*²⁴⁵ précité, en tempérant le caractère absolu de la distinction ci-dessus. Elle a ainsi considéré que le FAI, destinataire d'une injonction de blocage d'un site Internet²⁴⁶, dans le « choi[x] [d]es mesures à adopter afin de s'y conformer, (...) doit veiller à respecter le droit fondamental des utilisateurs d'Internet à la liberté d'information »²⁴⁷. Aussi la CJUE estime que ces mesures

« doivent être strictement ciblées, en ce sens qu'elles doivent servir à mettre fin à l'atteinte portée par un tiers au droit d'auteur ou à un droit voisin, sans que les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services de ce fournisseur afin d'accéder de façon licite à des informations s'en trouvent affectés. À défaut, l'ingérence dudit

²⁴¹ Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 44-45

²⁴² C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10.

²⁴³ C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10.

²⁴⁴ *Scarlet*, point 52 ; *Netlog*, point 50 (nous soulignons). « (...) En effet », poursuit la CJUE, « il n'est pas contesté que la réponse à la question de la licéité d'une transmission dépend également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un État membre à l'autre. En outre, certaines œuvres peuvent relever, dans certains États membres, du domaine public ou elles peuvent faire l'objet d'une mise en ligne à titre gratuit de la part des auteurs concernés ».

²⁴⁵ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12.

²⁴⁶ *UPC Telekabel*, point 12.

En l'espèce, il était enjoint au FAI de « fournir à ses clients l'accès au site Internet litigieux, cette interdiction devant être notamment réalisée en bloquant le nom de domaine et l'adresse IP (« Internet Protocol ») actuelle de ce site ainsi que toute autre adresse IP de ce dernier dont cette société pourrait avoir connaissance ».

²⁴⁷ *UPC Telekabel*, point 55.

fournisseur dans la liberté d'information desdits utilisateurs s'avérerait injustifiée au regard de l'objectif poursuivi »²⁴⁸.

Elle ajoute ensuite que

« les juridictions nationales doivent avoir la possibilité de vérifier que tel est le cas (...) »²⁴⁹.

C'est sur ce point précisément qu'elle affine la distinction ci-dessus, à propos des contenus licites. A suivre la CJUE, il ne semble pas qu'un contenu licite ne puisse en aucun cas être l'objet d'une mesure de restriction, mais bien qu'il y ait une possibilité de recours à cet égard. Ceci étant, il ne peut s'agir d'une simple « reconstitution de l'équilibre nécessaire »²⁵⁰, dans le cadre d'une évaluation *a posteriori* au stade de la procédure d'exécution des mesures prises par le destinataire de l'injonction. Plutôt il est nécessaire que les internautes – qui, par hypothèse, ne sont pas parties à la procédure mettant aux prises le titulaire du droit de propriété intellectuelle et le prestataire, destinataire de l'injonction – puissent « faire valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à Internet »²⁵¹. Dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek* précitée, l'avocat général SZPUNAR l'a d'ailleurs répété, au visa de la considération générale suivant laquelle la protection de la liberté d'expression et d'information, garantie à l'article 11 de la Charte, « doit non pas nécessairement être assurée de manière absolue mais être mise en balance avec la protection d'autres droits fondamentaux (...) »²⁵².

65. Ainsi sur ce point, la CJUE semble s'inscrire dans une logique de « **procéduralisation du juste équilibre** », qui nous paraît d'ailleurs caractériser plus largement sa jurisprudence relative aux rapports entre droits intellectuels et droits fondamentaux²⁵³, suivant ainsi un mouvement déjà entamé en dehors de la matière des droits intellectuels²⁵⁴.

Or, l'article 17, en son paragraphe 9, alinéa 1^{er}, impose aux Etats membres de

« prévoi[r] la mise en place par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne d'un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, à la

²⁴⁸ *UPC Telekabel*, point 56 (nous soulignons).

²⁴⁹ *UPC Telekabel*, point 57 (nous soulignons).

²⁵⁰ En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général M. WATHELET présentées le 20 novembre 2014 dans l'affaire *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13, point 87.

²⁵¹ *UPC Telekabel*, point 57

²⁵² Conclusions de l'avocat général M. SPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 65. Se référant au point 57 de l'arrêt *UPC Telekabel*, l'avocat général souligne ainsi qu' « (...) il convient de relever que les tiers pouvant être indirectement affectés par des injonctions ne font pas partie des procédures dans le cadre desquelles ces injonctions sont rendues. C'est notamment pour cette raison qu'il convient d'assurer la possibilité pour ces tiers de contester, devant un juge, les mesures d'exécution adoptées par un hébergeur sur la base d'une injonction, cette possibilité ne devant pas être conditionnée par le fait d'être qualifié de partie à une procédure principale ».

²⁵³ Voy. en ce sens notre analyse, 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 », *op. cit.* (note 26), spéc. pp. 230-235. Comp. également avec l'idée de « concordance pratique » (spéc. à propos de l'arrêt *UPC Telekabel*) in A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 889 et s., spéc. p. 907.

²⁵⁴ En dehors de la matière des droits intellectuels, on a déjà pu souligner l'existence d'une « procéduralisation du contrôle de proportionnalité », voy. S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *op. cit.* (note 174), p. 1284 et s.

disposition des utilisateurs de leurs 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 ».

Et aux termes de ce même paragraphe, alinéa 2, *in fine*, ceci est

« sans préjudice du droit des utilisateurs de recourir à des voies de recours judiciaires efficaces. En particulier, les Etats membres veillent à ce que les utilisateurs puissent s'adresser à un tribunal ou à une autorité judiciaire compétente pour faire valoir le bénéfice d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur et aux droits voisins ».

Par ailleurs, dans le passage de l'arrêt *UPC Telekabel* reproduit ci-dessus la CJUE souligne que les mesures doivent être « strictement ciblées ». Mais comme nous l'avons déjà souligné *supra* (n° 58), l'article 17, paragraphe 4, circonscrit son champ d'application par référence à la notion d' « objets spécifiques », de sorte que les mesures qu'il impose pourraient être considérées par la CJUE comme « strictement ciblées ».

Dans ces conditions, il ne paraît pas que la liberté d'expression et d'information soit « remise en cause en tant que telle »²⁵⁵ et il apparaît peu probable que la CJUE voit là une « intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à [s]a substance même (...) »²⁵⁶. Au contraire, nous pensons que le principe de l'obligation de filtrage entériné à l'article 17, paragraphe 4, considéré *in abstracto*, est, pour ce qui concerne cet aspect, susceptible d'être validé par la CJUE dans le cadre de son examen du « juste équilibre ». Ceci sans préjudice évidemment de ce qu'elle estimerait qu'il n'en va pas de même, *in concreto*, d'une mesure de filtrage adoptée sur son fondement²⁵⁷.

2. Dans ses modalités

a) Typologie des contenus

66. Dans l'objectif de compléter la lecture prospective annoncée de l'article 17, il nous paraît que l'examen des modalités de l'obligation de filtrage au titre de son paragraphe 4 doit reposer sur trois distinctions.

67. La première distinction, tirée de l'analyse de la portée du droit de communication au public visé au paragraphe 1^{er}, est basée sur les notions de **contenus « commercial »** et **« non-commercial »**, les seconds s'entendant suivant le paragraphe 2 comme les contenus téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs²⁵⁸. A ce stade, il apparaît difficile de définir plus avant le contenu exact de ces termes que l'on retrouve (pour rappel) au paragraphe 2. Certainement, ceux-ci feront l'objet d'une « interprétation autonome et uniforme » par la CJUE que l'on ne peut anticiper.

68. La deuxième distinction, tirée des arrêts *Scarlet* et *Netlog*, est basée sur les notions de **contenus « licite »** et **« illicite »**. S'agissant des premiers, il convient toutefois de distinguer entre, d'une part, les contenus licites parce qu'ils relèvent du domaine public ou sont couverts par une autorisation des titulaires de droits (par hypothèse, autre que celle visée à l'article 17,

²⁵⁵ Comp. *supra*, note 171.

²⁵⁶ Comp. C.J.C.E., 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, C-112/00, point 80.

²⁵⁷ Comp. K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », *op. cit.* (note 13), p. 245.

²⁵⁸ Comp. C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

paragraphe 2) (ci-après les « contenus licites autorisés »), d'autre part, les contenus licites parce qu'ils bénéficient de l'application d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur ou aux droits voisins (ci-après les « contenus licites exceptés »)²⁵⁹.

69. La troisième distinction, tirée de l'arrêt *Glawischnig-Piesczek* analysé *supra* (nos 55-57), est basée sur les notions de contenus « identique » et « équivalent » qui y sont employés. On la voit parfois mobilisée dans la doctrine pertinente, soit sans précision²⁶⁰ soit avec une tentative de définition de la notion d'« équivalent »²⁶¹. Cela dit, dans le cadre de la matière qui nous occupe, cette distinction n'est pas opérante telle quelle et doit être approfondie.

A notre avis, dans le cadre de l'article 17, il conviendrait de distinguer entre les **contenus « identiques », « équivalents » et « similaires »**²⁶².

Dans notre approche, un contenu téléversé par un utilisateur est « identique » s'il ne diffère en aucune manière d'une œuvre ou d'un autre objet protégé spécifique pour lequel les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de service les informations pertinentes et nécessaires. Le contenu téléversé constitue donc une « reproduction en tout » au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE.

Un contenu est « équivalent » s'il ne diffère en aucune manière s'agissant des éléments originaux d'une œuvre²⁶³ spécifique pour laquelle les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de service les informations pertinentes et nécessaires, étant entendu que le fournisseur ne doit pas être amené à « procéder à une appréciation autonome dudit contenu »²⁶⁴ afin de qualifier celui-ci et donc, ne doit pas procéder à l'appréciation desdits éléments

²⁵⁹ Comp. C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, point 52 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10, point 50.

²⁶⁰ Voy. spéc. J. P. QUINTAIS, *e.a.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market: Recommendations from European Academics », *op. cit.* (note 43), p. 280 : « (...) Member States should, to the extent possible, limit their application to cases of prima facie copyright infringement. In this context, a prima facie copyright infringement means the upload of protected material that is *identical or equivalent* to the “relevant and necessary information” previously provided by the rightholders to OCSSPs, including information previously considered infringing. The concept of *equivalent* information should be interpreted strictly ».

²⁶¹ Voy. spéc. M. LAMBRECHT, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive », *op. cit.* (note 43), p. 30 : « (...) an “equivalent” work must be understood as a work presenting such insignificant alterations that the targeted audience would not distinguish it as a different work (e.g. mere technical alterations used to attempt to circumvent content matching algorithms (...)) ».

²⁶² Dans le cadre des définitions que nous proposons, l'élément déterminant réside dans la condition d'« originalité » du droit d'auteur. Or, l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 ne distingue pas entre le droit d'auteur et les droits voisins, lesquels ne concernent par ailleurs pas nécessairement des fixations ou exécutions d'œuvre (voy. spéc. l'article 2 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes). Ceci étant, l'étendue du droit de reproduction des droits voisins, à tout le moins s'agissant des producteurs de phonogrammes, est plus limitée et ne s'étend vraisemblablement pas à des contenus « similaires » dans lesquels l'objet protégé par un droit voisin aura été inclus « (...) sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute (...) » (comp. C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17, point 36). Et dans le cas où la reprise est faite à l'identique, sous la forme d'« échantillon », elle sera susceptible de « (...) constituer une “citation”, au titre de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 13 de la Charte, pour autant que ladite utilisation a pour objectif d'interagir avec l'œuvre sur laquelle l'échantillon a été prélevé » (*ibid.*, point 72). Or, le recours au critère de l'originalité dans les définitions proposées vise précisément à circonscrire la notion de contenu « similaire ». Les notions de contenu « identique » ou « équivalent » ne supposant pas d'appréciation autonomes permettent donc, malgré la référence à l'originalité, de faire coïncider en principe leur champ d'application avec l'étendue de la protection du droit voisin.

²⁶³ Pour ce qui concerne le droit voisin, voy. notre commentaire à la note précédente.

²⁶⁴ Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 45.

originaux. En d'autres termes, l'on vise par là un contenu qui n'est pas « identique » uniquement en raison de différences purement techniques. Le contenu téléversé constitue donc une « reproduction en tout ou en partie »²⁶⁵ au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE, étant entendu que si, par hypothèse, l'œuvre spécifique est originale en ce sens qu'elle est « création intellectuelle propre à son auteur », aucune appréciation spécifique (qui relève en principe de la souveraineté d'une juridiction nationale²⁶⁶) n'est nécessaire pour parvenir à la conclusion quant à l'existence d'une reproduction.

Un contenu est « similaire » s'il diffère pour partie s'agissant des éléments originaux d'une œuvre pour laquelle les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de service les informations pertinentes et nécessaires, étant entendu qu'afin de qualifier ledit contenu, le fournisseur devrait être amené à « procéder à une appréciation autonome ». En d'autres termes, l'on vise par là un contenu qui, outre des éléments originaux repris de l'œuvre spécifique, comporte également d'autres éléments (le cas échéant originaux) qui ne sont pas repris de cette œuvre spécifique. Le contenu constitue donc une « reproduction en partie » au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE et/ou une « adaptation/traduction » qui n'a pas fait l'objet d'une harmonisation explicite dans le cadre de ladite directive²⁶⁷ étant entendu que si, par hypothèse, l'œuvre spécifique est originale en ce sens qu'elle est « création intellectuelle propre à son auteur », une appréciation spécifique (qui relève en principe de la souveraineté d'une juridiction nationale) est nécessaire pour parvenir à la conclusion quant à l'existence d'une reproduction ou d'une adaptation/traduction. Le cas échéant, ce contenu pourra constituer une « citation, critique, revue » ou une « utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche » au sens de l'article 17, paragraphe 7, de la directive (UE) 2019/790 et/ou une des utilisations visées à l'article 5, paragraphes 2 et 3 de la directive 2001/29/CE. La présente notion de « contenu similaire » englobe donc la notion de « contenu licite excepté » définie ci-dessus.

Sur la base de cette typologie, il convient de distinguer entre plusieurs cas de figure. Une première distinction générale opposera les mesures de filtrage portant sur des « contenus identiques ou équivalents » (b)) à celles portant sur des « contenus similaires » (c)). Pour ces derniers, il faudra affiner la distinction dans le cadre de l'examen du droit de propriété intellectuelle (sous (3)), suivant que lesdits contenus doivent faire l'objet d'une « appréciation autonome » ((a)) ou non ((b)). Et à nouveau pour ces derniers, il faudra encore distinguer entre les « contenus commerciaux » ((i)) et les « contenus non-commerciaux » ((ii)).

b) *Une obligation de filtrage limitée aux contenus « identiques » et « équivalents », susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre »*

(1) Du point de vue de l'article 16 de la Charte

²⁶⁵ Comp. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08.

²⁶⁶ La CJUE souligne particulièrement cet aspect dans son arrêt *Painer*, C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, point 94 : « (...) il y a donc lieu de considérer qu'une photographie de portrait est susceptible, en vertu de l'article 6 de la directive 93/98, d'être protégée par le droit d'auteur à condition, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans chaque cas d'espèce, qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie ».

²⁶⁷ Voy. en ce sens, M. VAN ECHOU, P. B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law – The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 83-84.

70. Du point de vue de la liberté d'entreprise, il nous paraît que l'obligation faite à un fournisseur de services de partage de contenus en ligne de procéder à la recherche et à la surveillance de **contenus « identiques » et « équivalents »**, en recourant à des techniques et à des moyens de recherche automatisés, ne peut être considérée comme « excessive »²⁶⁸ – et donc comme constituant une « atteinte caractérisée » à sa liberté d'entreprise²⁶⁹ – dès lors que :

- ledit fournisseur doit avoir reçu à cette fin les « informations pertinentes et nécessaires » de la part du titulaire de droits²⁷⁰ ;
- lesdites informations doivent permettre d'identifier les contenus de manière « strictement ciblée »²⁷¹, sans que le fournisseur doive de procéder à leur « appréciation autonome »²⁷² ;
- le caractère raisonnable (approprié) des mesures prises par le fournisseur sera évalué en fonction « de l'évolution de l'état de l'art en ce qui concerne les moyens existants, y compris leurs évolutions futures potentielles (...) »²⁷³ ;
- le caractère raisonnable (proportionné) des mesures prises par le fournisseur sera évalué en fonction des « ressources et capacités dont il dispose » ainsi que des « autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité »²⁷⁴, à la lumière notamment des éléments identifiés aux paragraphes 5 et 6 de l'article 17 ;
- le fournisseur pourra s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il a fourni ses « meilleurs efforts »²⁷⁵ pour identifier lesdits contenus et, suite à cette identification, pour garantir leur indisponibilité, étant entendu que cette garantie ne peut s'entendre comme l'assurance d'un « arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle (...) »²⁷⁶ et qu' « il ne peut dès lors être exclu que dans certains cas, la disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne puisse être évitée que sur notification des titulaires de droits (...) »²⁷⁷.

En cela, elle ne paraît pas manifestement incompatible avec les exigences du « juste équilibre » qui semble se dégager de la jurisprudence de la CJUE.

(2) Du point de vue de l'article 17, paragraphe 2 de la Charte

71. Du point de vue du droit fondamental à la propriété intellectuelle, il nous paraît que la mise en œuvre de l'obligation ci-dessus, dans les conditions précisées, constitue une mesure « suffisamment efficace pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause », étant entendu qu'elle aura manifestement « pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés (...) »²⁷⁸ sur les services du fournisseur concerné.

²⁶⁸ Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 46.

²⁶⁹ Comp. C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, points 48-49 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10, points 46-47 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, points 51-53.

²⁷⁰ Article 17, paragraphe 4, sous b).

²⁷¹ Comp. *UPC Telekabel Wien*, point 56.

²⁷² Comp. *Glawischnig-Piesczek*, point 45.

²⁷³ Considérant 66.

²⁷⁴ Comp. *UPC Telekabel Wien*, points 51-52.

²⁷⁵ Article 17, paragraphe 4, sous b) et c).

²⁷⁶ Comp. *UPC Telekabel Wien*, point 63.

²⁷⁷ Considérant 66.

²⁷⁸ Comp. *UPC Telekabel Wien*, point 62.

72. Certes, dans le cadre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 – et à la différence de l'analyse du « juste équilibre » menée par la CJUE dans le cadre des différentes affaires commentées ci-dessus –, les consultations non autorisées dont question ne résultent plus exclusivement d'actes de contrefaçon commis par des tiers²⁷⁹ mais également d'actes qui, dans le chef du fournisseur, constitue un acte de communication au public en vertu du paragraphe 1^{er} de cette disposition. Il n'en reste pas moins que le fournisseur de services de partage de contenus en ligne n'est pas à proprement parler à l'origine de la communication au public qu'il effectue – celle-ci étant entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs –, de sorte qu'exiger de ce fournisseur que les mesures qu'il adopte assurent un « arrêt total des atteintes » reviendrait à exiger de lui un « sacrifice insupportable »²⁸⁰, lequel ne paraît pas justifié au regard du test de proportionnalité de l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte.

73. En tout état de cause, même dans l'hypothèse où il ne pourrait assurer un arrêt total des atteintes dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation de filtrage de l'article 17, paragraphe 4, sous b) et c), nous avons souligné *supra* (n^{os} 48-49) que le titulaire de droits disposera toujours de moyens afin d'assurer une protection effective de droit fondamental de propriété intellectuelle à travers les possibilités d'envoyer au fournisseur une notification – qui engagera sa responsabilité s'il reste en défaut d'agir promptement dès réception (article 17, paragraphe 4, sous c)) – ou encore d'agir directement à l'encontre de l'utilisateur (sur la base de l'article 3 de la directive 2001/29/CE). Il nous paraît dès lors que l'éventuelle limitation de la protection du fondamental droit de propriété intellectuelle est susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre ».

(3) Du point de vue de l'article 11 de la Charte

74. Enfin, du point de vue de la liberté d'expression et d'information, eu égard aux définitions proposées des contenus « identiques » et « équivalents » (voy. *supra*, n^o 69), il nous paraît que les mesures de filtrage concerneront principalement des contenus « illicites » et n'emporteront pas dans pareil cas de limitation de ladite liberté. Il ne peut toutefois être exclu que les mesures prises par le fournisseur – suivant les caractéristiques des moyens adoptés et/ou les informations fournies par les titulaires de droits – concernent incidemment des « contenus licites autorisés » également (voy. la définition que nous avons retenue *supra*, n^o 68). A cet égard, la compatibilité de la limitation de la liberté d'expression et d'information qu'elles emportent devrait être examinée à la lumière de l'existence de possibilités de recours à la disposition des utilisateurs, conformément à la « procéduralisation du juste équilibre » dans la jurisprudence de la CJUE (voy. *supra*, n^o 65). *A priori*, il ne nous paraît pas possible d'exclure que les recours organisés en application du paragraphe 9 puissent rencontrer les exigences du « juste équilibre ».

75. En conclusion, dans les limites ici précisées, il nous paraît que **l'article 17, paragraphe 4, sous b et c), interprété en ce sens qu'il imposerait une obligation de filtrage des contenus « identiques » et « équivalents » (tels que définis ci-dessus, voy. *supra*, n^o 69), est susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre »** qui se dégagent de la

²⁷⁹ Dans les affaires *Scarlet*, *Netlog* et *UPC Telekabel* commentées *supra* (n^{os} 60-65), les injonctions à l'encontre des prestataires intermédiaires étaient prises (principalement) sur le fondement de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE, suivant lequel « [l]es États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin ».

²⁸⁰ Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, point 62.

jurisprudence de la CJUE. Il convient toutefois de souligner encore que cette conclusion porte sur la disposition envisagée *in abstracto* dans le cadre du droit de l'UE et est donc sans préjudice d'une conclusion différente s'agissant de sa transposition *in concreto* dans le cadre du droit national d'un Etat membre.

c) *Une obligation de filtrage des contenus « similaires » en principe contraire aux exigences du « juste équilibre », sous certaines réserves*

(1) Du point de l'article 16 de la Charte

76. Du point de vue de la liberté d'entreprise – et sous réserve de ce qui sera dit dans un instant s'agissant de la possibilité pour le fournisseur de ne pas devoir procéder à une « appréciation autonome » du contenu – l'analyse pour ce qui concerne les **contenus « similaires »** ne diffère pas en substance de celle menée *supra* (n° 70) pour les contenus « identiques » ou « équivalents », à ceci près qu'eu égard à la complexité²⁸¹, d'un point de vue technique, s'agissant de l'identification des premiers par rapport à l'identification des seconds²⁸², le caractère « raisonnable » des mesures prises par le fournisseur d'un services de partage de contenu en ligne ainsi que la démonstration qu'il a fourni ses « meilleurs efforts » pour identifier et garantir l'indisponibilité desdits contenus afin de s'exonérer de sa responsabilité devraient être appréciés avec moins de sévérité, ce à la lumière du principe de proportionnalité.

77. Cela étant dit, cette conclusion repose sur le postulat d'une possibilité d'identifier des « contenus similaires » sans procéder à une « appréciation autonome »²⁸³, ce qui ne nous paraît pas possible pour la majorité des contenus.

Dans son arrêt *Glawischnig-Piesczek* – qui, pour rappel, concernait des contenus diffamatoires –, la CJUE ne s'est pas prononcée précisément sur ce qu'elle entendait par « appréciation autonome » mais l'on comprend qu'il ne doit pas s'agir d'une appréciation particulièrement complexe²⁸⁴. Or, du point de vue du droit d'auteur (et plus largement du droit de la propriété intellectuelle), **l'appréciation des similitudes est d'une extrême complexité** et ne se laisse pas enserrer dans des règles précises²⁸⁵.

²⁸¹ Pour un récent état de l'art (qui met en évidence le recours à des systèmes d'empreinte numérique pour les contenus audio et vidéo), J.-P. MOCHON (éd.), « 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 », Rapport de la mission confiée conjointement par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) et la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, 29 janvier 2020, disponible sur le site du CSPLA : <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-contenus-protoges-par-les-plateformes-de-partage-en-ligne-etat-de-l-art-et-propositions> (dernière consultation : 09/04/2020).

²⁸² Comp. l'analyse du juste équilibre dans les conclusions de l'avocat général M. SPUZNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 73: « (...) à la différence des informations identiques à celle ayant été qualifiée d'illicite, les informations équivalant à celle-ci ne peuvent pas être identifiées sans qu'un hébergeur recoure à des solutions sophistiquées (...) ».

²⁸³ Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 45 (reproduit *supra*, note 223).

²⁸⁴ Comp. *Glawischnig-Piesczek*, point 41 (reproduit *supra*, note 220).

²⁸⁵ Voy. pour une analyse approfondie de la question à la lumière de la jurisprudence de la CJUE et de la jurisprudence belge, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.* (note 2), spéc. pp. 299-300 (droit UE) et 538-571 (droit belge).

Schématiquement, elle suppose l'identification des éléments originaux de l'œuvre première et la reprise de ces éléments originaux dans l'œuvre seconde. A cet égard, si la condition d'originalité est certes harmonisée *in abstracto* en droit de l'UE²⁸⁶, son application *in concreto* est entièrement soumise à l'appréciation du juge national²⁸⁷, avec de très importantes variations suivant de nombreux facteurs²⁸⁸. Par ailleurs, si cette jurisprudence de la CJUE est susceptible de donner quelques indications s'agissant de la reproduction à l'identique ou « reproduction littérale », elle ne comporte à ce stade aucune indication s'agissant de la reproduction par similitudes ou « reproduction non-littérale », à la différence de la matière du droit des marques ou du droit des dessins et modèles, qui regorgent de développements relatifs respectivement à l'appréciation du « risque de confusion » du point de vue du « consommateur moyen » et de l'« impression visuelle globale » du point de vue de l'« utilisateur averti »²⁸⁹. Or, non seulement l'appréciation *in concreto* de la question des similitudes pertinentes du point de vue du droit d'auteur est, comme pour l'appréciation de l'originalité, susceptible d'importantes variations suivant de nombreux facteurs dans le cadre du pouvoir souverain du juge national²⁹⁰, mais en outre, à défaut d'harmonisation *in abstracto* du droit d'adaptation²⁹¹ et des critères d'appréciation desdites similitudes, on constate d'importantes différences entre les Etats membres²⁹².

78. Eu égard à cet état du droit et en considération de l'état actuel de l'art, il appert qu'il n'existe aucune « technique ou moyen de recherche automatisé » permettant de procéder à une analyse

²⁸⁶ Voy. à l'origine C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 33-37.

²⁸⁷ Voy. pour une analyse approfondie de la question à la lumière de la jurisprudence belge, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, op. cit. (note 2), spéc. pp. 365-509.

²⁸⁸ Il n'est d'ailleurs pas rare que pour un même objet, les juges appelés à se prononcer en première instance puis en appel parviennent à des conclusions contradictoires quant à l'originalité, voy. par exemple en Belgique, dans une affaire *Madonna*, à propos d'une mélodie : Civ. Mons (cess.), 18 novembre 2005, *Auteurs & Media*, 2006, p. 264, note A. STROWEL (concluant à l'originalité de la mélodie litigieuse) ; Mons, 3 février 2014, *Revue de droit commercial belge*, 2014, p. 513, note J. CABAY (concluant, à raison selon nous, à l'absence d'originalité de la mélodie litigieuse). Illustrant encore un peu plus l'insécurité qui règne autour de l'application de la notion d'originalité, on relèvera qu'un pourvoi en cassation avait été dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Mons : Cass., 14 décembre 2015, *Journal des Tribunaux*, 2016, p. 472, avec nos observations critiques (« L'affaire Madonna ou le triomphe de l'anecdote »).

²⁸⁹ Voy. pour une lecture prospective de la jurisprudence de la CJUE vers l'adoption d'un critère de l'« impression globale identique » aux fins de l'appréciation des similitudes constitutives de la contrefaçon en droit d'auteur, inspiré du droit des marques et du droit des dessins et modèles, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, op. cit. (note 2), spéc. pp. 314-330.

²⁹⁰ Là encore, il n'est pas rare que pour un même objet, les juges appelés à se prononcer en première instance puis en appel parviennent à des conclusions contradictoires quant à l'existence de similitudes constitutives de la contrefaçon, voy. par exemple en Belgique, dans une affaire *Eminem*, toujours à propos d'une mélodie : Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *Auteurs & Media*, 2006, p. 261, note A. STROWEL (concluant à l'existence de similitudes « (...) après une seule écoute attentive (...) ») ; Bruxelles, 6 décembre 2007, *Auteurs & Media*, 2008, p. 40 (concluant à l'absence de similitudes « (...) non pas à l'issue d'une seule écoute, mais bien de plusieurs auditions (...) »).

²⁹¹ Dans le sens d'une absence d'harmonisation, voy. *supra*, note 267. Voy. toutefois pour une analyse approfondie de la jurisprudence de la CJUE concluant en ce sens que le droit d'adaptation relève, à tout le moins en partie, du droit de reproduction au sens de la directive 2001/29/CE, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, op. cit. (note 2), spéc. pp. 283-292.

²⁹² A titre d'illustration, on retiendra que la Cour de cassation française (Cass. fr. (com.)), 8 avril 2014, *Propriétés Intellectuelles*, 2014, p. 271, obs. A. LUCAS) et le Hoge Raad néerlandais (Hoge Raad, 12 avril 2013, *Stokke t. Fikszo en H3 Products*, ECLI:NL:HR:2013:BY1532) ont respectivement rejeté et adopté le critère de l'« impression d'ensemble » (ou « totaalindruk » en néerlandais) aux fins de l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur, témoignant des différences majeures entre les juridictions des Etats membres.

des « contenus similaires » du point de vue du droit d'auteur²⁹³. On peut même s'interroger sur la possibilité de mettre au point pareil outil, à raison des biais cognitifs qui affectent l'analyse²⁹⁴. Aussi, **imposer au fournisseur une obligation de filtrage qui s'étendrait aux contenus similaires reviendrait à lui imposer de procéder à une « appréciation autonome » desdits contenus, et donc une « obligation excessive » constituant une « atteinte caractérisée » à sa liberté d'entreprise.**

On relèvera pour le surplus que dans ses conclusions rendues dans une affaire *Amazon Services*²⁹⁵, l'avocat général CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA a souligné, au visa de la directive 2000/31/CE, que de

« *simples* entrepositaires ne sauraient se voir imposer une obligation spécifique de diligence afin de s'assurer, dans chaque cas, du respect des droits du titulaire de la marque identifiant les marchandises qui leur sont confiées, à moins que l'atteinte soit manifestement illicite. Cette obligation générale ferait peser une charge excessive sur les activités habituelles de ces entreprises en tant que prestataires de services auxiliaires au commerce »²⁹⁶.

Sans assimiler pleinement le fournisseur services de partage de contenu en ligne à un « simple entrepositaire » au sens de cette jurisprudence²⁹⁷, il nous paraît tout de même que le parallèle revêt une certaine pertinence dès lors que la communication au public que le fournisseur effectue est entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs. Or, pour les raisons que nous venons d'exposer, la complexité

²⁹³ A la différence du droit des marques ou du droit des dessins et modèles. Ainsi à titre d'illustration, de nombreux offices de propriété intellectuelle ont développé des outils d'intelligence artificielle permettant de réaliser des recherches d'antériorités, voy. l'index des initiatives en matière d'intelligence artificielle menées dans les offices de propriété intellectuelle sur le site de l'OMPI : https://www.wipo.int/about-ip/fr/artificial_intelligence/search.jsp (dernière consultation : 27/05/2020).

²⁹⁴ Voy. spéc. aux Etats-Unis où des études ont identifié une série de biais cognitifs dans l'appréciation des similitudes constitutives de la contrefaçon C. KLONICK, « Comparing Apples to Applejacks: Cognitive Science Concepts of Similarity Judgment and Derivative Works », *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 2013, vol. 60, no. 3, pp. 365-386 ; I. D. MANTA, « Reasonable Copyright », *Boston College Law Review*, 2012, vol. 53, no. 4, pp. 1303-1356 ; L. MCKENZIE, « Drawing Lines: Addressing Cognitive Bias in Art Appropriation Cases », *UCLA Entertainment Law Review*, 2013, vol. 20, no. 1, pp. 83-106.

L'existence de pareils biais cognitifs a d'ailleurs été confirmée par des études empiriques, voy. spéc. S. BALGANESH, I. D. MANTA, T., WILKINSON-RYAN, « Judging Similarity », *Iowa Law Review*, 2014, vol. 100, no. 1, pp. 267-290 (influence de divers éléments portés à la connaissance du public pertinent sur son appréciation des similitudes) ; J. LUND, « An Empirical Examination of the Lay Listener Test in Music Composition Copyright Infringement », *Virginia Sports & Entertainment Law Journal*, 2011, col. 11, no. 1, pp. 137-177 (impact de l'interprétation musicale sur l'appréciation de la contrefaçon en cette matière).

²⁹⁵ C.J.U.E., 2 avril 2020, *Coty Germany c. Amazon Services e.a.*, C-567/18. On relèvera que la CJUE ne s'est pas prononcée dans cet arrêt sur l'interprétation de la directive 2001/29/CE pour des raisons procédurales et n'a donc pas confirmé ou infirmé l'interprétation de son avocat général.

²⁹⁶ Conclusions de l'avocat général M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 28 novembre 2019 dans l'affaire *Coty Germany c. Amazon Services e.a.*, C-567/18, point 80 (nous soulignons).

²⁹⁷ L'avocat général distingue d'ailleurs la situation du « simple entrepositaire » de celle d'une entreprise qui ne se charge pas uniquement du stockage et du transport neutres des produits mais également d'autres activités (voy. la description du programme « Expédié par Amazon », point 56), estimant que dans ce second cas « (...) l'ignorance [que les marchandises en cause portaient atteinte au droit de marque] ne les exonère pas nécessairement de leur responsabilité », voy. le point 81. Ceci n'ôte toutefois rien à la pertinence du parallèle, eu égard notamment à la différence des droits de propriété intellectuelle considéré (marque d'un côté, droit d'auteur et droits voisins de l'autre) et plus encore, aux considérations de liberté d'expression et d'information au cœur de l'article 17 (absentes de la situation concernée par l'affaire *Amazon Services*, où la préoccupation de l'avocat général consistait à « (...) assurer le juste équilibre entre la protection du droit de marque et l'absence d'obstacles au commerce légitime », voy. le point 78).

de l'analyse des similitudes rendra illusoire le caractère « manifestement illicite » de la majorité des contenus.

(2) Du point de vue des articles 11 et 13 de la Charte

79. Plus fondamentalement, le raisonnement de la CJUE dans son arrêt *Glawischnig-Piesczek*, suivant lequel un hébergeur ne peut être contraint, au regard de l'article 15 de la directive 2000/31/CE, de procéder à une « appréciation autonome », nous paraît ancré dans sa jurisprudence relative à la limitation de responsabilité des hébergeurs prévue à l'article 14 de cette même directive. La CJUE est en effet d'avis que pour bénéficier de cette limitation de responsabilité, ledit hébergeur doit exercer un rôle « neutre », en ce sens que « son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke »²⁹⁸. Or sur ce point, l'avocat général SZPUNAR a clairement établi dans ces conclusions le lien avec la liberté d'expression et d'information, estimant que s'il était exigé de l'hébergeur qu'il procède à

« l'identification d'informations équivalant à celle qualifiée d'illicite provenant d'autres utilisateurs (...) [alors] non seulement le rôle d'un prestataire exerçant une surveillance générale ne serait plus neutre, en ce sens qu'il ne serait pas seulement technique, automatique et passif mais ce prestataire, en exerçant une forme de censure, deviendrait un contributeur actif de cette plateforme »²⁹⁹.

Et l'avocat général de conclure ensuite au non-respect des exigences du « juste équilibre » dans cette hypothèse, notamment au motif que la mise en œuvre des solutions permettant cette identification

« conduirait à une censure, de sorte que la liberté d'expression et d'information serait susceptible d'être systématiquement restreinte »³⁰⁰.

80. Et de fait, du point de vue de la liberté d'expression et d'information, une mesure de filtrage des « contenus similaires » nous paraît susceptible de constituer une « atteinte caractérisée » à ladite liberté.

Déjà, les conditions de la protection (notamment l'originalité) et de la contrefaçon (notamment les similitudes pertinentes), dont l'appréciation relève entièrement de l'office du juge national, sont le siège de considérations tirées notamment de la liberté d'expression et d'information³⁰¹. Sans être formellement articulée dans la jurisprudence de la CJUE, l'on voit tout de même cette idée poindre ci et là³⁰².

²⁹⁸ C.J.C.E., 23 mars 2010, *Google France c. Louis Vuitton*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, point 114 (nous soulignons). Voy. également C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay e.a.*, C-324/09, point 113.

²⁹⁹ Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 73 (nous soulignons).

³⁰⁰ *Ibid.*, point 74 (nous soulignons).

³⁰¹ Pour une analyse en ce sens, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, op. cit. (note 2), 2016.

³⁰² L'illustration la plus évidente réside dans la transposition de la *merger doctrine* dans le cadre de l'interprétation de la condition d'originalité, voy. C.J.C.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, point 49. Voy. également sa jurisprudence à propos de la notion d'« expression » : C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, spéc. points 40-41 (exigence de « précision et d'objectivité » de l'expression) ; C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute c. World Programming*, C-406/10, point 40 (exclusion des idées de la protection du droit d'auteur).

Mais en outre, le droit de l'Union prévoit une série d'exceptions et limitations au droit d'auteur, dont la CJUE a clairement énoncé qu'elles étaient le véhicule de cette liberté (et/ou de la liberté des arts), telles l'exception de parodie³⁰³, de citation³⁰⁴ ou de compte-rendu d'actualités³⁰⁵. Et pour ces exceptions et limitations en particulier et eu égard à ce fondement en particulier, la CJUE a souligné que l'exigence que leur interprétation permette « de sauvegarder leur effet utile et de respecter leur finalité (...) revê[t] une importance particulière (...) »³⁰⁶. Le législateur qui a adopté la directive (UE) 2019/790 l'a lui-même admis, en rendant obligatoires ces exceptions et limitations en particulier, là où la directive 2001/29/CE les avait laissées facultatives³⁰⁷. Or ici aussi, leur appréciation est particulièrement complexe et relève en principe entièrement de l'office du juge national³⁰⁸. A cet égard, la CJUE a d'ailleurs énoncé expressément dans son arrêt *Deckmyn*³⁰⁹ en matière de parodie que

« l'application, dans une situation concrète, de l'exception pour parodie (...) doit respecter un juste équilibre entre [les droits fondamentaux en cause] (...) [et qu'] [a]fin de vérifier si, dans une situation concrète, l'application de l'exception pour parodie (...) respecte ce juste équilibre, il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce »³¹⁰.

Aussi, il ne se justifie en aucune manière d'abandonner au fournisseur de services de partage de contenus en ligne, l'examen des conditions de la protection, de la contrefaçon et des éventuelles exceptions dans la cadre d'une mesure de filtrage des « contenus similaires », alors que ledit fournisseur ne dispose d'aucune compétence ni de légitimité pour pratiquer pareil examen. A notre avis, une telle délégation « remet en cause » la liberté d'expression et d'information (en ce compris la liberté des arts) « en tant que telle »³¹¹. En sens, elle ne respecterait pas son contenu essentiel et serait donc incompatible avec les exigences du « juste équilibre ».

81. Si sur ce point, aucune distinction ne doit par ailleurs être opérée suivant le caractère commercial ou non du contenu, on relèvera tout de même que cette conclusion s'impose avec plus de force encore pour ce qui concerne les contenus non-commerciaux, eu égard à l'arrêt *GS Media*³¹² de la CJUE. En effet, dans la jurisprudence de la CJUE, parmi les critères pertinents pour l'« appréciation individualisée » du droit de communication au public (voy. *supra*, n° 37) figure notamment – outre le « caractère lucratif » –

On relèvera par ailleurs tout récemment, illustrant cette tendance, l'analyse – sommaire il est vrai – du motif absolu de refus à l'enregistrement d'une marque (pour contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs) au visa de l'article 11 de la Charte, voy. C.J.U.E., 27 février 2020, *Constantin Film Produktion c. EUIPO*, C-240/18 P, point 56.

³⁰³ C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, point 25.

³⁰⁴ C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17, point 72 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Spiegel Online c. Beck*, C-516/17, point 45 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Funke Medien c. Allemagne*, C-469/17, point 60.

³⁰⁵ *Spiegel Online*, point 45 ; *Funke Medien*, point 60.

³⁰⁶ *Spiegel Online*, point 55 ; *Funke Medien*, point 71 (nous soulignons).

³⁰⁷ Article 17, paragraphe 7. Voy. également le considérant 70 (passage pertinent reproduit *supra*, note 89).

³⁰⁸ Voy. pour une analyse approfondie de la jurisprudence belge et française, J. CABAY, M. LAMBRECHT, "Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2015, Vol. 10, No. 5, pp. 359-377.

³⁰⁹ C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13.

³¹⁰ *Deckmyn*, points 27-28 (nous soulignons).

³¹¹ Voy. *supra*, note 171.

³¹² C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

« le rôle incontournable joué par l'utilisateur et le caractère délibéré de son intervention. En effet, cet utilisateur réalise un acte de communication lorsqu'il intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à ses clients accès à une œuvre protégée, et ce notamment lorsque, en l'absence de cette intervention, ces clients ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée »³¹³.

Et suivant l'approche de la CJUE dans *GS Media*, c'est précisément parce que l'utilisateur qui ne poursuit pas un but lucratif « n'intervient, en règle générale, pas en pleine connaissance des conséquences de son comportement (...) »³¹⁴ que le placement par ses soins d'un hyperlien ne constitue pas une communication au public, à moins qu'

« il ne soit établi qu'une telle personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, par exemple en raison du fait qu'elle en a été averti par les titulaires du droit d'auteur (...) »³¹⁵.

Or dans le cas d'un « contenu similaire » dont l'appréciation du caractère éventuellement contrefaisant n'est pas « manifeste » et où il conviendrait, pour l'établir, de procéder à une « appréciation autonome » portant sur l'examen des conditions de la protection et/ou de la contrefaçon et/ou d'une éventuelle exception, il va de soi qu'il ne peut être considéré que l'utilisateur qui téléverse pareil contenu « savait ou devait savoir » qu'il agissait en méconnaissance d'un droit d'auteur. Il n'en ira différemment qu'une fois qu'il en aura été averti par les titulaires de droits, ce par le truchement de la procédure de notification prévue à l'article 17, paragraphe 4, sous c).

82. Alors il est vrai, que ce soit pour les contenus commerciaux ou non, les fournisseurs auront dû prévoir, en application de l'article 17, paragraphe 9, un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, lequel est sans préjudice *in fine* de l'accès au juge. Le législateur a d'ailleurs insisté sur ce point spécialement pour ce qui concerne la sauvegarde des exceptions et limitations³¹⁶. Mais même dans une optique de « procéduralisation du juste équilibre » (*supra*, n° 65) – qui pourrait justifier d'éventuelles limitations à la liberté d'expression et d'information dans le cadre d'une obligation de filtrage des « contenus identiques ou équivalents » (*supra*, n° 74) –, pareille « sauvegarde » de la liberté d'expression et d'information ne nous paraît pas suffisante dans le cadre d'une obligation de filtrage qui s'étendrait aux « contenus similaires ». Car si l'on pourrait envisager que l'appréciation du caractère « licite autorisé » (suivant la définition que nous avons retenue *supra*, n° 68) des « contenus identiques ou équivalents » puisse être opérée par le fournisseur – dans le cadre du dispositif de traitement des plaintes et de recours qu'il a mis en place et sur la base des informations échangées par les parties – sans que cette appréciation puisse être considérée « autonome » (voy. spéc. *supra*, nos 77-78), il n'en va pas de même de l'appréciation des « contenus similaires », spécialement de leur caractère « licite excepté » (suivant la définition que nous avons retenue *supra*, n° 68).

³¹³ *GS Media*, point 35 (nous soulignons). Voy. encore récemment C.J.U.E., 2 avril 2020, *STIM et SAMI c. Fleetmanager Sweden et Nordisk Biluthyrning*, C-753/18, point 32 (considérant en conséquence que la location de véhicules automobiles équipé de postes de radio ne constitue pas une communication au public).

³¹⁴ *GS Media*, point 48 (nous soulignons).

³¹⁵ *GS Media*, point 49 (nous soulignons).

³¹⁶ Article 17, paragraphe 9, alinéa 1^{er}, *in fine* : « (...) En particulier, les États membres veillent à ce que les utilisateurs puissent s'adresser à un tribunal ou à une autre autorité judiciaire compétente pour faire valoir le bénéfice d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur et aux droits voisins ».

En présence d'une contestation portant sur les éléments originaux de l'œuvre première, sur leur reprise dans l'œuvre seconde ou sur l'application d'une exception ou d'une limitation, seule l'issue favorable d'une procédure judiciaire engagée par l'utilisateur dont le contenu aurait, par hypothèse, été rendu indisponible par le fournisseur, permettrait à cet utilisateur de voir sa liberté d'expression et d'information préservée. Cette « reconstitution *a posteriori* de l'équilibre nécessaire »³¹⁷ – suivant les termes employés par l'avocat général M. WATHELET dans ses conclusions dans l'affaire *UPC Telekabel* –, ne paraît pas satisfaire les exigences du « juste équilibre », même envisagé dans son volet procédural³¹⁸. Il y aurait donc bien, dans pareil cas, une « atteinte caractérisée » à la liberté d'expression et d'information de cet utilisateur.

83. Cette conclusion n'est toutefois pas absolue et doit être relativisée à deux égards. Elle doit en outre être complétée en considération d'un élément particulier.

Premièrement, si l'on venait à considérer que, pour les raisons exposées ci-dessus tenant à la complexité de l'identification des « contenus similaires », ceux-ci ne devraient aucunement faire l'objet d'une mesure de filtrage, il en résulterait que la protection de la liberté d'expression et d'information primerait systématiquement sur celle du droit de propriété intellectuelle. Au premier abord et à suivre l'approche de la CJUE dans un arrêt *Mc Fadden*³¹⁹, cela « aboutirait ainsi à priver le droit fondamental à la propriété intellectuelle de toute protection, ce qui serait contraire à l'idée de juste équilibre »³²⁰. Aussi, il conviendra encore de se déterminer du point de vue du droit de propriété intellectuelle, tel que protégé à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte. Nous y viendrons dans un instant (*infra*, n^{os} 86 et s.).

84. Deuxièmement, si la conclusion à laquelle nous sommes parvenu sera valable pour l'extrême majorité des « contenus similaires » (suivant la définition que nous avons retenue *supra*, n^o 69) – dont le caractère contrefaisant ne pourra être établi que dans le cadre d'une « appréciation autonome » –, il ne peut toutefois être exclu que parmi ceux-ci, le caractère contrefaisant puisse dans certains cas être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à proprement parler à une « appréciation autonome ». Avec une certaine doctrine, on pourrait qualifier ces contenus comme étant « manifestement illicite »³²¹ ou « *prima facie* infringement »^{322 323}. Il en ira certainement ici de certaines adaptations ou traductions (par hypothèse non autorisées) (l'on songe en particulier à certaines « cover songs ») qui, bien qu'elles ne soient pas formellement visées par l'harmonisation opérée par la directive 2001/29/CE, semblent pouvoir relever du droit de reproduction au sens de son article 2, tel

³¹⁷ Voy. *supra*, note 250.

³¹⁸ Voy. dans le même sens, plaidant, à raison selon nous, en faveur d'une intégration des garanties en matière de liberté d'expression dès la conception des techniques de reconnaissance des contenus, M. LAMBRECHT, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive », *op. cit.* (note 43), p. 30.

³¹⁹ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14.

³²⁰ *Mc Fadden*, point 99.

³²¹ Comp. *supra*, note 296, les conclusions de l'avocat général M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA.

³²² J. P. QUINTAIS, *e.a.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market: Recommendations from European Academics », *op. cit.* (note 43), p. 280 (et le passage pertinent est reproduit *supra*, note 260).

³²³ Comp. également M. LAMBRECHT, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive », *op. cit.* (note 43), p. 30 280 (et le passage pertinent est reproduit *supra*, note 261).

qu'interprété largement par la CJUE, spécialement dans ses arrêts *Painer*³²⁴ et *SAS Institute*³²⁵. Par rapport à ces contenus, et sous réserve de l'existence *in concreto* de moyens efficaces et fiables permettant de les identifier³²⁶, la conclusion à laquelle nous sommes parvenu *in abstracto* pourrait donc être réévaluée.

85. Troisièmement, il convient encore d'avoir égard au fait que suivant la définition que nous avons retenue d'un « contenu similaire », celui-ci doit s'entendre d'« un contenu qui, outre des éléments originaux repris de l'œuvre spécifique, comporte également d'autres éléments, le cas échéant originaux, qui ne sont pas repris de cette œuvre spécifique » (voy. *supra*, n° 69). Ledit contenu est donc susceptible d'être lui-même créatif. Il pourra même être original constituant, à tout le moins en partie, une « création intellectuelle propre à son auteur », lequel sera par hypothèse l'utilisateur qui l'a téléversé. A ce titre, l'utilisateur bénéficiera donc sur ce contenu de la protection du droit d'auteur (et/ou du droit voisin pour les artistes interprètes ou exécutants) au sens de directive 2001/29/CE et, corrélativement, de la protection du droit de propriété intellectuelle en tant que droit fondamental garanti à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte.

En d'autres termes, dans l'hypothèse d'un utilisateur créateur, une mesure de filtrage étendue aux « contenus similaires » est susceptible d'entraîner une « restriction caractérisée » non pas uniquement des libertés d'expression et des arts de cet utilisateur créateur, mais également de son droit de propriété intellectuelle. Dans le cas de l'utilisateur qui crée exclusivement à travers les services d'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne (tel un YouTubeur), on pourrait d'ailleurs considérer que, pratiquement, la mesure de filtrage « équivaldrait à le priver de son droit de propriété intellectuelle légalement acquis »³²⁷. Aussi dans le cadre d'une « procéduralisation du juste équilibre » (voy. *supra*, n° 65), il conviendra de vérifier si les modalités des recours organisées en application de l'article 17, paragraphe 9, de la directive (UE) 2019/790 peuvent constituer une mesure « suffisamment efficace pour assurer une protection effective »³²⁸ du droit de propriété intellectuelle de cet utilisateur créateur.

(3) Du point de vue de l'article 17, paragraphe 2 de la Charte

86. C'est en considération de l'ensemble de ces éléments qu'il convient enfin de vérifier si, et dans quelle mesure, du point de vue du droit de propriété intellectuelle, une limitation de l'obligation de filtrage pour ce qui concerne les « contenus similaires » satisfait au test de proportionnalité de l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte.

³²⁴ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10. Dans cette affaire, la CJUE a semblé considérer comme relevant de la notion de reproduction au sens de la directive 2001/29, un acte qualifié (ou pouvant être qualifié) d'adaptation par la juridiction de renvoi au regard du droit national, en l'occurrence un portrait-robot réalisé au départ d'une photographie. Spécialement, on relève que la Cour a substitué à la distinction débattue devant les juridictions autrichiennes entre libre utilisation (« *freie Benutzung* ») et adaptation (« *Bearbeitung* ») au sens du droit national, une distinction entre libre utilisation et reproduction au sens de la directive.

³²⁵ C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute c. World Programming*, C-406/10. Dans le même ordre d'idées que, la Cour nous paraît avoir énoncé dans cette affaire que l'acte de transposition d'un genre (ou d'une langue) à un(e) autre, considéré dans plusieurs juridictions comme relevant du droit d'adaptation, constitue un acte de reproduction au sens de la directive 2001/29/CE.

³²⁶ Voy. l'état de l'art cité *supra*, note 281.

³²⁷ Comp. C.J.U.E., 9 février 2012, *Luksan c. van der Let*, C-277/10, point 70.

³²⁸ Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, point 62.

Nous avons déjà vu *supra* (n^{os} 40-43 et 46-50) que sur le plan des principes, une limitation du droit de communication au public consacré à l'article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2019/790 ne semblait pas porter atteinte au « contenu essentiel » du droit de propriété intellectuelle. Nous avons vu également que, dans le cadre de la limitation dudit droit de communication au public, une différence devrait vraisemblablement être opérée suivant caractère « commercial » ou non du contenu, dans le cadre de son « appréciation individualisée » (voy. *supra*, n^o 39).

Aussi, afin d'analyser le respect des exigences du « juste équilibre », il convient de distinguer d'abord suivant que le caractère contrefaisant du contenu similaire peut être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome » (b), ou au contraire si cela n'est pas possible (a). Et là où ce sera possible, il faudra ensuite distinguer entre les contenus commerciaux (i) et non-commerciaux (ii).

- (a) S'agissant des « contenus similaires » qui doivent faire l'objet d'une « appréciation autonome »

87. Il nous paraît qu'une interprétation de l'obligation de filtrage visée au paragraphe 4, sous b) et c), *in fine*, de cette disposition, censée garantir le respect du droit consacré au paragraphe 1^{er}, en ce sens qu'elle devrait s'appliquer aux « contenus similaires » dont le caractère contrefaisant ne peut être établi de manière évidente et doivent donc faire l'objet d'une « appréciation autonome », n'est pas susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre », dès lors que :

- cette interprétation entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (voy. *supra*, n^{os} 77-78) ;
- cette interprétation serait susceptible d'entraîner une atteinte caractérisée à la liberté d'expression et d'information, la liberté des arts et, le cas échéant, le droit de propriété intellectuelle de l'utilisateur, le cas échéant créateur, desdits services (voy. *supra*, n^{os} 79-82 et 85) ;
- même dans le cadre de cette interprétation, le titulaire de droits ne sera pas privé de toute protection effective de son droit de propriété intellectuelle, dès lors qu'il pourra encore mettre en œuvre celui-ci en recourant à la procédure de notification prévue au paragraphe 4, sous c), et/ou en agissant directement contre l'utilisateur sur la base de son droit de communication au public, au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE (voy. *supra*, n^{os} 48-49).

88. Dans le cas où la détermination du caractère « similaire » du contenu ne peut faire l'économie d'une « appréciation autonome », il nous paraît en effet que celle-ci ne peut être déléguée au fournisseur de services de partage de contenus en ligne (pour les motifs exposés *supra*, n^o 77 et 80), mais doit être opérée par le titulaire de droits, qui, suivant le droit commun, engagera le cas échéant sa responsabilité à l'égard de l'utilisateur si la notification qu'il a adressée au fournisseur ou l'action qu'il a diligentée contre ledit utilisateur est abusive.

Par rapport à ce type de contenus, la responsabilité dudit fournisseur ne pourra donc être engagée, le cas échéant, que s'il n'agit pas « 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 », conformément au paragraphe 4 de l'article 17. Dans la mesure à la directive (UE) 2019/790 se

fonde sur les mêmes principes, notamment, que la directive 2000/31/CE³²⁹, la responsabilité du fournisseur qui est resté en défaut d'agir promptement après réception de pareille notification devrait, à notre avis, être appréciée de la même manière que dans le cadre de l'article 14 de cette dernière directive, qui prévoyait déjà ce cas de figure.

En conclusion, eu égard au fait qu'une interprétation de l'obligation de filtrage dans le sens inverse de celui proposé ici priverait les libertés d'entreprise, d'expression et d'information, des arts et, le cas échéant, le droit de propriété intellectuelle de l'utilisateur créateur, d'une « protection effective », et suivant la logique qu'elle a semblé poursuivre dans un arrêt *Mc Fadden*³³⁰, nous pensons que la CJUE sera encline à considérer « nécessaire » de retenir cette interprétation de l'article 17, paragraphe 4, de la directive (UE) 2019/790, à moins qu'une autre interprétation permettant de préserver lesdites libertés puisse être fournie, *quod non* selon nous.

- (b) S'agissant des « contenus similaires » qui ne doivent pas faire l'objet d'une « appréciation autonome »

89. S'agissant maintenant d'une interprétation de l'obligation de filtrage visée à l'article 17, paragraphe 4, sous b) et c), *in fine*, qui s'étendrait aux « contenus similaires » dont le caractère contrefaisant peut être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome », il nous paraît que les exigences du « juste équilibre » commandent de distinguer entre les contenus « commerciaux » et « non-commerciaux » (suivant la définition que nous avons retenue *supra*, n° 67), dans le cadre de l'« appréciation individualisée » du droit de communication au public visé au paragraphe 1^{er} (voy. *supra*, n° 39).

- (i) *Contenus similaires commerciaux*

90. *In abstracto*, il nous paraît qu'une exclusion de principe des « contenus similaires commerciaux » qui ne nécessite pas d'« appréciation autonome » du périmètre de l'obligation de filtrage méconnaîtrait le « juste équilibre », dès lors que :

- par hypothèse, en ce qu'elle n'appelle pas d'« appréciation autonome », elle n'impose pas au fournisseur de services de partage de contenus en ligne une « obligation excessive »³³¹, d'autant que l'efficacité des mesures mises en place pour garantir l'indisponibilité des contenus devra être appréciée au regard de ses « meilleurs efforts »³³², lesquels sont eux-mêmes appréciés, à la lumière du principe de proportionnalité, en considération d'une série d'éléments visés aux paragraphes 5 et 6³³³ ; dans ces conditions, il pourrait être admis que pareille obligation ne constitue donc pas une atteinte caractérisée à sa liberté d'entreprise ; (voy. *supra*, n° 70)

³²⁹ Voy. le considérant 4.

³³⁰ Comp. C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, points 99-100 :

« 99. Les deux autres mesures ayant été écartées par la Cour, considérer qu'un fournisseur d'accès à un réseau de communication ne doit pas sécuriser sa connexion à Internet aboutirait ainsi à priver le droit fondamental à la propriété intellectuelle de toute protection, ce qui serait contraire à l'idée de juste équilibre.

100. Dans ces conditions, une mesure visant à sécuriser la connexion à Internet au moyen d'un mot de passe doit être considérée comme étant nécessaire pour assurer une protection effective du droit fondamental à la protection de la propriété intellectuelle. »

³³¹ Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18.

³³² Article 17, paragraphe 4, sous b) et c).

³³³ Article 17, paragraphes 5 et 6.

- par hypothèse, en ce qu'elle n'appelle pas d'« appréciation autonome », pareille obligation ne devrait en principe pas concerner de « contenus licites exceptés » et, dans l'hypothèse où elle concernerait des « contenus licites autorisés » (suivant les définitions que nous avons retenues *supra*, n° 68), les recours organisés en vertu du paragraphe 9 seraient susceptibles de préserver la liberté d'expression et d'information dans le cadre d'une « procéduralisation du juste équilibre » (voy. *supra*, n° 65) ;
- eu égard à l'objectif poursuivi par l'article 17 de combler le « value gap » et donc de permettre aux titulaires de droits de percevoir des fournisseurs une « rémunération appropriée » pour l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés (voy. *supra*, n° 15), cette exclusion de principe priverait lesdits titulaires d'une mesure « suffisamment efficace pour assurer une protection effective »³³⁴ de leur droit fondamental de propriété intellectuelle et serait donc susceptible de porter atteinte à son « contenu essentiel », en tant qu'elle ne permettrait pas de « sauvegarder son objet spécifique ».

91. Cette référence à la théorie de la « sauvegarde de l'objet spécifique de la propriété intellectuelle », empruntée à la jurisprudence de la CJUE en matière de libertés de circulation³³⁵, peut *a priori* surprendre mais nous paraît pertinente³³⁶, eu égard à l'origine de cette jurisprudence et à ses développements récents.

Ladite théorie fixe les limites dans lesquelles peut être admise une dérogation au principe de liberté de circulation, comme le rappelait la CJUE notamment dans un arrêt *Football Association Premier League*³³⁷. S'agissant spécialement de la matière du droit d'auteur, la CJUE a précisé dans cet arrêt que

« 107. (...) cet objet spécifique vise notamment à assurer aux titulaires de droits concernés la protection de la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation ou la mise à disposition des objets protégés, en accordant des licences moyennant le paiement d'une rémunération.

108. Cependant, force est de constater qu'un tel objet spécifique ne garantit pas aux titulaires de droits concernés la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible. En effet, conformément à cet objet, il ne leur est assuré – ainsi que le prévoient le dixième considérant de la directive sur le droit d'auteur et le cinquième considérant de la directive sur les droits voisins – qu'une rémunération appropriée pour chaque utilisation des objets protégés »³³⁸.

On voit donc que l'« objet spécifique » du droit d'auteur est de permettre à son titulaire d'« accord[er] des licences moyennant le paiement d'une rémunération appropriée pour chaque utilisation des objets protégés (...) »³³⁹, ce qui rejoint précisément l'objectif poursuivi par

³³⁴ Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, point 62.

³³⁵ Voy. à l'origine C.J.C.E., 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmarkt*, aff. 78/70 (droits voisins) ; C.J.C.E., 20 janvier 1981, *Musiek-Vertrieb Membran c. GEMA*, aff. jointes 55/80 et 57/80 (droit d'auteur).

³³⁶ Nous avons par ailleurs montré en quoi la jurisprudence relative aux hyperliens (sur laquelle nous appuyons pour partie la lecture que nous proposons ici) pouvait être comprise à la lumière de cette théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique, voy. J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique : voyage intertextuel au pays des hyperliens », *op. cit.* (note 21), pp. 51-82.

³³⁷ C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 106.

³³⁸ Nous soulignons. Voy. également T.U.E., 12 décembre 2018, *Groupe Canal + c. Commission*, T-873/16, point 53.

³³⁹ C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 34 (nous soulignons).

l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 de combler le « value gap », ainsi que nous l'avons vu *supra* (n° 15). Et nous avons vu que pour ce faire, le législateur a entendu modifier les conditions de la négociation des « Second Level Agreements » entre les titulaires de droits et les plateformes, ces dernières bénéficiant dans ladite négociation d'une position privilégiée en raison du régime juridique en vigueur. C'est à cette fin qu'il a instauré au profit des titulaires de droits, le droit de communication au public visé au paragraphe 1^{er} de ladite disposition (voy. *supra*, n^{os} 20-23).

On comprend donc que l'instauration dudit droit de propriété intellectuelle est intrinsèquement lié à une **problématique de distorsion de la concurrence**. Car si les plateformes bénéficiaient d'une position privilégiée dans le cadre de la négociation, ce n'est évidemment pas uniquement à raison des règles juridiques mais également du fait que, d'un point de vue économique, elles détenaient plus que vraisemblablement une position dominante³⁴⁰ sur le marché de l'offre de ces contenus en ligne.

Aussi, une analyse de l'article 17 par la CJUE en considération de sa jurisprudence précédente mettant aux prises propriété intellectuelle et droit de la concurrence apparaît envisageable. Et c'est là précisément qu'il faut trouver l'origine de cette théorie de la « sauvegarde de l'objet spécifique de la propriété intellectuelle »³⁴¹.

92. Or, il convient d'avoir à l'esprit qu'un « contenu similaire », s'il ne doit pas faire l'objet d'une « appréciation autonome », consiste en un contenu qui présente, du point de vue de l'utilisateur, un degré de **substituabilité**³⁴² élevé avec l'œuvre ou autre objet protégé sur lequel le titulaire détient les droits. Aussi, il nous paraît qu'au titre de la sauvegarde de l'« objet spécifique » du droit de communication au public visé à l'article 17, paragraphe 1^{er}, l'obligation de filtrage du paragraphe 4 qui en assure la protection doit s'étendre à ces « contenus similaires commerciaux ». Précisons d'emblée que, s'il est vrai que le degré de substituabilité est indépendant du caractère commercial ou non, nous verrons dans un instant que la sauvegarde de cet « objet spécifique » devra être différente pour les contenus commerciaux (voy. *infra*, n^{os} 96-97).

93. Sans aucunement confondre les notions d' « objet spécifique » (libertés de circulation, avec ses origines en droit de la concurrence) et de « contenu essentiel » (droits fondamentaux) des

³⁴⁰ Suivant une jurisprudence classique de la CJUE à propos de l'article 102 du TFE, « (...) la position dominante visée par cet article concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands c. Commission*, aff. C-27/76, point 65).

³⁴¹ Telle que développée à l'origine par la CJCE dans son arrêt *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmarkte*, la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique est fondée sur la distinction entre « existence » et « exercice » des droits de propriété intellectuelle élaborée par la CJUE dans son arrêt *Consten et Grundig*, en application des dispositions du traité relative au droit de la concurrence, C.J.C.E., 13 juillet 1966, *Etablissements Consten et Grundig-Verkaufs c. Commission*, aff. jointes 56-64 et 58-64.

³⁴² En droit de la concurrence, l'on définit un « marché de produits » comme celui qui « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés », voy. la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.U.E.* du 9 décembre 1997, C 372/5, point 2.

Plus classiquement, suivant la définition généralement retenue en microéconomie, deux biens sont substituables si une augmentation du prix de l'un entraîne une augmentation de la demande pour l'autre, voy. J. E. STIGLITZ, C. E. WALSH, *Principles of microeconomics*, 3^e éd., New York, W.W. Norton, 2002, p. 71.

droits intellectuels³⁴³, il nous paraît tout à fait possible de considérer que, dans ce cas précis, si le premier n'est pas sauvegardé, alors le second ne peut être considéré respecté, ce à la lumière des exigences du « juste équilibre ». Il faut donc considérer, sur cette base, qu'**une interprétation de l'obligation de filtrage visée à l'article 17, paragraphe 4, sous b) et c), in fine, qui ne s'étendrait pas aux « contenus similaires commerciaux » dont le caractère contrefaisant peut être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome », méconnaîtrait les exigences du « juste équilibre ».**

94. Pour se convaincre définitivement de la possibilité pour la CJUE de transporter, dans ce cas précis, des notions de droit de la concurrence (au sens large) dans son analyse des droits fondamentaux, on soulignera qu'elle y a déjà procédé dans un arrêt *Huawei*³⁴⁴ en

« met[tant] en balance, d'une part, la préservation du libre jeu de la concurrence au titre duquel le droit primaire et notamment l'article 102 TFUE prohibent les abus de position dominante et, d'autre part, la nécessaire garantie des droits de propriété intellectuelle de ce titulaire et de son droit à une protection juridictionnelle effective, garantis, respectivement, par les articles 17, paragraphe 2, et 47 de la Charte »³⁴⁵.

En conséquence, elle a établi « des conditions visant à garantir un juste équilibre des intérêts concernés »³⁴⁶.

Ce dernier arrêt offre d'ailleurs une perspective utile afin de régler la tension susceptible de découler d'une mesure de filtrage appliquée à un « contenu similaire commercial » qui serait par ailleurs créatif.

En effet, dans ce cas il pourra, le cas échéant, bénéficier de la protection du droit d'auteur et/ou des droits voisins³⁴⁷ et à ce titre, de la protection de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, à laquelle le filtrage dont il serait l'objet apporterait donc une limitation. Et si ledit contenu devait demeurer indisponible il en résulterait une « atteinte caractérisée » audit droit (voy. *supra*, n° 85).

Aussi au titre de la « procéduralisation du juste équilibre » (voy. *supra*, n° 65) et suivant la logique poursuivie par la CJUE dans son arrêt *Huawei* précité, il nous paraît que si le titulaire de droits sur l'œuvre (ou autre objet protégé) et l'utilisateur créateur – qui dispose de droits sur ce « contenu similaire » – ne peuvent s'accorder soit dans le cadre du dispositif de traitement des plaintes et de recours mis en place par la plateforme, soit dans le cadre des mécanismes extrajudiciaires mis en place par le droit national, alors ils doivent pouvoir porter leur litige devant une juridiction³⁴⁸. Et dans l'attente d'une décision, le fournisseur devrait, d'une part,

³⁴³ Le rapprochement ne nous paraît toutefois pas dénué de pertinence. Visiblement en ce sens également, voy. M. HUSOVEC, « The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter », *op. cit.* (note 170, pp. 854-855).

³⁴⁴ C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13.

³⁴⁵ *Huawei*, point 42.

³⁴⁶ *Huawei*, point 55. Comp. les conclusions de l'avocat général M. WATHELET présentées le 20 novembre 2014 dans l'affaire *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13, point 59 (avec la référence à C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12)

³⁴⁷ Cette dernière est la plus vraisemblable, dès lors qu'en égard à l'état de l'art et de son évolution, il est probable qu'une exécution ou une interprétation – protégée par le droit voisin des artistes interprètes et exécutants dans le cas de l'utilisateur créatif – d'une œuvre – protégée par le droit d'auteur dans le cas du titulaire de droits – puisse faire l'objet d'une identification fiable au moyen de techniques automatisées.

³⁴⁸ Comp. *Huawei*, point 69 : « (...) compte tenu, d'une part, du fait qu'un organisme de normalisation, tel que celui ayant élaboré la norme en cause au principal, ne contrôle, à l'occasion de la procédure de normalisation, ni

maintenir disponible sur ses services ledit contenu, d'autre part, consigner l'ensemble des revenus générés par les actes d'exploitation dudit contenu intervenus sur ses services et dont il devra pouvoir produire le décompte³⁴⁹.

Il convient à nouveau d'insister sur le fait que cette conclusion porte sur la disposition envisagée *in abstracto* dans le cadre du droit de l'UE et est donc sans préjudice d'une conclusion différente s'agissant de sa transposition *in concreto* dans le cadre du droit national d'un Etat membre.

(ii) *Contenus similaires non-commerciaux*

95. S'agissant enfin des « **contenus similaires non-commerciaux** » dont le caractère potentiellement contrefaisant peut être établi sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome », il nous paraît que ceux-ci doivent être exclus du périmètre de l'obligation de filtrage afin de respecter les exigences du « juste équilibre ».

96. Poursuivant l'analyse que nous avons entamée *supra* (nos 91-93), il faut admettre qu'il n'est pas certain s'ils relèvent ou non de l'« objet spécifique » du droit consacré à l'article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2019/790. En effet, le caractère « non-commercial » d'une utilisation, en soi, ne soustrait pas celle-ci du champ de l'« objet spécifique » du droit de propriété intellectuelle concerné. En témoigne l'arrêt *Renckhoff*³⁵⁰ dans lequel la CJUE, au visa notamment de cette théorie³⁵¹, n'a pas suivi son avocat général, qui avait pourtant fait grand cas de l'absence de but lucratif pour conclure à l'absence de communication au public dans le cas d'espèce³⁵².

Ceci étant, et ainsi que nous l'avons vu, au titre de l'« objet spécifique » (comme au titre de l'article 17 de la directive) est uniquement garantie une « rémunération appropriée ». Et la CJUE a estimé dans son arrêt *Football Association Premier League* précité que,

« pour être appropriée, une telle rémunération doit être en rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie. En particulier, elle doit être en rapport raisonnable avec le nombre réel ou potentiel de personnes qui en jouissent ou qui souhaitent en jouir »³⁵³.

la validité des brevets ni leur caractère essentiel à la norme à laquelle ils participent et, d'autre part, du droit à une protection juridictionnelle effective garanti par l'article 47 de la Charte, il ne saurait être reproché au contrefacteur allégué soit de contester, parallèlement aux négociations relatives à l'octroi de licences, la validité de ces brevets et/ou leur caractère essentiel à la norme à laquelle ils participent et/ou leur exploitation effective, soit de se réserver la faculté de le faire à l'avenir (...) ».

³⁴⁹ Comp. *Huawei*, point 67 : « (...) dans l'hypothèse où le contrefacteur allégué utilise les enseignements du BEN avant qu'un contrat de licence ne soit conclu, il lui revient, à partir du moment du rejet de sa contre-offre, de constituer une sûreté appropriée, conformément aux usages commerciaux reconnus en la matière, par exemple en fournissant une garantie bancaire ou en consignnant les sommes nécessaires. Le calcul de cette sûreté doit comprendre, notamment, le nombre des actes d'exploitation passés du BEN dont le contrefacteur allégué doit pouvoir produire le décompte ».

³⁵⁰ C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17.

³⁵¹ *Renckhoff*, point 34.

³⁵² Voy. les conclusions de l'avocat général M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 25 avril 2018 dans l'affaire *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, points 80-85.

³⁵³ C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 108 (nous soulignons). Voy. également T.U.E., 12 décembre 2018, *Groupe Canal + c. Commission*, T-873/16, point 54 : « Une rémunération appropriée du détenteur de ce droit est celle qui est en rapport raisonnable avec le nombre réel ou potentiel de personnes qui jouissent ou qui souhaitent jouir de la prestation fournie (...) ».

Et d'ajouter ensuite qu'

« en matière de radiodiffusion télévisuelle, une telle rémunération doit notamment être (...) en rapport raisonnable avec des paramètres des émissions concernées telles que leur audience effective, leur audience potentielle et la version linguistique »³⁵⁴.

Or, dès lors que les « contenus non-commerciaux » sont – suivant la définition que nous avons retenue et au départ de la formulation de l'article 17, paragraphe 2 de la directive (UE) 2019/790 – ceux qui sont « téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs » (voy. *supra*, n° 67), ils sont aussi ceux qui, potentiellement, participent le moins aux « fins lucratives » poursuivies par fournisseur de services de partage de contenus en ligne dans le cadre de son « organisation » et sa « promotion »³⁵⁵. Le cas échéant, il s'agira donc de contenus dont l'audience, tant effective que potentielle, sera réduite, à tout le moins en comparaison avec les « contenus commerciaux ».

97. Ainsi, l'objectif de sauvegarder l'« objet spécifique » de l'article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2019/790, ne se présente pas avec autant de force pour les « contenus similaires non-commerciaux » que pour les « contenus similaires commerciaux » autorisant, dans le cadre de son appréciation individualisée (voy. *supra*, n° 39), une conclusion différenciée s'agissant d'une éventuelle limitation de sa protection au titre de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, à la lumière du « juste équilibre ».

De fait, la CJUE a précisé de longue date que le droit de propriété « doi[t] être pris en considération par rapport à [sa] fonction dans la société (...) »³⁵⁶, principe qu'elle a ensuite exprimé en matière de droit d'auteur et de droits voisins dans un arrêt *Metronome Musik*³⁵⁷. Suite à l'adoption de la Charte, la CJUE a expressément réitéré ce principe à propos du droit de propriété intellectuelle qu'elle consacre, dans un arrêt *Planta Tabak-Manufaktur*³⁵⁸ (en matière de marques), ajoutant au passage que « cette considération trouve notamment son reflet dans la manière dont il convient de mettre en œuvre le principe de proportionnalité en vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte »³⁵⁹.

Or ici, la fonction poursuivie par le droit de communication au public de l'article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2019/790, ne nous paraît tant d'empêcher le téléversement de « contenus similaires » par les utilisateurs qui ne poursuivent pas de but lucratif – les « contenus non-commerciaux » –, mais plutôt de permettre aux titulaires de droits de participer à l'exploitation économique de leurs contenus par les plateformes – les « contenus commerciaux » – et de combler ainsi le « value gap ».

98. Aussi eu égard à cette fonction dudit droit de communication au public – même protégé dans le cadre de la Charte –, et spécialement dans la mesure où il rentre en conflit avec la liberté d'expression et d'information des utilisateurs – pareillement protégée par la Charte –, il nous paraît que la recherche du « juste équilibre » pour ce qui concerne ces « contenus similaires

³⁵⁴ *Football Association Premier League*, point 109 (nous soulignons). Voy. également *Groupe Canal +*, point 54.

³⁵⁵ Voy. l'article 2, sous 6), alinéa 1^{er}, *in fine*.

³⁵⁶ C.J.C.E., 11 juillet 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter c. Hauptzollamt Gronau*, aff. 265/87, point 15 (nous soulignons).

³⁵⁷ C.J.C.E., 28 avril 1998, *Metronome Musik c. Music Point Hokamp*, C-200/96, point 21.

³⁵⁸ C.J.U.E., 30 janvier 2019, *Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann c. Land Berlin*, C-220/17, point 94.

³⁵⁹ *Planta Tabak-Manufaktur*, point 95.

non-commerciaux » doit faire prévaloir, s'agissant l'interprétation de la portée l'obligation de filtrage, ladite liberté sur le droit de propriété intellectuelle.

En effet, comme l'a souligné la CJUE, la liberté d'expression et d'information doit pareillement être considérée par rapport à sa fonction dans la société³⁶⁰. Toujours suivant la CJUE, sa sauvegarde « constitue incontestablement un objectif d'intérêt général, dont il convient de souligner, en particulier, l'importance dans une société démocratique et pluraliste (...) »³⁶¹. Et plus spécifiquement, ainsi qu'elle l'a souligné dans son arrêt *GS Media* – dans lequel, ainsi que nous l'avons vu *supra* (n° 39), elle a limité la portée du droit de communication au public pour ce qui concerne les hyperliens réalisés par un internaute qui ne poursuit pas de but lucratif –, « Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte (...) »³⁶².

99. Cette conclusion nous paraît définitivement s'imposer eu égard à l'interprétation que la CJUE a retenu du test de proportionnalité, dans son arrêt *Sky Österreich*³⁶³, dans lequel elle a énoncé

« lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »³⁶⁴.

Même pour des « contenus similaires non-commerciaux », le titulaire de droits ne sera pas privé de toute protection effective de son droit de propriété intellectuelle – grâce à la procédure de notification prévue au paragraphe 4, sous c), et à sa possibilité d'agir directement contre l'utilisateur sur la base de son droit de communication au public, au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE (voy. *supra*, n°s 48-49) –, et ce sans véritables inconvénients par rapport au but visé par le droit de communication consacré l'article 17, paragraphe 1^{er}, de la directive (UE) 2019/790 de combler le « value gap ». A l'inverse, les inconvénients seraient majeurs si, pour que sa liberté d'expression et d'information et/ou son droit de propriété intellectuelle soit garantis – dans le cas où la mesure de filtrage concernerait incidemment un « contenu licite autorisé » et/ou créatif par ailleurs –, l'utilisateur devait s'en remettre aux mécanismes de recours organisés en vertu du paragraphe 9. C'est donc le choix de la mesure la moins contraignante pour lesdits droit et liberté qui s'impose.

En conclusion, il nous paraît établi qu'**une interprétation de l'obligation de filtrage visée à l'article 17, paragraphe 4, sous b) et c), *in fine*, qui s'étendrait aux « contenus similaires non-commerciaux » dont le caractère contrefaisant peut être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome », méconnaît le « juste équilibre »** entre les droits fondamentaux en cause.

IV. Conclusion : « (...) *Et dans ce ciel – pense peut-être l'officier – brille un soleil qui illumine en même temps ces lavabos blafards et de lointaines prairies (...)* »

100. Vertigineux.

³⁶⁰ C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger e.a. c. Republik Österreich*, C-112/00, point 80.

³⁶¹ C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, point 52.

³⁶² C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15, point 45 (nous soulignons).

³⁶³ C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11.

³⁶⁴ *Sky Österreich*, point 50 (nous soulignons).

Le mot est faible pour qualifier les chemins interprétatifs qu'il faut parcourir pour pouvoir dégager, au départ jurisprudence de la CJUE, la portée éventuelle de cet article 17, paragraphe 4, sous b) et c), *in fine*, de la directive (UE) 2019/790...

Depuis notre balcon bruxellois d'où nous observons ces chemins, l'on croit poindre à l'horizon luxembourgeois, une interprétation de cette disposition susceptible d'assurer un « juste équilibre » entre droits fondamentaux.

Mais malgré ces éclaircissements, de nombreuses zones d'ombres subsistent, car notre vision ne s'étend pas au-delà du droit de l'Union européenne. Les conclusions auxquelles nous sommes parvenu ne préjugent en rien de l'analyse qu'il convient encore de mener dans le droit de chaque Etat membre, dans les espaces que nous aurons identifiés ici comme susceptibles de permettre la réalisation d'un « juste équilibre ». Ces conclusions ne préjugent en rien de l'existence de mesures techniques aptes à garantir celui-ci en pratique dans le respect, en outre, du droit à la protection des données personnelles...

Comme le soulignait il y a quelques années l'actuel Président de la CJUE, dans un commentaire de la jurisprudence de sa juridiction relative aux mesures de filtrage et de blocage, « la façon dont un conflit entre droits fondamentaux est résolu *in concreto* n'incombe pas au droit de l'Union, mais au droit national »³⁶⁵.

Tout reste donc à faire.

101. Ceci étant, il se dégage de notre analyse « une certaine uniformité dans l'abstrait »³⁶⁶ qui permet de dessiner un cadre dans lequel, on imagine, la CJUE voudra voir les Etats membres résoudre ce conflit, cadre dont les grands traits sont les suivants :

- le droit de communication au public consacré au paragraphe 1^{er} fera vraisemblablement l'objet d'une « appréciation individualisée » et recevra donc une interprétation pour partie différente de celle du droit prévu à l'article 3 de la directive 2001/29/CE (voy. *supra*, n^{os} 36-37) ;
- dans le cadre de cette « appréciation individualisée », la portée dudit droit de communication au public pourrait être limitée pour ce qui concerne les contenus téléversés par les utilisateurs qui n'agissent pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs (voy. *supra*, n^o 39), laquelle limitation se traduira concrètement dans une obligation de filtrage limitée à l'égard desdits contenus ;
- le principe même d'une obligation de filtrage aux fins d'assurer la protection du droit d'auteur et des droits voisins, au titre du paragraphe 4, sous b) et c), *in fine*, ne sera vraisemblablement pas sanctionnée sur pied des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voy. *supra*, n^{os} 53-65) ;
- la portée de ladite obligation de filtrage sera vraisemblablement limitée dans ses modalités, en application des critères du « juste équilibre » (voy. *supra*, n^{os} 70-99) ;
- dans les limites et les conditions précisées, et sans préjudice de la possibilité que les exigences du « juste équilibre » ne soient pas rencontrées *in concreto*, il nous paraît qu'il convient de distinguer, pour ce qui concerne l'obligation de filtrage, entre différents types de contenus, suivant le schéma suivant :

³⁶⁵ K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », *op. cit.* (note 13), p. 245.

³⁶⁶ *Ibid.*

Types de contenus (voy. les définitions <i>supra</i> , n ^{os} 66-69)	Commerciaux	Non-commerciaux
Identiques ou équivalents (voy. <i>supra</i> , n ^{os} 70-75)	Filtrage	Filtrage
Similaires, dont le caractère contrefaisant ne peut être établi que dans le cadre d'une appréciation autonome (comprenant notamment tous les contenus pouvant revendiquer, le cas échéant, le bénéfice d'une exception) (voy. <i>supra</i> , n ^{os} 76-88)	Pas de filtrage	Pas de filtrage
Similaires, dont le caractère contrefaisant peut être établi de manière évidente sans qu'il soit nécessaire de procéder à une appréciation autonome (voy. <i>supra</i> , n ^{os} 89-99)	Filtrage	Pas de filtrage

102. C'est dans ce cadre que les parties intéressées et les législateurs nationaux doivent, à notre avis, dialoguer. Pas en dehors.

Par ailleurs, et cela est crucial, ce cadre doit être implémenté dès le stade de la conception des techniques de reconnaissance de contenus, suivant ainsi l'approche « by design » promue par certains³⁶⁷. A défaut, eu égard à leur opacité sur le plan à la fois technique³⁶⁸ et juridique³⁶⁹, le respect de ce « juste équilibre » entre droits fondamentaux sera tout bonnement illusoire³⁷⁰. Un autre mirage en somme...

³⁶⁷ Voy. spéc. M. LAMBRECHT, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive », *op. cit.* (note 43) ; N. ELKIN-KOREN, « Fair Use by Design », *UCLA Law Review*, 2017, vol. 64, no. 5, pp. 1082-1101.

³⁶⁸ Voy. de manière générale C. CASTELLUCCIA, D. LE MÉTAYER, *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*, Study for the European Parliament, PE 624.261, March 2019.

³⁶⁹ A travers la protection du secret d'affaires, renforcée dans l'UE suite à l'adoption de la directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.* du 15 juin 2016, L 157/1. Ce type de protection est d'ailleurs désormais favorisée par l'industrie, avec les risques que cela emporte, voy. spéc. J. C. FROMER, « Machines as the New Oompa-Loompas: Trade Secrecy, the Cloud, Machine Learning, and Automation », *New York University Law Review*, 2019, vol. 94, no. 4, pp. 706-736.

³⁷⁰ Comp. M. PEREL, N. ELKIN-KOREN, « Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement », *Stanford Technology Law Review*, 2016, vol. 19, no. 3, pp. 473-532, spéc. p. 532 : « (...) However efficient an invisible hand can be in coordinating online content, it may occasionally be arbitrary and even biased. To secure the free flow of information and protect online users' right to create and liberally enjoy the fruits of their own creations, we must enable adequate checks on algorithmic copyright enforcement employed by online intermediaries. Especially because online copyright enforcement affects fundamental rights, it is vital to allow affected individuals to understand how mechanisms of algorithmic copyright enforcement exercise their power, their decision-making criteria, and how their decisions may be challenged. (...) ». Comp. également M. PEREL, N. ELKIN-KOREN, « Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement », *Florida Law Review*, 2017, vol. 69, no. 1, pp. 181-222.

103. Avant de clore notre propos et de laisser à la CJUE le soin d'indiquer si les chemins interprétatifs que nous observons depuis notre balcon³⁷¹ sont des chemins de traverse où une route véritable, qu'elle construirait patiemment suivant la logique systématique qu'on croit pouvoir lui attribuer, il faut encore tenter de dissiper quelque peu le brouillard qui perturbe la vue depuis notre balcon, brouillard dont nous avons pris conscience au fil de l'analyse.

Pour ce faire, un dernier détour s'impose, sur le terrain du droit de la concurrence.

104. Dans le cadre de l'affaire *Huawei*³⁷², brièvement évoquée dans notre analyse, la CJUE a mis sur pied, au visa du « juste équilibre »³⁷³, une procédure qui impose des obligations et normes de comportement tant au titulaire d'un brevet essentiel à une norme (BEN) que du contrefacteur allégué, poursuivant le double objectif d'éviter, d'une part, que le premier abuse de sa position dominante pour obtenir des redevances excessivement élevées (situation de « hold-up ») et, d'autre part, que le second profite de la menace de sanction de cet abus pour obtenir des redevances excessivement faibles (situation de « reverse hold-up »)³⁷⁴.

Dans les limites de l'analogie, il nous paraît possible de rapprocher cette situation de celle visée par l'article 17 de la directive (UE) 2019/790.

En effet, les conditions de la négociation des « Second Level Agreements » avant l'adoption de la directive pouvaient s'apparenter, en quelque sorte, à un « reverse hold-up » de la part des plateformes, puisque l'état du droit leur permettait d'obtenir des titulaires de droits des redevances extrêmement faibles.

Mais avec l'adoption de la directive, les conditions de la négociation de ces « Second Level Agreements » changent radicalement au point de permettre, potentiellement, une situation de « hold-up » de la part des titulaires de droits, désormais en position d'obtenir des redevances excessivement élevées sur la base du droit de communication au public qui leur est reconnu par l'article 17, paragraphe 1^{er}.

Il ne faut en effet pas perdre de vue que les titulaires de droits sont susceptibles de détenir une position dominante³⁷⁵ et pourraient être tentés d'en abuser³⁷⁶.

Alors certes, le fait de refuser une licence ou de mettre en œuvre son droit « fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle en sorte que l'exercice d'un tel droit, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer

³⁷¹ Notre fort Bastiani de ces temps confinés (voy. Dino BUZZATI, *Le Désert des Tartares*, Paris, Robert Laffont, 2016 (éd. originale Mondadori, 1945).

³⁷² C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13.

³⁷³ *Huawei*, point 55.

³⁷⁴ *Huawei*, point 38

³⁷⁵ Spécialement, de nombreuses sociétés de gestion collective détiennent un monopole de fait et détiennent, en conséquence, une position dominante. Voy. spéc. C.J.C.E., 11 décembre 2008, *Kanal 5 et TV 4 c. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)*, C-52/07, points 19-22.

³⁷⁶ S'agissant d'ailleurs des sociétés de gestion collective, la jurisprudence de la CJUE n'est pas rare en la matière, voy. dernièrement C.J.U.E., 19 avril 2018, *MEO c. Autoridade da Concorrência*, C-525/16 ; C.J.U.E., 14 septembre 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome*, C-177/16 ; C.J.U.E., 27 février 2014, *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, C-351/12. Voy. encore la demande de décision préjudicielle présentée par l'Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Belgique) le 10 mai 2019, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)/Weareone.World BVBA, Wecandance NV*, Affaire C-372/19, J.O.U.E. du 12 août 2019, C 270/17.

en lui-même un abus de celle-ci »³⁷⁷. Certes, le considérant 61 de la directive (UE) 2019/790 laisse clairement entendre que l'article 17 vise à placer les titulaires de droits dans une situation qu'il leur permettra de percevoir une « rémunération appropriée ». Certes, encore, la jurisprudence de la CJUE ne leur garantit au titre de l' « objet spécifique » que la possibilité d'une « rémunération appropriée » et non « la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible (...) »³⁷⁸.

Mais tout cela n'exclut pas l'abus³⁷⁹. Et dans la situation visée à l'article 17, si jamais il doit y avoir abus, ce sera inévitablement au prix de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs des services de partage de contenus en ligne. Une conséquence inévitable d'un resserrement certain des mesures de filtrage par les fournisseurs desdits services qui, par hypothèse, tenteraient par-là d'échapper à leur responsabilité, que voudraient engager des titulaires de droits trop gourmands...

Or selon nous, ce prix-là est « excessif », certainement pour les « contenus similaires non-commerciaux »³⁸⁰.

Alors oui, peut-être, la concurrence est un jeu. La politique aussi. Mais il en va différemment du droit d'auteur :

« (...) *We cannot recognize copyright as a game of chess in which the public can be checkmated (...)* »³⁸¹.

*

* *

³⁷⁷ C.J.C.E., 6 avril 1995, *RTE et ITP c. Commission (Magil)*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, point 49 ; C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health c. NDC Health*, C-418/01, point 34 ; *Huawei*, point 46.

³⁷⁸ C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 108 ; T.U.E., 12 décembre 2018, *Groupe Canal + c. Commission*, T-873/16, point 53.

³⁷⁹ *Magil*, point 50 : « (...) l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif ». Voy. également *IMS Health*, point 35 ; *Huawei*, point 47.

³⁸⁰ Comp. C.J.U.E., 14 septembre 2017, *Autoritēsību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome*, C-177/16, point 35 : « (...) l'exploitation abusive d'une position dominante au sens dudit article pourrait consister dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie ».

³⁸¹ *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675, 678-679 (1st Cir. 1967).