

La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet et la réforme de 2019 du régime du droit d'auteur dans le marché unique numérique

Auteur : Giry, Lucas

Promoteur(s) : Vanbrabant, Bernard

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en gestion

Année académique : 2019-2020

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/9158>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet et la réforme de 2019 du régime du droit d'auteur dans le marché unique numérique

Lucas GIRY

Jury

Promoteur :

Bernard VANBRABANT,
Chargé de cours (Associate Professor)

Lecteurs :

André BLAVIER,
Affiliate Professor HEC Liège

Norman NEYRINCK,
Research assistant, maître de conférences

Année académique 2019-2020

Mémoire présenté en vue de
l'obtention du diplôme de Master en
droit, à finalité spécialisée en gestion

NOTE DE SYNTHÈSE

En l'espace d'une vingtaine d'années, la notion de prestataire intermédiaire de l'internet a considérablement évolué. De manière assez étonnante, le régime de responsabilité s'appliquant à ces acteurs est, quant à lui, resté sensiblement inchangé jusqu'à il y a peu.

Sans toutefois supprimer le régime existant, l'Union européenne, suite au lobbysme des ayants droit, a réformé le régime de responsabilité de certains intermédiaires en ce qui concerne le droit d'auteur. L'objectif de cette réforme est de permettre aux ayants droit d'obtenir une rémunération plus appropriée compte tenu de la valeur générée par les plateformes de partage de contenus donnant accès à du contenu protégé.

Le régime de responsabilité des prestataires intermédiaires déjà complexe au vu du mécanisme d'exemption de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique s'est encore obscurci avec l'adoption de l'article 17 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

Cet article cherche à mettre en place une responsabilité directe des prestataires intermédiaires qui proposent des services de partage de contenus en ligne et qui rendent accessible un contenu pour lequel ils n'ont pas l'autorisation nécessaire à son exploitation. Cela va donc contraindre ces intermédiaires à obtenir l'autorisation des ayants droit, notamment sous forme de contrat de licence, afin de pouvoir partager leurs contenus. Ce système permettrait, dès lors, de rémunérer les ayants droit de manière plus équitable.

L'objectif de ce travail est d'éclaircir la matière relative à la responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet en insistant sur les changements provoqués par la directive 2019/790 et en examinant les conséquences probables de celle-ci sur la répartition de valeur entre ayants droit et fournisseurs de services de partage de contenus en ligne.

ABSTRACT

In twenty years, the concept of intermediary provider on the Internet has evolved considerably. Surprisingly enough, the liability regime applying to these players has remained largely unchanged until recently.

Without abolishing the existing regime, the European Union, as a result of lobbying by right holders, has reformed the copyright liability regime for certain intermediaries. The aim of this reform is to enable right holders to obtain more appropriate remuneration in view of the value generated by content sharing platforms providing access to protected content.

The already complex liability regime for intermediary providers in the light of the exemption mechanism of Directive 2000/31/EC on electronic commerce has been further obscured by the adoption of Article 17 of Directive 2019/790 of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market.

This Article seeks to establish direct liability for intermediary providers who offer online content sharing services and who make available content for which they do not have the necessary authorisation to operate. This will therefore oblige these intermediaries to obtain authorisation from right holders, notably in the form of a licence agreement, in order to share their content. This system would therefore make it possible to remunerate right holders more fairly.

The aim of this work is to clarify the issue of the liability of intermediary Internet service providers by highlighting the changes brought about by Directive 2019/790 and examining its likely consequences on the distribution of value between right holders and online content-sharing service providers.

Je tiens à remercier toutes les personnes qui m'ont soutenu et qui ont contribué de près ou de loin à la réalisation de ce travail.

Monsieur VANBRABANT, promoteur de ce travail de fin d'études, pour l'accueil favorable de mon sujet et ses précieux conseils.

Monsieur BLAVIER, pour avoir partagé ses idées quant à l'aspect gestion de ce travail.

Monsieur NEYRINCK, qui a accepté de consacrer de son temps à la lecture de cet écrit.

Ma famille, pour son aide et son soutien.

Mes condisciples de la faculté de droit et du master droit-gestion, sans qui cette aventure n'aurait pas été aussi épanouissante.

Table des matières

INTRODUCTION.....	11
PARTIE I – LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES INTERMÉDIAIRES DE L’INTERNET AVANT LA RÉFORME DE 2019	13
SECTION 1 – LA RECHERCHE D’UN RESPONSABLE	13
<i>Sous-section 1 – Les objectifs de la directive sur le commerce électronique.....</i>	<i>15</i>
<i>Sous-section 2 – Le domaine d’application de la directive sur le commerce électronique</i>	<i>16</i>
<i>Sous-section 3 – Limitation à l’action en responsabilité.....</i>	<i>17</i>
<i>Sous-section 4 – Le critère de neutralité du prestataire intermédiaire.....</i>	<i>18</i>
<i>Sous-section 5 – Les conditions d’exonération spécifiques selon les activités des intermédiaires.....</i>	<i>19</i>
1. Le simple transport.....	20
2. Le stockage sous forme de copie temporaire de données.....	21
3. L’hébergement.....	22
<i>Sous-section 6 – L’absence d’obligation générale de surveillance et l’obligation de collaboration.....</i>	<i>25</i>
SECTION 3 – LE RÉGIME DE BASE	28
<i>Sous-section 1 – Le régime de responsabilité de droit commun des États membres</i>	<i>28</i>
<i>Sous-section 2 – Le droit de communication au public.....</i>	<i>29</i>
SECTION 4 – UN RÉGIME DÉPASSÉ ?	30
<i>Sous-section 1 – L’hébergement 2.0</i>	<i>31</i>
1. L’hébergement, une notion évolutive	31
2. Approche fonctionnelle ou englobante ?.....	33
<i>Sous-section 2 – Le cas des plateformes mixtes</i>	<i>35</i>
PARTIE II – L’ARTICLE 17 DE LA DIRECTIVE 2019/790 : LE NOUVEAU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES FOURNISSEURS DE SERVICES DE PARTAGE DE CONTENUS EN LIGNE	37
SECTION 1 – LES OBJECTIFS DE L’ARTICLE 17 DE LA DIRECTIVE 2019/790 : LE « VALUE GAP » OU LA « DISTORSION DE VALEUR ».....	37
SECTION 2 – LE CHAMP D’APPLICATION RATIONE PERSONAE : LE FOURNISSEUR DE SERVICES DE PARTAGE DE CONTENUS EN LIGNE	40
SECTION 3 – UN MÉCANISME DE RESPONSABILITÉ SPÉCIFIQUE	43
<i>Sous-section 1 – Responsabilité et notion d’acte de communication au public</i>	<i>44</i>
1. Le principe.....	44
2. Un acte de communication au public d’un genre nouveau ?	45
3. Dualité d’actes de communication au public ou globalisation ?	46
4. Tableau récapitulatif des scénarios d’exploitation	48
<i>Sous-section 2 – Un nouveau régime d’exonération de responsabilité.....</i>	<i>49</i>
1. Principe	49
2. « Les meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle »	52
3. Absence d’obligation générale de surveillance.....	56
4. Les mécanismes de recours extrajudiciaires.....	57

PARTIE III – LE CŒUR DU « VALUE-GAP » : RÉPARTITION DE VALEUR ET NOUVEAUX CONTRATS DE LICENCE.....	59
SECTION 1 – LES PRATIQUES DES FOURNISSEURS DE SERVICES DE PARTAGE DE CONTENUS EN LIGNE AVANT LA RÉFORME : LE CAS YOUTUBE.....	59
<i>Sous-section 1 – Content ID.....</i>	<i>59</i>
<i>Sous-section 2 – Accords et licences.....</i>	<i>62</i>
SECTION 2 – LES ACCORDS DE LICENCE MIS EN PLACE PAR D’AUTRES CATÉGORIES DE PLATEFORMES : LE CAS SPOTIFY	63
SECTION 3 – LES MÉCANISMES DE LICENCE ENVISAGEABLES SUITE À L’ADOPTION DE L’ARTICLE 17 DE LA DIRECTIVE 2019/790	67
<i>Sous-section 1 – Les licences directes.....</i>	<i>68</i>
<i>Sous-section 2 – Les licences collectives volontaires.....</i>	<i>68</i>
<i>Sous-section 3 – Les licences collectives obligatoires.....</i>	<i>70</i>
<i>Sous-section 4 – Les licences légales.....</i>	<i>70</i>
<i>Sous-section 5 – Les licences hybrides.....</i>	<i>71</i>
SECTION 4 – PISTES DE SOLUTION	71
<i>Sous-section 1 – La forme du contrat de licence.....</i>	<i>71</i>
<i>Sous-section 2 – La valorisation du contrat de licence.....</i>	<i>72</i>
CONSIDÉRATIONS FINALES	75
BIBLIOGRAPHIE.....	79
DOCTRINE :	79
<i>Ouvrages et chapitres d’ouvrages.....</i>	<i>79</i>
<i>Articles de doctrine.....</i>	<i>80</i>
<i>Thèse.....</i>	<i>83</i>
<i>Cours universitaire.....</i>	<i>83</i>
<i>Rapports.....</i>	<i>83</i>
<i>Communications, rapports et recommandations européens.....</i>	<i>84</i>
<i>Pages internet.....</i>	<i>85</i>
CONTRAT :	86
LÉGISLATION :	86
<i>Projets de transposition</i>	<i>86</i>
<i>Directives de l’Union européenne.....</i>	<i>87</i>
JURISPRUDENCE :	88
<i>Jurisprudence belge</i>	<i>88</i>
<i>Jurisprudence française.....</i>	<i>88</i>
<i>Jurisprudence européenne</i>	<i>88</i>
ANNEXES.....	91
ANNEXE I : LES ARTICLES PERTINENTS DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE	91
ANNEXE II : LES ARTICLES PERTINENTS DE LA DIRECTIVE 2019/790	94
ANNEXE III : LES CLAUSES PERTINENTES DU CONTRAT ENTRE SONY ET SPOTIFY.....	98

Introduction

Comme chacun a pu le constater, depuis plus d'une dizaine d'années maintenant, l'environnement numérique et la société de l'information connaissent une évolution constante et fulgurante¹. En effet, de plus en plus de canaux sont ouverts à tout un chacun, tant pour partager du contenu que pour en consommer. On comprend d'emblée qu'avec l'avènement des réseaux sociaux et de ces différentes plateformes qui permettent aux utilisateurs de téléverser eux-mêmes du contenu consommable par d'autres, que le régime de responsabilité de ces plateformes et le droit d'auteur vont avoir un rôle important à jouer.

Cependant, le droit n'est pas toujours en mesure de suivre ou de prévoir chacune des nouveautés qui émerge sur l'internet. Il s'est alors retrouvé dépassé et peu adapté aux nouveaux modèles apparaissant sur la toile. Avec la perpétuelle expansion de l'internet et la montée en puissance toujours plus importante du web 2.0, une réforme du régime était donc devenue incontournable.

L'Union européenne s'est dès lors mise au travail afin de remettre le droit d'auteur et le régime de responsabilité qui y est associé au goût du jour de sorte à apporter des solutions aux problèmes qui n'étaient pas encore réglés par le droit en vigueur ou dont la solution n'était plus en phase avec la société actuelle.

Ce qui nous intéresse prioritairement dans cette présente contribution est d'offrir une vue d'ensemble du régime de responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet ainsi que d'analyser leurs relations économiques avec les ayants droit. Cette matière ayant partiellement été réformée, il convient d'analyser ce qui est présenté comme un début de solution à la problématique dite du « *value gap* » ou de la « *distorsion de valeur* ». L'Union européenne a donc mis en place un régime visant à combler ce « *value gap* » qui constitue la différence observée entre l'utilisation de contenus normalement protégés par le droit d'auteur et la faible rémunération qu'en retirent les ayants droit². Le principal article qui vise à réduire cet écart de valeur est l'article 17 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (ci-après « la directive 2019/790 »)³.

Le but de cet écrit est d'exposer le régime de responsabilité spécifique aux prestataires intermédiaires de l'internet en portant une attention particulière aux changements provoqués en cette matière par la directive 2019/790 et les conséquences que celle-ci aura sur les entreprises qui ont construit leur modèle d'affaires sur la fourniture de services de partage de contenus en ligne.

¹ Voy. notamment « People & businesses online », *Digital economy and society in the EU*, s.d., disponible sur <http://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/ict/bloc-1a.html> (Consulté le 12 avril 2020).

² V.-L. BENABOU, « Distorsion de valeur et distorsions des droits - Le « Value Gap »: pataquès, galimatias, et finalement, amphigouri », *A.&M.*, 2017/3, décembre 2018, p. 267.

³ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.*, L130, 17 mai 2019.

Pour ce faire, nous commencerons par développer le régime de responsabilité des intermédiaires tel qu'il était avant la récente réforme (partie I). Nous nous concentrerons ensuite sur le nouveau régime de responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne instauré par l'article 17 de la directive 2019/790 (partie II).

Nous nous attarderons, dans un troisième temps, sur la question de la répartition de la valeur entre titulaires de droits et fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (partie III). Dans cette partie, nous examinerons les pratiques et accords de licence mis en place entre fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et ayants droit, tout en se demandant comment ceux-ci évolueront suite à l'entrée en vigueur de la directive 2019/790. Cette réflexion nous permettra de nous forger une opinion quant à la question de savoir si cette réforme est susceptible ou non de réduire le « *value gap* ».

Partie I – La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet avant la réforme de 2019

Nous allons, ici, nous attarder sur le régime spécifique de responsabilité des prestataires intermédiaires actifs sur l'internet afin de déterminer le contour du cadre juridique tel qu'il était appréhendé avant l'entrée en vigueur de la directive 2019/790.

Tout d'abord, nous évoquerons brièvement les raisons de la mise en cause de la responsabilité, de plus en plus fréquente, des différents opérateurs de l'internet jouant un rôle d'intermédiaire lorsque des droits d'auteur ont été violés via l'utilisation de plateformes en ligne (section 1).

Ensuite, nous analyserons la section 4, intitulée « responsabilité des prestataires intermédiaires », de la directive 2000/31/CE du 8 juin relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après « directive sur le commerce électronique »)⁴. Cet instrument régit certains aspects de la responsabilité des prestataires intermédiaires qui accomplissent des activités en ligne et met en place un régime d'exonération dont peuvent se prévaloir ces intermédiaires lorsque les conditions requises sont remplies (section 2).

Après avoir développé le régime d'exonération, nous nous demanderons comment appréhender la responsabilité de ces prestataires intermédiaires dans le cas où ils ne rentrent pas dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique ou lorsque ceux-ci ne remplissent pas les différentes conditions exigées par cette même directive (section 3).

Enfin, nous mettrons en évidence le fait que, suite à l'évolution de l'environnement numérique de ces dernières années, la lettre du texte de la directive sur le commerce électronique s'est rapidement retrouvée dépassée (section 4).

Section 1 – La recherche d'un responsable

Suite à l'ampleur prise par l'internet dans notre société, il existe maintenant une multitude de canaux par lesquels tout individu peut télécharger ou téléverser du contenu en un simple clic. Cette évolution a évidemment d'innombrables aspects positifs comme la propagation du savoir, la recherche rapide et efficace de toute sorte de contenus, la facilité à exercer sa liberté d'expression, la transmission instantanée d'informations à travers le globe et encore bien d'autres.

⁴ 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.*, L178, 17 juillet 2000.

Cependant, comme l'histoire a souvent pu nous l'apprendre, les avancées technologiques ont généralement leur lot d'inconvénients⁵. Vu la facilité déconcertante avec laquelle tout type de contenu est maintenant mis en ligne, il n'a pas fallu longtemps avant de se rendre compte que circulent, sur les différentes plateformes, un nombre considérable d'œuvres protégées par le droit d'auteur et cela sans autorisation des ayants droit.

Le premier réflexe de toute personne victime d'une atteinte à ses droits est évidemment de s'adresser à l'auteur de cette atteinte⁶. Cependant, dans une société digitalisée et mondialisée comme la nôtre, il arrive souvent que l'auteur des méfaits soit inconnu, insolvable ou établi à l'étranger, ou encore, que le nombre de contrefaçons soit tel qu'il est impensable d'actionner chacun des contrefacteurs⁷.

Dans un tel cas, il est plus aisé pour la victime de se retourner contre les prestataires intermédiaires qui facilitent la transmission ou la diffusion d'œuvres potentiellement protégées. Contrairement aux contrefacteurs originaires, les plateformes intermédiaires sont facilement identifiables et ont généralement des moyens financiers importants, ce qui évite tout risque d'insolvabilité⁸. Pour ce faire, s'offrent alors au titulaire de droits deux options ; soit il est en mesure de démontrer que l'intermédiaire lui-même a posé des actes contraires au droit d'auteur, soit il doit prouver que la plateforme, en tant qu'intermédiaire, a le devoir d'éviter que les services qu'elle propose soient utilisés par ses utilisateurs pour la contrefaçon⁹.

⁵ F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *A.&M.*, 2017/3, décembre 2018, p. 211.

⁶ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », in *Responsabilités et numérique*, Limal, 2018, p. 63, disponible sur https://www.jurisquare.be/fr/book/978-2-8072-0398-3/le-regime-d_exoneration-de-responsabilite-des-prestataires-intermediaires-etat-des-lieux-et-perspect/index.html#page/63/search/ (Consulté le 11 février 2020).

⁷ C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *A.&M.*, 2013/3-4, juillet 2013, p. 166 ; F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 208 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 63.

⁸ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001/7, février 2001, n° 6000, p. 141 ; F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 208.

⁹ C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », in *Les droits intellectuels, entre autres droits*, UB3 – Éditions Larcier, Bruxelles, 2019, p. 130, disponible sur https://www.stradalex.com/fr/sl_rech/search/root/dfe0608362e14ed984943672db9b185be837f2b458f1e7aa39f9316b414550cc::1?docEtiq=DROINTEL_004 (Consulté le 7 février 2020).

Section 2 – Le régime d'exonération : La directive sur le commerce électronique

Sous-section 1 – Les objectifs de la directive sur le commerce électronique

Pour avoir une idée des objectifs poursuivis par le législateur européen, il convient de se plonger dans la directive sur le commerce électronique et plus particulièrement dans ses considérants n°40 et 41.

Dans ces développements, le législateur européen constate que le bon fonctionnement du marché intérieur est mis à mal. Le fondement de ce constat est la présence de « divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires »¹⁰. De telles divergences entre les régimes nationaux ont alors incité les prestataires intermédiaires à s'établir dans les États où le régime de responsabilité mis en place était le plus avantageux. Ceci a donc conduit à une certaine forme de « *shopping* » du cadre juridique. La présente directive a alors vocation à harmoniser, au moins en partie, le cadre juridique à l'échelle de l'Union européenne.

Le législateur européen insiste également sur le fait que cette directive a pour but d'instaurer un équilibre entre les différents intérêts en jeu¹¹. Il est en effet question d'une certaine mise en balance des intérêts des acteurs économiques actifs sur l'internet ; les intermédiaires, les ayants droit et les consommateurs. La recherche de cet équilibre était notamment motivée par la crainte de voir les prestataires intermédiaires se retirer du marché ou mettre en place des mécanismes de filtrage conduisant, au moindre doute, à la censure, leur responsabilité étant trop facilement engagée¹². En effet, il fallait faire en sorte que ces prestataires ne soient pas découragés par le cadre juridique mis en place car ils sont des acteurs indispensables au développement de l'économie numérique et de l'internet. Un système trop dur envers ces prestataires intermédiaires aurait été un frein puissant au développement du secteur numérique alors en plein essor. Bien conscient de ce risque, le législateur européen a opté pour un régime qualifié de « *safe harbour* », ce qui permet de limiter les cas de mise en cause de responsabilité civile et pénale pour certaines catégories de prestataires intermédiaires n'exerçant qu'un rôle

¹⁰ 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.*, L178, 17 juillet 2000, considérant n°40.

¹¹ 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.*, L178, 17 juillet 2000, considérant n°41.

¹² H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 65 ; T. LEONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », in *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 126.

technique et répondant aux conditions requises par la directive¹³. Cela a été jugé indispensable pour garantir d'une part la fourniture de services de base assurant la libre circulation en continu de l'information sur le réseau et d'autre part le développement de l'internet et du commerce électronique¹⁴.

Sous-section 2 – Le domaine d'application de la directive sur le commerce électronique

Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires de la directive sur le commerce électronique entend s'appliquer à certains types de services de la société de l'information. Pour espérer se prévaloir du régime de « *safe harbour* », il faut donc avant tout prester un service de la société de l'information.

Cette notion n'est pas expressément définie dans la directive sur le commerce électronique mais celle-ci fait renvoi, par son article 2, à l'article 1, § 2, de la directive 98/34/CE¹⁵. Cependant, cette dernière ayant été abrogée, il convient de se référer à la directive 2015/1535/UE et plus particulièrement à son article 1, § 1, b)¹⁶. Un service de la société de l'information est alors défini comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »¹⁷. Ce même article complète également cette définition en décrivant ce qui doit être entendu par « à distance », « par voie électronique » et « à la demande individuelle d'un destinataire de service ». Une telle définition va *de facto* exclure certains agents économiques du champ d'application de la directive sur le commerce électronique.

En premier lieu, il va de soi que cette définition écarte les prestataires intermédiaires qui ne se prêtent pas à des activités dans l'environnement numérique. Ainsi, il est possible d'arriver à des situations qui peuvent sembler discutables. Pour illustrer cela, nous reprendrons ici l'exemple donné par F. George et J.-B. Hubin qui ont mis en lumière le fait qu'un intermédiaire en ligne

¹³ C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 167 ; F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 200 ; P. CAMPOLINI, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement internet : les injonctions contre les intermédiaires », *A.&M.*, 2017/3, décembre 2018, p. 239.

¹⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité Économique et Social européen - Premier rapport sur l'application de la 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"), 21 mars 2003, COM/2003/0702 final, p. 14.

¹⁵ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.C.E.*, L 204, 21 juillet 1998.

¹⁶ Directive 2015/1535/UE du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 241, 17 septembre 2015.

¹⁷ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 241, 17 septembre 2015, article 1, paragraphe 1, b).

proposant un service de place de marché peut être exonéré de sa responsabilité s'il démontre remplir les conditions de l'hébergement au sens de la directive sur le commerce électronique. Alors qu'une entreprise proposant le même type de service dans le monde tangible n'aura pas la possibilité de demander l'application du régime d'exonération car elle n'est pas un prestataire de services de la société de l'information¹⁸.

Ensuite, on peut également s'attarder sur le fait que le service doit être rémunéré. Or il existe, sur l'internet, d'innombrables acteurs qui proposent leurs services sans demander directement de rémunération à leurs destinataires. Cependant la notion de rémunération telle qu'elle doit être interprétée dans le contexte de la directive sur le commerce électronique est bien plus large. Il faut en effet comprendre les termes « services prestés contre rémunération » comme « services de nature économique »¹⁹. Pour satisfaire cette exigence, un paiement ne doit donc pas nécessairement être exigé du destinataire, seule une contrepartie économique est nécessaire²⁰. Sont donc notamment conformes à cette notion les services qui génèrent des revenus via la publicité²¹ ou la vente de données de ses utilisateurs. Mais une telle exigence de rémunération reste tout de même de nature à exclure certains prestataires intermédiaires. En effet, un prestataire intermédiaire purement désintéressé qui ne percevrait aucun revenu ne pourrait espérer se prévaloir du régime dérogatoire de la directive sur le commerce électronique alors qu'un prestataire intermédiaire proposant le même service mais percevant une rémunération au sens de la directive pourrait en bénéficier.

Sous-section 3 – Limitation à l'action en responsabilité

Si l'on se concentre maintenant sur le champ d'application propre au régime d'exonération contenu dans la directive sur le commerce électronique, il semble évident, mais il est toujours bon de rappeler, que ce dispositif de « *safe harbour* » ne concerne que les actions en responsabilité et donc ne peut s'appliquer qu'en cas d'action au fond²². Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au considérant n°45 de la directive sur le commerce électronique qui précise que le régime d'exemption est sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation²³.

¹⁸ F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 212.

¹⁹ Considérant n°18 de la 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.*, L178, 17 juillet 2000. ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 68.

²⁰ C.J., arrêt *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689, point 42.

²¹ C.J., arrêt *Sotiris Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e.a.*, 11 septembre 2014, C-291/13, EU:C:2014:2209, point 30.

²² F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 214.

²³ 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.*, L 178, 17 juillet 2000, considérant n°45.

En outre, les articles 12(3), 13(2) et 14(3) de la directive sur le commerce électronique prévoient explicitement que les exonérations ne pourront pas s'appliquer aux actions tendant à l'obtention de mesures d'interdiction ou de cessation²⁴. On peut donc en conclure que les exonérations énoncées par la directive sur le commerce électronique ne sont d'aucun secours pour les prestataires intermédiaires de la société de l'information contre qui est demandée une mesure d'injonction. Il est donc possible pour les intermédiaires visés par la directive sur le commerce électronique de devoir faire face à des mesures provisoires imposées lors d'actions avant-dire droit, de procédures sur requête unilatérale ou d'actions en référé, et cela indépendamment de la question de leur responsabilité²⁵. Dans ce cadre, il est alors envisageable que l'ayant droit victime de la violation des droits d'auteur demande le remboursement des frais de justice et de mise en demeure²⁶.

Sous-section 4 – Le critère de neutralité du prestataire intermédiaire

Avant de se concentrer sur les conditions propres à l'exonération de responsabilité des intermédiaires visés par la directive, il reste à exposer un critère supplémentaire qui ressort de l'esprit de la directive sur le commerce électronique et qui est développé par la Cour de justice de l'Union européenne. Ce critère est l'exigence de neutralité imposée à tout intermédiaire voulant bénéficier du régime d'exonération.

Cette condition supplémentaire tire sa source du considérant n°42 de la directive sur le commerce électronique. Comme nous le verrons dans la prochaine section, le régime d'exonération de responsabilité ne vise que trois types d'activités, à savoir, le simple transport, le stockage sous forme de copie temporaire de données et l'hébergement. Le considérant semble ici faire référence uniquement aux intermédiaires ne fournissant qu'un simple transport, activité qui, comme la Cour l'a rappelé, est un « procédé technique, automatique et passif assurant l'exécution de la transmission d'informations requise »²⁷. Ce qui implique que le prestataire de ce service n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées²⁸.

²⁴ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 141.

²⁵ B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 578 ; F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 214 ; P. CAMPOLINI, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement internet : les injonctions contre les intermédiaires », *op. cit.*, p. 239.

²⁶ P. CAMPOLINI, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement internet : les injonctions contre les intermédiaires », *op. cit.*, p. 251 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 81.

²⁷ C.J., arrêt *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689, point 50.

²⁸ 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.*, L 178, 17 juillet 2000, considérant n°42.

Cependant, la Cour n'a pas hésité à se baser sur ce considérant pour élargir cette exigence de neutralité aux autres catégories d'activités visées par la directive²⁹.

Il ressort dès lors des enseignements de la Cour que ne pourra pas bénéficier du régime d'exonération de responsabilité des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique le prestataire intermédiaire qui joue un rôle actif concernant le contenu téléversé par un utilisateur tiers. C'est-à-dire que le prestataire intermédiaire a alors la connaissance ou le contrôle des informations transmises ou stockées, et dans un tel cas l'intermédiaire pose un acte personnel ou un fait propre³⁰.

Par exemple, le fait pour un intermédiaire de rédiger des messages commerciaux accompagnant le contenu stocké, de mettre en place une sélection de mots-clés, d'indexer du contenu, de le classer de manière à permettre une mise en avant, de le reproduire, de le modifier ou encore de mettre à disposition des utilisateurs un espace de commentaires avec modération de cet espace peuvent constituer des éléments sur lesquels les juridictions pourront s'appuyer pour établir l'absence de neutralité du prestataire intermédiaire et lui ôter le bénéfice du régime d'exonération³¹. A contrario, le fait qu'un service soit rémunéré, qu'un prestataire fournisse des renseignements d'ordre général, qu'il fixe les modalités de son service ou organise une concordance entre des mots-clés et des termes recherchés par un utilisateur ne sont à priori pas des éléments de nature à abolir la neutralité du prestataire intermédiaire³².

Sous-section 5 – Les conditions d'exonération spécifiques selon les activités des intermédiaires

La directive sur le commerce électronique n'entend pas exonérer tous les prestataires intermédiaires actifs sur l'internet. Certains prestataires intermédiaires, vu leur activité, ont été volontairement écartés du régime de « *safe harbour* » dès l'adoption de la directive.

Des cas explicites sont ceux des moteurs de recherche au sens strict et des fournisseurs de liens hypertextes qui restent donc soumis au droit commun³³. Cette exclusion ressort directement du libellé de l'article 21 de la directive sur le commerce électronique.

²⁹ C.J., Aff. Jointes, arrêts *Google France et Google*, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159 ; C.J., arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2010:757.

³⁰ B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilités prévus par la Directive e-Commerce », in *Handhaving van intellectuele rechten in België / Respect des droits intellectuels en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 79 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 75.

³¹ C.J., Aff. Jointes, arrêts *Google France et Google*, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, point 117. ; Bruxelles (9^e chambre), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 2011/44, p. 35, note A. DE FRANCOUEN.

³² H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 74.

³³ E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *R.D.T.I.*, 32/2008, 2008, p. 364 ; F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 216.

En effet, le régime d'exonération de responsabilité de la directive sur le commerce électronique est limité à trois types d'activités exercées par des prestataires intermédiaires présentant normalement un caractère purement technique, automatique et passif. Ces activités sont le simple transport, le stockage sous forme de copie temporaire de données et l'hébergement. Les conditions d'exonération spécifiques des prestataires de telles activités sont explicitées respectivement aux articles 12, 13 et 14 de la directive sur le commerce électronique.

1. Le simple transport

Pour bénéficier du régime d'exonération, un prestataire intermédiaire se livrant à des activités qualifiées de simple transport doit satisfaire les exigences de l'article 12 de la directive sur le commerce électronique.

Concrètement, le service ici visé est celui du prestataire qui gère l'infrastructure par laquelle les données sont transmises. On pense donc aux *backbone providers*³⁴, c'est-à-dire notamment, et dans la plupart des cas, aux fournisseurs d'accès à l'internet ainsi qu'aux fournisseurs de réseaux wifi gratuits et publics³⁵. Vu cette définition, l'article 12 tend à couvrir tant la simple mise à disposition d'une infrastructure que la fourniture d'accès à l'internet³⁶.

Lorsque le prestataire d'un tel service joue un rôle d'intermédiaire et remplit la totalité des conditions relevant du champ d'application tel que défini ci-dessus, aucune autre condition n'est requise pour qu'il bénéficie de l'exonération de responsabilité telle que mise en place par la directive sur le commerce électronique³⁷.

En effet, si on analyse l'article 12, les trois conditions cumulatives mentionnées se limitent en réalité à imposer à l'intermédiaire d'être passif et d'exercer une activité exclusivement technique et automatique, ce qui correspond au critère de neutralité³⁸. En principe ces

³⁴ Un *backbone provider* est une organisation ou une entité commerciale qui fournit un accès à des lignes de transmission de données à haut débit à d'autres organisations qui en ont besoin. Les *backbone providers* peuvent être considérés comme un sur-ensemble de fournisseurs d'accès à l'internet (FAI). Lorsqu'un FAI fournit une connexion à l'internet aux utilisateurs finaux, c'est généralement, en amont, un *backbone provider* qui lui fournit une connexion à haut débit. Voy. « What is a Backbone Provider? - Definition from Techopedia », *Techopedia.com*, s.d., disponible sur <https://www.techopedia.com/definition/5146/backbone-provider> (Consulté le 8 mai 2020).

³⁵ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 78.

³⁶ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 81.

³⁷ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 78.

³⁸ 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.*, L 178, 17 juillet 2000, considérant n°43 précise que « cette exigence (de neutralité) ne couvre pas les manipulations à caractère technique qui ont lieu au cours de la transmission, car ces dernières n'altèrent pas l'intégrité de l'information contenue dans la transmission ».

conditions seront généralement satisfaites car celles-ci découlent de la nature même d'un tel service.

Il résulte de l'analyse de ces différentes conditions que le régime d'exonération de responsabilité de l'article 12 s'applique quand bien même l'intermédiaire aurait eu connaissance du caractère illicite de l'information en cause et qu'il n'aurait pas promptement procédé à son retrait³⁹. Dans cette hypothèse, contrairement à celle du stockage sous forme de copie temporaire de données ou de l'hébergement, aucun acte positif n'est donc demandé à l'intermédiaire pour bénéficier de l'exonération⁴⁰.

2. Le stockage sous forme de copie temporaire de données

Le deuxième type d'activité visé par le régime d'exonération de la directive sur le commerce électronique concerne le stockage sous forme de copie temporaire de données, (ci-après « *caching* »). Les conditions d'exonération spécifiques à cette activité sont énoncées à l'article 13 de la directive sur le commerce électronique.

L'activité spécifiquement visée ici est la copie de l'information transmise par un destinataire du service de manière temporaire et automatique pour rendre la mise à disposition de cette information à d'autres destinataires du service plus efficace⁴¹. En d'autres mots, cela concerne la copie faite sur le serveur du prestataire intermédiaire des informations les plus demandées pour ensuite pouvoir mettre l'information à disposition d'utilisateurs ultérieurs de manière plus fluide et plus rapide⁴².

Pour pouvoir être exonéré de sa responsabilité, un prestataire intermédiaire exerçant une telle activité devra satisfaire les cinq conditions cumulatives – de a) à e) – énoncées dans cet article.

Tout d'abord, avec les conditions a) et d), on se retrouve de nouveau face à une obligation de neutralité. Concernant la première de ces deux conditions, le prestataire doit s'abstenir d'exercer une influence quelconque ou de modifier les informations qui lui sont transmises.

³⁹ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 143 ; E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Ubiquité*, juin 2000, n° 5, p. 105 ; E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 367 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 82.

⁴⁰ T. LEONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », *op. cit.*, p. 129.

⁴¹ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 78.

⁴² A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 143.

Ensuite, la condition d) est également une obligation d'abstention d'interférence mais qui a trait à l'utilisation de la technologie et qui est donc spécifique à l'activité de *catching*⁴³.

Deux autres conditions peuvent encore être regroupées, il s'agit des conditions b) et c). Celles-ci imposent une obligation de conformité à certains standards de conditions d'accès à l'information et de mise à jour de l'information qui sont des conditions propres à l'activité en cause⁴⁴.

La dernière des conditions à examiner est la condition e). Elle constitue une exigence importante totalement absente des conditions concernant le simple transport vues ci-dessus. Alors qu'on a remarqué, qu'en principe, la connaissance de l'illicéité et l'absence d'acte consistant au retrait de l'information illicite ne pouvaient pas être opposées au prestataire de service de simple transport pour lui ôter le bénéfice du régime d'exonération, le législateur européen en a décidé autrement concernant le *catching*. Il résulte bien de la condition e) de l'article 13 qu'une obligation positive est imposée. Dès que l'intermédiaire a une certaine connaissance effective, celui-ci doit alors agir promptement pour retirer l'information illicite ou la rendre impossible d'accès⁴⁵. Il existe également une obligation positive dans le chef de l'hébergeur comme on le verra par la suite. Cependant, l'obligation d'agir propre au *catching* nécessite une connaissance effective qui signifie en réalité ici que l'intermédiaire ne devra agir que dans le cas où l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou lorsqu'une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre son accès impossible alors même que celle-ci n'a pas encore été retirée⁴⁶.

3. L'hébergement

La dernière activité visée par la directive sur le commerce électronique est celle de l'hébergement. Cette notion a fait couler beaucoup d'encre de par ses conditions et son évolution au cours des années.

A l'époque de la rédaction de la directive, la notion d'hébergement était entendue comme le stockage d'informations fournies par un destinataire de service sur des serveurs mis à disposition par des prestataires techniques en vue d'héberger matériellement les données⁴⁷. Le recours à des hébergeurs est extrêmement fréquent. Dès qu'une personne souhaite rendre

⁴³ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 83.

⁴⁴ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 143 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 83.

⁴⁵ S. DUSOLLIER, « Responsabilités des intermédiaires de l'Internet: un équilibre compromis? », *R.D.T.I.*, 2007/3, février 2008, n° 29, p. 269 ; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 143.

⁴⁶ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 83.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 79.

accessible un site internet, un forum ou autre, elle devra passer par l'intermédiaire d'un fournisseur de service d'hébergement qui placera les informations sur un serveur connecté à l'internet et qui permettra par la suite à son client d'y placer du contenu lui-même et sans contrôle de l'hébergeur⁴⁸. La seule qualité d'hébergeur ne donnant évidemment pas de manière automatique le bénéfice du régime d'exonération, le prestataire doit ici aussi remplir les conditions prévues par la directive sur le commerce électronique qui sont, dans ce cas, renseignées à l'article 14⁴⁹.

Suite à la lecture de cet article, on remarque que contrairement aux deux articles analysés précédemment, celui-ci n'établit pas des conditions cumulatives mais bien alternatives. Il y a donc deux hypothèses où le prestataire intermédiaire qualifié d'hébergeur pourra bénéficier de l'exonération de responsabilité lorsque du contenu est placé sur ses serveurs à la demande d'un client.

La première hypothèse permettant à un hébergeur d'éviter la mise en cause de sa responsabilité est l'absence de connaissance. La connaissance en question, fait référence à la connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite lorsque l'on est en matière pénale. Mais également à la connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente lorsque l'on est dans le contexte d'une demande en dommages et intérêts. En s'exprimant de la sorte, le législateur européen semble donc vouloir établir une différence quant au degré de connaissance selon que l'on soit dans le cadre civil ou pénal⁵⁰.

La seconde hypothèse tend à s'appliquer quand les connaissances visées dans la première hypothèse sont établies dans le chef de l'hébergeur. Dans un tel cas, pour ne pas perdre le bénéfice du régime d'exonération, l'hébergeur devra agir promptement pour retirer l'information en question ou rendre son accès impossible.

Comme évoqué au début de cette section, cette disposition a fait grand débat et ce dès son adoption. Cela est notamment dû à l'utilisation de différents concepts de « connaissance », au concept « d'information illicite » ou encore à la notion de « retrait prompt », sujets à diverses interprétations.

La condition a) de l'article 14 établit une différence entre le degré de connaissance requis pour une action pénale et une action civile, ce qui influence donc également la condition b) où la connaissance est l'élément déclencheur du devoir d'intervention⁵¹.

Concernant l'action pénale, le critère est celui de la connaissance effective. Cependant, aucune indication n'est donnée par la directive pour permettre de distinguer une connaissance qui est

⁴⁸ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 143.

⁴⁹ C. DE CALLATAY, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 171.

⁵⁰ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 82.

⁵¹ E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », in *Le commerce électronique européen sur les rails*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 289.

effective d'une qui ne l'est pas. L'hypothèse la plus probable de connaissance effective reste celle de la notification envoyée à l'hébergeur. Toutefois, ici encore, la directive ne donne aucun indice sur ce que devrait comporter une notification permettant d'établir, dans le chef du prestataire intermédiaire, une connaissance effective⁵².

Selon certains auteurs, l'action pénale découlant de la connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite ne peut se concevoir qu'après qu'un juge ait définitivement qualifié l'information ou l'activité d'illicite étant donné qu'il est le seul revêtu de cette prérogative⁵³. Selon ce raisonnement, seule une notification judiciaire serait alors à même de conférer une connaissance effective au prestataire intermédiaire hébergeur.

Concernant l'action civile en dommages et intérêts, la directive est moins sévère à propos du degré de connaissance. Il suffit alors que la connaissance soit circonstanciée et ressorte de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente. De même que pour la connaissance effective, le législateur européen ne nous donne pas d'indication quant à la réelle nature de la connaissance circonstanciée ou encore sur ce qui est à même de faire naître une telle connaissance dans le chef de l'hébergeur⁵⁴.

La Cour de justice, par son arrêt *L'Oréal c. eBay*⁵⁵, nous a donné quelques précisions concernant la prise de connaissance. Cette affaire pouvant donner lieu à des dommages et intérêts, la Cour s'est intéressée à la prise de connaissance évoquée à l'article 14 de la directive sur le commerce électronique.

Premièrement, il ressort de cet arrêt qu'une simple notification peut ne pas toujours être suffisante pour rendre le régime d'exonération inapplicable car celle-ci doit être suffisamment précise et étayée pour entraîner la connaissance⁵⁶.

Deuxièmement, l'arrêt met également en lumière le fait que la connaissance, en tout cas pour la mise en cause de la responsabilité civile, peut découler d'une initiative de l'hébergeur lui-même. Cependant une telle interprétation risque de décourager la mise en place par les intermédiaires de mécanismes de contrôle des contenus présents sur leurs serveurs⁵⁷. Il faudrait donc se référer au comportement qu'aurait adopté un opérateur économique diligent et voir, au cas par cas et selon les informations dont il dispose, si un tel opérateur diligent aurait dû constater l'illicéité ou non de l'information ou de l'activité⁵⁸.

⁵² A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 143.

⁵³ R. HARDOUIN, « La connaissance de l'illicéité par les hébergeurs ou quand être notifié ne signifie pas nécessairement devoir retirer », *R.D.T.I.*, 42/2012, juin 2012, p. 8.

⁵⁴ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 144.

⁵⁵ C.J., arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2010:757.

⁵⁶ C.J., arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2010:757, point 122.

⁵⁷ C.J., arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2010:757, point 122. ; C. DE CALLATAY, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 172 ; T. LEONARD, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : état de la question », *J.T.*, 2012, p. 817.

⁵⁸ E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 383 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 84.

Il ressort de tous ces développements que la situation d'un hébergeur est loin d'être simple. Celui-ci risque d'être poursuivi par les ayants droit si les contenus qu'ils jugent illicites ne sont pas rendus inaccessibles ou bloqués mais il risque également d'être poursuivi par ses clients en cas de retrait de contenus ou de blocage abusif⁵⁹. Une telle situation semble donc obliger l'intermédiaire à décider ce qui présente un caractère illicite ou non et donc à jouer un rôle de juge pour lequel il n'est en rien qualifié⁶⁰.

Une interprétation raisonnable de l'article 14 semble alors devoir s'imposer. Il faut tenter de trouver un juste milieu. Si l'information n'est pas manifestement illicite, l'intermédiaire devrait pouvoir demander des éléments supplémentaires avant de prendre une décision de suppression ou de retrait d'informations. Mais si l'ayant droit se revendiquant victime établi, de par les éléments qu'il apporte, qu'il y a une illicéité apparente, alors l'hébergeur serait dans l'obligation d'intervenir pour continuer à bénéficier du régime d'exonération⁶¹.

Consciente de toutes ces difficultés, la Commission a adopté une recommandation qui, toutefois, ne semble pas avoir facilité les choses⁶².

Une fois la connaissance établie dans le chef de l'hébergeur, pour continuer à bénéficier du régime de faveur, il doit agir promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Un tel régime de prise de connaissance suivi par une obligation de rendre le contenu concerné inaccessible est généralement désigné comme un régime de « *notice-and-take-down* ». La notion d'action prompte devra alors être analysée au cas par cas et sera appréciée par le juge d'autant plus sévèrement que l'illicéité de l'information ou du contenu est manifeste⁶³.

Sous-section 6 – L'absence d'obligation générale de surveillance et l'obligation de collaboration

Cette interdiction d'imposer aux prestataires intermédiaires, tels que visés aux articles 12 à 14, une obligation générale de surveillance est inscrite au paragraphe 1^{er} de l'article 15 de la directive sur le commerce électronique.

⁵⁹ C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 172 ; E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *op. cit.*, p. 291 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 85.

⁶⁰ E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *op. cit.*, p. 108.

⁶¹ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 144 ; E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *op. cit.*, p. 109.

⁶² Voy. Recommandation de la Commission européenne sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, COM (2018) 1177 final, 01 mars 2018.

⁶³ Z. KARAMBIRI, « Les responsabilités liées aux contenus postés dans les blogs », *R.D.T.I.*, liv. 36, 2009, p. 43.

Une telle interdiction veille en réalité à protéger la liberté d'expression et le développement technologique. S'il s'avérait que les intermédiaires devaient surveiller tous les contenus dont ils facilitent la transmission, la responsabilité pesant sur ces acteurs deviendrait trop lourde et les pousserait alors à fuir ce marché ou à opérer un contrôle préalable strict des contenus, ce qui risquerait de déboucher sur de la censure⁶⁴.

Les intermédiaires ont le plus fréquemment invoqué cette disposition lorsqu'ils faisaient face à des demandes de blocage, de filtrage ou à d'autres injonctions⁶⁵. Toutefois, pour pouvoir invoquer cette disposition, il est nécessaire que la surveillance en cause soit bel et bien une surveillance générale. Par exemple, l'ordre de blocage d'accès au contenu hébergé par un serveur associé à un nom de domaine principal déterminé, qui serait adressé à un fournisseur d'accès à l'internet tout en l'informant du procédé technique à utiliser et des noms de domaines concernés, ne sera pas considéré comme une obligation générale de surveillance⁶⁶.

Cependant, le développement technologique et la liberté d'expression ne sont pas les seuls intérêts en jeu. Il faut encore concilier ceux-ci avec celui des victimes d'atteintes au droit d'auteur en quête d'indemnisation et de lutte contre les contrefaçons⁶⁷. La recherche d'un équilibre était alors nécessaire. C'est dans cet état d'esprit que le législateur européen a nuancé l'article 15 de la directive sur le commerce électronique en le complétant d'un deuxième paragraphe.

Celui-ci prévoit que les États membres peuvent imposer une obligation de coopération en deux volets aux intermédiaires visés aux articles 12 à 14. Il résulte du texte que cette obligation peut s'imposer à l'initiative du prestataire ou à la demande des autorités judiciaires ou administratives compétentes⁶⁸. Il est tout de même important de noter que l'obligation d'information ne concerne que des activités ou informations illicites alléguées des destinataires du service, ce qui signifie que leur illicéité a déjà été soulevée par un tiers, ce qui respecte donc bien l'absence d'obligation générale de surveillance⁶⁹.

De plus, comme déjà abordé ci-dessus, seule une obligation générale de surveillance est interdite. Le libellé même de la disposition permet donc également la recherche d'un certain équilibre entre les intérêts contradictoires car elle semble ouvrir la voie à toute obligation de surveillance tant que celle-ci ne revêt pas un caractère général. Ceci est d'ailleurs relevé explicitement dans le considérant n°47 de la directive sur le commerce électronique qui limite

⁶⁴ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 142 ; B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, *op. cit.*, p. 571 ; C. DE CALLATAÏ et S. DEPREUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 147 ; Q. VAN ENIS, « La prévention de la censure indirecte de la part des intermédiaires », in *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 348-399.

⁶⁵ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 87.

⁶⁶ Cass., 22 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2005, disponible sur https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/pas_2013_10.pdf.

⁶⁷ C. DE CALLATAÏ et S. DEPREUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 147.

⁶⁸ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 93.

⁶⁹ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 142.

l'interdiction aux obligations de surveillance à caractère général et précise que cela ne fait donc pas obstacle aux obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale⁷⁰.

Le juge national a donc la possibilité d'imposer des injonctions, ce qui est déjà évoqué dans les articles 12(3), 13(2) et 14(3) de la directive sur le commerce électronique, ainsi que d'imposer une obligation particulière de surveillance temporaire qui doit alors viser un cas spécifique et être prévue par la loi⁷¹. Bien que cette conception ne soit pas partagée par tous⁷², une telle obligation de surveillance particulière semble devoir trouver sa source dans une injonction faite par les autorités compétentes et non découler du devoir général de prudence⁷³.

Suite notamment aux arrêts *L'Oréal c. eBay*, *Mc Fadden*, *Scarlet Extended* et *Telekabel*⁷⁴, il semble que l'injonction imposée à l'intermédiaire doit laisser à celui-ci une certaine marge de manœuvre pour qu'il puisse prendre les mesures les mieux adaptées au vu de ses ressources et capacités pour rendre le contenu illicite, et uniquement celui-ci, impossible à consulter ou, au moins, rendre les consultations non-autorisées difficiles d'accès⁷⁵.

Comme souvent, la généralité des concepts reste ici aussi une source d'incertitudes. La frontière entre ce qu'est une obligation générale ou particulière de surveillance n'étant pas définie, les limites et la portée des injonctions peuvent ne pas être toujours claires et laisser l'intermédiaire incertain quant à ce qu'on peut attendre de lui⁷⁶. Par exemple, dans l'arrêt *Glawischnig-Piesczek c. Facebook*⁷⁷, la question s'est posée de savoir si l'injonction doit uniquement avoir trait à un contenu clairement identifié ou si elle peut être étendue à du contenu, qu'il soit identique ou équivalent, posté par tout utilisateur dont l'intermédiaire n'a pas forcément connaissance. La réponse donnée à cette question par la Cour est que l'article 15 de la directive sur le commerce électronique ne s'oppose pas au fait de donner une telle étendue à l'injonction « pour autant que la surveillance et la recherche des informations concernées par une telle injonction sont limitées à des informations véhiculant un message dont le contenu demeure, en substance, inchangé par rapport à celui ayant donné lieu au constat d'illicéité (...) et que les différences dans la formulation de ce contenu équivalent par rapport à celle caractérisant l'information

⁷⁰ 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.*, L 178, 17 juillet 2000, considérant n°47.

⁷¹ E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 384 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 87.

⁷² C. DE CALLATAÏ et S. DEPREUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 175.

⁷³ E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 384.

⁷⁴ C.J., arrêt *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689. ; C.J., arrêt *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL*, 24 novembre 2011, C-70/10, EU:C:2011:77. ; C.J., arrêt *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, 27 mars 2014, C-314/12, EU:C:2014:192.

⁷⁵ C.J., arrêt *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, 27 mars 2014, C-314/12, EU:C:2014:192, points 62-64.

⁷⁶ B. DUBUISSON *et al.*, « Section 2 - Les responsabilités sur internet », in *La responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 1051, disponible sur https://www.stradalex.com/fr/sl_rech/search/root/39c757932ce29d240f3c0579000418c31bc4f8e2678bcfa11abf6593a94658c9::1?docEtiq=DRORESJT1_084 (Consulté le 9 mai 2020) ; E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 384.

⁷⁷ C.J., arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, 3 octobre 2019, C-18/18, EU:C:2019:821.

déclarée illicite précédemment ne sont pas de nature à contraindre l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome de ce contenu »⁷⁸. On peut, toutefois, se questionner sur la compatibilité d'une telle mesure sans limitation dans le temps avec l'interdiction d'obligation générale de surveillance⁷⁹. Cependant, cet arrêt, concernant un cas de diffamation sur Facebook, ne donne pas de réelles indications sur la manière dont il impactera les cas relatifs au droit d'auteur⁸⁰.

Section 3 – Le régime de base

Sous-section 1 – Le régime de responsabilité de droit commun des États membres

Comme on a déjà pu le comprendre, le régime d'exonération de responsabilité de la directive sur le commerce électronique ne vise pas certains acteurs ou certaines informations spécifiques mais concerne trois types d'activités d'intermédiation, à savoir, le simple transport, le *caching* et l'hébergement. Ce régime dérogatoire peut être envisagé dans tous les cas où la responsabilité civile ou pénale des intermédiaires réalisant une telle activité pourrait être engagée⁸¹. Ce régime consacre donc une approche générale ou horizontale, ce qui signifie qu'il peut s'appliquer à toute forme d'atteinte, quelle que soit la disposition légale ou réglementaire violée, ce qui ne limite donc pas la portée du régime aux atteintes aux droits intellectuels⁸².

Lorsque l'intermédiaire ne peut bénéficier du régime d'exonération, aucune solution n'est donnée par la directive. Il faut donc se tourner vers le droit des États membres et retomber sur leur régime de responsabilité de droit commun⁸³. Cela signifie que la perte du bénéfice de ce régime ne rend pas l'intermédiaire automatiquement responsable. Il reste, en effet, encore à prouver que les conditions de la mise en cause de la responsabilité de droit commun sont remplies⁸⁴.

Il ne faut cependant pas penser que la mise en cause de la responsabilité de l'intermédiaire sur base de règles nationales rend la tâche plus aisée. En effet, au sein même des États membres,

⁷⁸ C.J., arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, 3 octobre 2019, C-18/18, EU:C:2019:821, point 53.

⁷⁹ E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 385.

⁸⁰ C. DE CALLATAÏ et S. DEPREUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 149.

⁸¹ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 80.

⁸² A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 140 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 80.

⁸³ A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 140 ; F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 226.

⁸⁴ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 81.

des divergences d'opinions peuvent exister. Prenons par exemple la Belgique comme illustration. Lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité civile extracontractuelle d'intermédiaires dans le domaine de la propriété intellectuelle, deux thèses s'opposent. Premièrement, certains prônent l'application de l'article 1382 du code civil qui contient les conditions de droit commun de la responsabilité civile, à savoir, l'existence d'une faute en lien causal avec un dommage⁸⁵. Deuxièmement, d'autres auteurs privilégient la mise en œuvre du livre XI du code de droit économique qui institue un régime de responsabilité propre et donc dérogoratoire au droit commun où la contrefaçon constitue l'acte générateur du droit à réparation et entraîne alors une responsabilité objective⁸⁶. Et même au sein de ces deux doctrines, il existe des divergences⁸⁷. Il semble cependant que la jurisprudence bien qu'ambiguë penche plutôt vers le régime de droit commun de l'article 1382 du code civil⁸⁸.

Sous-section 2 – Le droit de communication au public

Les infractions au droit d'auteur sur l'internet seront généralement traitées sous l'angle du droit de communication au public. Celui-ci a été harmonisé par la directive 2001/29/CE⁸⁹ et plus particulièrement par son article 3. Cet article prévoit un droit exclusif de l'auteur de communiquer ses œuvres au public. Cette notion autonome du droit de l'Union est composée de deux éléments constitutifs ; un acte de communication et un public⁹⁰.

L'acte de communication concerne toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé⁹¹. Il faut apprécier cela largement. Par exemple, il ressort de l'arrêt *Ziggo*⁹² qu'une plateforme de partage permettant de localiser du contenu sur

⁸⁵ G. AELBRECHT, « Auteursrechtelijke inbreuken en schadevergoeding Een herinnering der principes en blik op de toekomst », *A.&M.*, 2005/5, octobre 2005, pp. 373-387 ; J. KEUSTERMANS et T. DE MAERE, « Foutbegrip en schadevergoeding in het auteursrecht: double damage? », *A.&M.*, 2009/4, octobre 2009, pp. 388-391 ; V. FOSSOUL, « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *R.D.C.-T.B.H.*, 2014/5, mai 2014, pp. 462-489.

⁸⁶ B. VAN REEPINGHEN et L. VAN REEPINGHEN, « Les droits intellectuels renforcés : la contrefaçon en point de mire », *J.T.*, 2008/9, mars 2008, n° 6301, pp. 149-160 ; S. CARNEROLI, « Note sous Liège (14e ch.), 1er avril 2010 », *A.&M.*, 2012/5, octobre 2012, pp. 441-442 ; M. BUYDENS, « La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle », in *Actualités en droits intellectuels*, UB3, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 407-434 ; T. LEONARD, « Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, Commission Université-Palais (CUP), n° 96, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 197.

⁸⁷ Voy. F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 226-237.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 229.

⁸⁹ 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.*, L 167, 22 juillet 2001.

⁹⁰ C.J., arrêt *SBS Belgium NV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM)*, 19 novembre 2015, C-325/14, EU:C:2015:764, point 15.

⁹¹ C.J., arrêt *SBS Belgium NV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM)*, 19 novembre 2015, C-325/14, EU:C:2015:764, point 16.

⁹² C.J., arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, 14 juin 2017, C-610/15, EU:C:2017:456.

l'internet de manière à en faciliter l'accès et de le partager peut, dans certains cas, être considérée comme effectuant un acte de communication au public⁹³.

Le concept de public est défini de manière imprécise comme un nombre important de destinataires potentiels non pris en compte par les titulaires de droits lors de la communication au public d'origine ⁹⁴.

De plus pour qu'il y ait communication au public, il est requis que l'utilisateur donne accès au contenu en pleine connaissance de cause⁹⁵.

Il faut encore noter que le fait que la diffusion soit faite dans un but lucratif ou non constitue un élément d'appréciation, sans être déterminant⁹⁶.

Pour ne pas violer ce droit exclusif du titulaire de droits et donc de voir sa responsabilité potentiellement engagée, il convient, avant de donner accès à du contenu protégé, de requérir l'autorisation de l'ayant droit permettant de poser cet acte de communication au public.

Section 4 – Un régime dépassé ?

En 2000, lorsque la directive sur le commerce électronique a été adoptée, tous étaient conscients de l'importance que prenait l'internet, mais il était encore impossible d'anticiper l'expansion phénoménale et la transformation qu'allait subir le monde numérique. En effet, lors de la rédaction de la directive, l'internet était perçu comme plutôt statique avec un nombre de services limité et surtout un lieu où l'internaute était un acteur passif⁹⁷. A cette époque, seuls les professionnels du web étaient alors actifs sur la toile. Bien que la directive sur le commerce électronique se veuille assez souple de manière à pouvoir continuer de s'appliquer malgré les évolutions du monde numérique, on remarque que son régime, notamment de responsabilité,

⁹³ V. CASSIERS, « Arrêt « Ziggo » : la plate-forme Youtube sera-t-elle bientôt hors-la-loi ? », *J.D.E.*, 2019/9, novembre 2017, n° 243, pp. 359-360.

⁹⁴ C.J.C.E., arrêt *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, 07 décembre 2006, C-306/05, EU:C:2006:764, points 37-38, 40 et 42.

⁹⁵ C.J., arrêt *Reha Training Gesellschaft für Sport-und Unfallrehabilitation mbH c. Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, 31 mai 2016, C-117/15, EU:C:2016:379, point 46.

⁹⁶ B. VANBRABANT, « Droit des biens et notions de droits intellectuels (cours oral) », Université de Liège, février 2018. ; C.J., arrêt *Reha Training Gesellschaft für Sport-und Unfallrehabilitation mbH c. Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, 31 mai 2016, C-117/15, EU:C:2016:379, point 51.

⁹⁷ E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 365 ; G. FLORIMOND, *Droit et internet: de la logique internationaliste à la logique réaliste*, Bibliothèque des thèses, droit privé, Paris, Mare & Martin, 2016, p. 25 ; H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 64 ; H. JACQUEMIN *et al.*, *Responsabilités et numérique : actes du colloque du 1er juin 2018*, Conférence du Jeune barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, p. 19, disponible sur https://www.jurisquare.be/fr/book/978-2-8072-0398-3/les-responsabilites-liees-a-l_atteinte-aux-droits-de-proprietie-intellectuelle-panorama-des-principal/index.html#page/151/search/.

est fortement marqué par le paysage de l'internet de l'époque où les intermédiaires ne jouaient toujours, en principe, qu'un rôle purement technique⁹⁸.

A partir de 2005 cependant, la société de l'information a été secouée par l'arrivée de nombreux nouveaux services fonctionnant sur base de modèles n'ayant jamais été mis en place auparavant. Suite à cette révolution numérique, les utilisateurs deviennent de plus en plus actifs et prennent une place prépondérante, que ce soit parce qu'ils sont maintenant devenus les principaux fournisseurs de contenus sur l'internet ou par leur désir d'entrer en relation les uns avec les autres, dans un but professionnel ou non, via une interface⁹⁹.

Certaines notions de la directive sur le commerce électronique semblent alors dépassées. Cependant, avant la réforme de 2019¹⁰⁰ qui viendra amener un nouveau régime pour une catégorie d'acteurs, les textes applicables n'ont pas réellement changé. Il a donc fallu interpréter la directive sur le commerce électronique de manière évolutive afin de faire face aux problèmes de l'internet moderne.

Deux questions se sont principalement posées par rapport à l'application du régime de responsabilité des intermédiaires de la directive sur le commerce électronique. La première concerne l'évolution de la notion d'hébergement et la deuxième vise les activités mixtes qui mêlent services de la société de l'information et services du monde physique.

Sous-section 1 – L'hébergement 2.0

1. L'hébergement, une notion évolutive

Comme noté ci-dessus, l'arrivée de nouveaux acteurs prestant de nouveaux genres de services a remué le paysage de l'internet. Ces nouveaux acteurs du web 2.0 ont voulu bénéficier du régime d'exonération de responsabilité vu que le contenu disponible sur leur plateforme n'est pas façonné par eux-mêmes mais bien par leurs utilisateurs. Il s'ensuit que, sans être hébergeurs au sens premier du terme (elles-mêmes pouvant être hébergées par un hébergeur technique tiers), ces plateformes vont jouer un rôle d'intermédiation et stocker du contenu sur demande

⁹⁸ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 63.

⁹⁹ C. DE CALLATAY, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 166 ; E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 365 ; F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 217.

¹⁰⁰ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.*, L130, 17 mai 2019.

de leurs utilisateurs et ainsi leur offrir un espace de partage et d'échange¹⁰¹. Cependant, ces plateformes font bien plus que stocker du contenu. En général, celles-ci vont agencer l'infrastructure de leur interface et, notamment, classer et référencer le contenu, voire collecter les données des utilisateurs pour leur proposer du contenu personnalisé. Il s'agit donc d'un certain traitement de l'information.

Ces plateformes sont de plus en plus variées mais la Commission a tenté d'établir quelques caractéristiques communes à ces prestataires du web 2.0 telles que « la possibilité d'intervenir sur des marchés multifaces, de permettre à des parties appartenant à deux groupes d'utilisateurs au moins d'interagir directement par voie électronique, de mettre en relation différents types d'utilisateurs, d'offrir des services en ligne adaptés aux préférences des utilisateurs et fondés sur des données fournies par les utilisateurs, de classer ou de référencer des contenus, notamment au moyen d'algorithmes, des biens et des services proposés ou mis en ligne par des tiers, de réunir plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la prestation d'un service ou encore de l'échange ou du partage de contenus, d'informations, de biens ou de services »¹⁰².

Face aux évolutions non anticipées par la directive, deux options étaient envisageables. La première option concernait la lecture stricte des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique et donc la limitation du régime de faveur aux prestataires intermédiaires purement techniques¹⁰³. L'alternative était de considérer la notion d'hébergement comme une notion évolutive. C'est cette dernière option qui a été choisie par la Cour de justice. D'ailleurs, cette conception évolutive avait déjà été prônée par la Commission dans son premier rapport concernant la directive sur le commerce électronique où elle précisait que l'article 14 couvre « outre l'hébergement de sites web, différents cas dans lesquels il y a un stockage de contenus appartenant à des tiers, par exemple les chats-rooms »¹⁰⁴. Donc, le concept d'hébergement ne concerne pas uniquement les acteurs purement techniques mais peut également concerner les destinataires de service de ces acteurs techniques¹⁰⁵. On peut alors résumer grossièrement en disant que l'hébergement dans le contexte du web 2.0 peut consister en toute prestation de

¹⁰¹ C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 167 ; E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 366.

¹⁰² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'examen à mi-parcours de la mise en œuvre de la stratégie pour le marché unique numérique - Un marché unique numérique connecté pour tous, COM(2017) 228 final, 10 mai 2017, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteId=1&year=2017&number=228&language=FR>.

¹⁰³ F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 210.

¹⁰⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, premier rapport sur l'application de la directive 2003/31/CE sur le commerce électronique, COM (2003) 702 Final, 21 novembre 2003, p.13, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/FR/1-2003-702-FR-F1-1.Pdf>.

¹⁰⁵ C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 167 ; F. DE PATOUL et I. VEREKEN, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet : première application en droit belge », *R.D.T.I.*, liv. 19, 2004, p. 57.

stockage, même virtuelle, de données fournies par un tiers et n'est plus limité à sa fonction première d'« entrepôt »¹⁰⁶.

2. Approche fonctionnelle ou englobante ?

Nous sommes donc face à des plateformes, proposant généralement une multitude de services en plus du simple hébergement. Et ces plateformes réclament l'application du régime de la directive sur le commerce électronique en revendiquant le statut d'hébergeur vu le stockage d'informations et de contenus transmis par leurs utilisateurs¹⁰⁷. Pour concilier l'activité de ces nouveaux acteurs avec la directive sur le commerce électronique et, par conséquent, étendre la possibilité d'appliquer le régime d'exonération, la doctrine a proposé une approche dite fonctionnelle.

Selon cette approche, il faut segmenter l'activité du prestataire intermédiaire et regarder au cas par cas, activité par activité, si le régime d'exonération peut être envisageable¹⁰⁸. Cette interprétation est directement issue du premier rapport de la Commission qui précise que le régime d'exonération s'applique à certaines activités des prestataires et non à des catégories de prestataires de services ou à des types d'informations¹⁰⁹. Cette doctrine exclut donc une approche englobante qui conduirait soit, à accorder le bénéfice du régime au prestataire pour l'ensemble de son activité, soit à l'en exclure totalement¹¹⁰. Un même intermédiaire pourrait tout à fait être exonéré de sa responsabilité concernant son service d'hébergement mais ne pas l'être pour ses autres activités, telles que la conception ou la gestion de sa plateforme¹¹¹.

Cela suppose cependant de pouvoir identifier les différentes activités du prestataire. Or, si la différence entre l'édition et l'hébergement était claire avant l'avènement du web 2.0, cela ne semble plus être le cas. En effet, dans l'environnement numérique actuel un prestataire du web 2.0 est généralement tant éditeur qu'hébergeur. Il aura une activité d'édition lorsqu'il façonne

¹⁰⁶ F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 218 ; M. VIVANT, « Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscurité d'un droit sans boussole apparente », in *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 326, disponible sur https://www.stradalex.com/fr/sl_mono/toc/INTEDRO/doc/INTEDRO_001.

¹⁰⁷ C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 167 ; F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 217.

¹⁰⁸ F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 217.

¹⁰⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, premier rapport sur l'application de la directive 2003/31/CE sur le commerce électronique, COM (2003) 702 Final, 21 novembre 2003, p.13, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/FR/1-2003-702-FR-F1-1.Pdf>.

¹¹⁰ E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? », *R.T.D.H.*, 108/2016, septembre 2016, p. 962.

¹¹¹ E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, p. 381.

l'architecture de sa plateforme, mais une activité d'hébergement lorsqu'il stocke le contenu des utilisateurs¹¹². Toutefois, cette frontière n'est pas toujours claire.

Lors de contentieux, deux arguments sont généralement utilisés pour tenter d'empêcher les intermédiaires du web 2.0 de se retrancher derrière le régime dérogatoire de responsabilité. Premièrement, il a été avancé que le fait de mettre en place une structure de présentation et de l'imposer aux utilisateurs ferait perdre à l'intermédiaire la qualité d'hébergeur¹¹³. Le second argument, quant à lui, réside dans le modèle économique choisi par le gestionnaire de la plateforme comme le fait de prévoir des espaces publicitaires dont il tire profit¹¹⁴.

La Cour de justice a, alors, à travers différentes affaires, réagit à ces deux types d'arguments. Lors de l'affaire Google Adwords¹¹⁵, la Cour a très clairement rejeté l'argument basé sur le modèle économique en répondant qu' « il y a lieu de relever que la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 »¹¹⁶. Ce raisonnement sera confirmé par la suite dans une affaire concernant Facebook¹¹⁷.

Il semble ressortir des enseignements de la Cour que c'est uniquement lorsque l'intermédiaire, « au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci (N.D.R.L., le service) au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données »¹¹⁸ que l'on peut l'exclure de la qualité d'hébergeur car le critère de neutralité n'est alors pas rempli. La Cour a, par exemple, jugé que eBay jouait un tel rôle actif en offrant à ses clients vendeurs une aide concernant l'optimisation, la présentation ou la promotion de leurs offres et pouvait dès lors être tenu responsable d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle même si celles-ci ont été commises par ses utilisateurs¹¹⁹. Par contre, le fait pour une plateforme de fournir à ses utilisateurs des informations générales sur son utilisation, de stocker des offres et de définir les modalités de son service ne constitue pas un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données¹²⁰.

Il convient toutefois de remarquer que l'approche prônée par la Cour s'éloigne quelque peu de l'approche fonctionnelle évoquée ci-dessus. En effet, plutôt qu'analyser le rôle de l'intermédiaire dans l'hébergement pour apprécier si ce rôle est un rôle actif de nature à faire

¹¹² C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 167.

¹¹³ *Ibid.*, p. 168.

¹¹⁴ *Ibid.* ; T.G.I. Paris, ord. réf., 22 juin 2007, *Lafesse c. MySpace*, disponible sur www.legalis.net.

¹¹⁵ C.J., Aff. Jointes, arrêts *Google France et Google*, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159.

¹¹⁶ C.J., Aff. Jointes, arrêts *Google France et Google*, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, point 116.

¹¹⁷ T.G.I. Paris, 13 avril 2010, *Hervé G. c. Facebook*, disponible sur www.legalis.net.

¹¹⁸ C.J., *L'Oréal e.a. c. eBay*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2010:757, point 113.

¹¹⁹ C.J., *L'Oréal e.a. c. eBay*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2010:757, point 116. ; C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *op. cit.*, p. 170.

¹²⁰ C.J., *L'Oréal e.a. c. eBay*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2010:757, points 114 à 116.

perdre la qualité d'hébergeur à l'intermédiaire, la Cour va analyser le service dans sa globalité et va donc se baser sur d'autres services que le service de stockage pour disqualifier l'intermédiaire de la qualité d'hébergeur¹²¹. L'idée étant que des services accessoires à l'activité d'hébergement peuvent permettre la prise de connaissance ou de contrôle¹²².

Sous-section 2 – Le cas des plateformes mixtes

Les plateformes mixtes sont des acteurs intermédiaires en ligne dont le but est de conduire à la prestation d'un service dans le monde réel. Il est dès lors légitime de se demander comment qualifier l'activité d'un tel prestataire de services, celui-ci pouvant être vu comme un prestataire de services de la société de l'information ou comme un prestataire de services commun vu son activité dans le monde tangible.

Les textes restant muets à propos de cette question, la Cour de justice s'est chargée d'y apporter une réponse par son arrêt *Uber* du 20 décembre 2017¹²³. Dans cet arrêt, la Cour a estimé, qu'en principe, ces acteurs économiques prestaient en réalité plusieurs services et non un seul et qu'il convient donc de les distinguer¹²⁴. Cependant, il arrive fréquemment que les différents services ne puissent pas être séparés les uns des autres et doivent, dans ce cas, être considérés comme un seul et même service global¹²⁵. Pour illustrer cela avec les faits de l'arrêt en question, la Cour considère que les services que preste Uber ne sont, en définitive, qu'un seul service global car le service de transport ne pourrait pas avoir lieu sans qu'il y ait d'abord eu une mise en relation entre le client et le chauffeur, via le service de la société de l'information.

La matière qui nous intéresse étant la responsabilité de l'intermédiaire, il reste encore à se demander comment appliquer le régime de la directive sur le commerce électronique à un tel service global dont fait partie un service de la société de l'information. Pour savoir si l'exonération de responsabilité est envisageable, il faut qualifier ce service global et donc apprécier si l'élément principal de celui-ci est le service de la société de l'information ou non. En cas de réponse positive, la directive sur le commerce électronique régit alors ce service global. Si la réponse est négative, la totalité du service global, en ce compris, le service relevant de la société de l'information, est alors exclu de l'application du régime d'exonération¹²⁶.

¹²¹ T. LEONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », *op. cit.*, p. 138.

¹²² *Ibid.*

¹²³ C.J., arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, 20 décembre 2017, C-434/15, EU:C:2017:981.

¹²⁴ C.J., arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, 20 décembre 2017, C-434/15, EU:C:2017:981, point 35-36.

¹²⁵ C.J., arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, 20 décembre 2017, C-434/15, EU:C:2017:981, point 40.

¹²⁶ C.J., arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, 20 décembre 2017, C-434/15, EU:C:2017:981, point 40. ; C.J., arrêt *procédure pénale c. Uber France SAS*, 10 avril 2018, C-320/16, EU:C:2018:221.

On peut donc tirer deux enseignements de la jurisprudence de la Cour. Premièrement, lorsque l'activité d'un prestataire intermédiaire en ligne est composée de plusieurs services pouvant être individualisés et dont au moins un est un service de la société de l'information, il convient d'appréhender séparément les différents services proposés et le régime d'exonération de responsabilité ne s'appliquera alors (à condition que toutes ses exigences soient remplies) qu'au service de la société de l'information¹²⁷. Deuxièmement, si ces services ne peuvent pas être individualisés et constituent donc un service global, le régime d'exonération pourra être invoqué mais uniquement si l'élément principal de ce service global est le service de la société de l'information¹²⁸.

Pour conclure, on peut tout de même questionner cette approche prônée par la Cour sachant que la *ratio legis* de la directive sur le commerce électronique est de prendre en compte les spécificités et risques propres à la société de l'information. En conséquence, exclure toute possibilité d'application du régime dérogatoire de responsabilité lorsque le service de la société de l'information n'est pas le service principal d'un service considéré globalement ne semble pas suivre l'esprit du législateur européen de 2000¹²⁹.

¹²⁷ F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 214.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 71.

Partie II – L'article 17 de la directive 2019/790 : le nouveau régime de responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne

Nous allons à présent nous intéresser à la récente réforme du droit d'auteur dans le marché unique numérique opérée par l'intermédiaire de la directive 2019/790 et particulièrement à son article 17. Cette disposition complexe relative au droit d'auteur vient considérablement bouleverser les règles du jeu de la responsabilité de certains intermédiaires.

Dans la présente partie, nous commencerons par nous focaliser sur les objectifs de cet article 17 (section 1). Ensuite, nous définirons quels sont les intermédiaires touchés par cette réforme (section 2). Et nous terminerons par l'analyse des nouveaux régimes de responsabilité (section 3) et d'exemption (section 4) qui leur sont applicables.

Section 1 – Les objectifs de l'article 17 de la directive 2019/790 : Le « *value gap* » ou la « *distorsion de valeur* »

La rédaction de la directive 2019/790 et en particulier de son article 17 a grandement été motivée par le fait qu'un nombre astronomique de contenus protégés est rendu disponible par des internautes via des plateformes qui leur permettent de téléverser tout type de contenu. A première vue, on pourrait penser que la place toujours plus grande prise par les plateformes de partage de contenus entre utilisateurs serait une aubaine pour les ayants droit qui peuvent alors profiter d'un nouveau canal de distribution. Cependant, bien que du contenu protégé soit souvent téléversé pas des utilisateurs sur ce type de plateforme, il est plus que fréquent que celui-ci le soit sans autorisation des titulaires de droits. C'est en réalité cela que couvre le concept de « *value gap* » ou de « *distorsion de valeur* ». En effet, si le contenu est téléversé sans accord des ayants droit, ceux-ci ne seront rémunérés que très faiblement, voire pas du tout, alors que leurs œuvres sont exploitées. Et cela ne va nullement empêcher les plateformes de se rémunérer, notamment, par le biais des revenus publicitaires générés lors de l'accès à ces mêmes contenus protégés. On peut donc résumer ce concept comme une distorsion entre, d'une part, la valeur perçue par les plateformes de partage de contenus suite à l'offre de contenus protégés et, d'autre part, les revenus qui sont rétribués aux ayants droit concernés¹³⁰.

Au premier abord, les plaintes des ayants droit semblent tout à fait légitimes mais, en réalité, cette notion de « *value gap* » est bien moins transparente qu'il n'y paraît.

¹³⁰ F. BRISON *et al.*, « 1. - Actualités législatives en droit d'auteur », in *Droit de la propriété intellectuelle*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 40, disponible sur https://www.stradalex.com/fr/sl_rech/search/root/a3513b377eeffe8c1be4d377eed436cb2b839c7c06ee6b6b7ae2dffc44bce525::1?docEtiq=DROPOINT_002 (Consulté le 12 mars 2020).

Le terme « *value gap* » a été utilisé à partir de 2015 comme slogan par les lobbies de l'industrie musicale¹³¹. Ce slogan a été créé dans le but d'influencer les choix politiques concernant le futur de l'internet. Cette campagne cherche ainsi à démontrer que les régimes d'exemption de responsabilité ne sont plus adaptés au paysage actuel de l'internet car, selon ces lobbies, ces régimes permettent aux plateformes d'exploiter injustement les contenus protégés des ayants droit¹³². Un tel discours a d'ailleurs retenti suite à l'interprétation évolutive de la directive sur le commerce électronique concernant le concept d'hébergement. Les titulaires de droits se sont plaints du manque de clarté du régime. Ils considéraient qu'il était inefficace dans la lutte contre la contrefaçon en ligne. Ils plaidaient donc pour une révision du régime en vue d'obtenir une contribution des prestataires intermédiaires en contrepartie de leur concours à l'exploitation de certains contenus¹³³.

Il semble cependant que l'industrie musicale se soit, en tout cas au début, trompée d'objectif. En effet, le problème originaire soulevé par cette industrie était que les régimes d'exemption de responsabilité entraînaient une différence injustifiée entre ce que leur verse une plateforme comme Spotify et ce qui leur est versé par une plateforme comme YouTube¹³⁴. Le réel objectif derrière cette campagne était, en réalité, de faire en sorte que ces deux types de plateformes ne soient plus traitées différemment par le droit.

Une telle demande semble pourtant peu réaliste. En effet, considérer qu'un service de musique en streaming et un service de partage de contenus générés par les utilisateurs sont équivalents serait erroné. Au vu de la différence des *business models* de ces deux types d'acteurs, leur traitement ne peut pas être identique¹³⁵. Spotify est une plateforme éditrice de distribution fermée, dans le sens où, c'est Spotify lui-même qui détermine le contenu accessible sur sa plateforme. Ce qui implique qu'il en a donc toujours une pleine connaissance. Par contre, les plateformes semblables à YouTube accueillent du contenu pouvant venir de n'importe quelle personne ayant un accès internet et ce à n'importe quel moment, ce qui rend la connaissance et le contrôle du contenu moins aisé et justifie dès lors qu'elles puissent, pour une partie de leur activité, bénéficier d'exonérations.

Le terme « *value gap* » est donc né d'une erreur d'appréciation. Cependant, la publicité de ce débat a tout de même fait ressortir l'idée générale qui sous-tendait ce discours et qui, elle, semble plausible. Cette idée générale, qui a également repris le nom de « *value gap* », soutient que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne génèrent des revenus colossaux en donnant accès à une masse d'œuvres protégées alors que les ayants droit ne touchent proportionnellement qu'un revenu minime, voire aucun revenu¹³⁶.

¹³¹ A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform », *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, juin 2019, vol. 22, p. 104 ; IFPI, *Digital Music Report 2015: Charting the path to sustainable growth*, I.F.P.I., 2015, pp. 22-23, disponible sur <https://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2015.pdf> (Consulté le 15 mars 2020).

¹³² A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap” », *op. cit.*, p. 104.

¹³³ F. GEORGES et J. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 210.

¹³⁴ IFPI, *Digital Music Report 2015: Charting the path to sustainable growth*, *op. cit.*, p. 23.

¹³⁵ A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap” », *op. cit.*, p. 105.

¹³⁶ Z. ROSIC, « La directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : les forces et les faiblesses des solutions adoptées », *Ing.-Cons.*, 2019/2, décembre 2019, p. 312.

Certains auteurs ont réagi au discours des titulaires de droits en rétorquant que le prétendu manque à gagner des ayants droit est en réalité une pure fiction et constitue l'arme de prédilection des lobbies de l'industrie culturelle¹³⁷. D'innombrables données chiffrées avancées tant par les ayants droit d'une part, que par les plateformes d'autre part, varient considérablement¹³⁸. Cette bataille de chiffres obscurcit le débat et le choix des paramètres pris en compte rend les données peu objectives.

Un des arguments avancé contre cette théorie du « *value gap* » est le fait que les revenus des plateformes concernées seraient le fruit de leur plus-value apportée aux contenus téléversés notamment en proposant une infrastructure performante et attrayante.

Il est également soutenu que les titulaires de droits bénéficient du système mis en place par les plateformes de partage de contenus. Elles leur permettent d'augmenter leur popularité et d'accéder à une visibilité qu'ils n'auraient peut-être jamais eue sans le rôle joué par la plateforme¹³⁹.

Un troisième argument soutient que les revenus des ayants droit sont actuellement en constante augmentation. Cependant, cet argument semble peu convaincant. En effet, dans ces revenus, sont compris l'exploitation classique des œuvres des ayants droit. Or, le fait que notamment l'industrie culturelle se porte bien quant à la fréquentation de divers événements de types projections, concerts ou autres ne justifie en rien que d'autres acteurs soient exemptés d'autorisation et puissent exploiter ces contenus protégés gratuitement¹⁴⁰.

Dans ce contexte flou, le législateur européen a tout de même entendu les titulaires de droits et a voulu répondre à l'insécurité provoquée par le cadre juridique alors existant¹⁴¹.

C'est donc dans cette atmosphère agitée et marquée par le lobbysme qu'a été rédigée la directive 2019/790 et son, déjà célèbre, article 17. Via cet article, il a été décidé d'établir clairement que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, par l'exploitation de leur plateforme, procèdent, eux-mêmes, directement, à un acte protégé par le droit d'auteur¹⁴². Cela étant établi, les gestionnaires de ces plateformes devront dorénavant faire tout leur possible pour obtenir l'accord des ayants droit concernant leurs contenus protégés. Ceci est de nature à

¹³⁷ IFPI, *Digital Music Report 2015: Charting the path to sustainable growth*, *op. cit.*, pp. 22-23 ; V.-L. BENABOU, « Distorsion de valeur et distorsions des droits - Le «Value Gap»: pataquès, galimatias, et finalement, amphigouri », *op. cit.*, p. 267.

¹³⁸ V.D. DE LAS HERAS, « Content ID as a Solution to Address the Value Gap », *M.E.I.E.A. Journal*, janvier 2018, vol. 18, n° 1, pp. 107-112.

¹³⁹ V.-L. BENABOU, « Distorsion de valeur et distorsions des droits - Le «Value Gap»: pataquès, galimatias, et finalement, amphigouri », *op. cit.*, p. 268.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant n°61.

¹⁴² C. DE CALLATAÏ et S. DEPREUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 157 ; F. BRISON *et al.*, « 1. - Actualités législatives en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 40.

encourager la conclusion de contrats de licence, à permettre aux ayants droit de se rémunérer de manière appropriée et à rétablir un certain équilibre¹⁴³.

Section 2 – Le champ d’application *ratione personae* : le fournisseur de services de partage de contenus en ligne

Avant de se plonger dans les mécanismes quelque peu alambiqués de l’article 17 de la directive 2019/790, il convient de définir à qui va s’appliquer ce nouveau régime. Comme on pouvait l’imaginer, ce régime ne s’appliquera pas à tous les intermédiaires actifs dans la société de l’information mais uniquement à un type d’acteur spécifique, à savoir, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne.

Ce concept est expressément défini par la directive 2019/790 en son article 2(6) comme « le fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives (...) »¹⁴⁴.

Ces acteurs sont donc bien des prestataires intermédiaires vu qu’ils proposent un service d’intermédiation permettant d’accueillir et stocker le contenu téléversé par les utilisateurs qui le désirent pour le rendre accessible aux autres utilisateurs de la plateforme¹⁴⁵. Cependant, à la différence d’autres types d’intermédiaires, le fournisseur de services de partage de contenus en ligne va apporter une valeur ajoutée au contenu qu’il héberge, par exemple, en le classant, en proposant du contenu personnalisé à chaque utilisateur, ou encore, en faisant la promotion de certains contenus¹⁴⁶. Donc, en principe, tous les fournisseurs de services de partage de contenus sont des intermédiaires mais tous les intermédiaires ne sont pas des fournisseurs de services de partage de contenus¹⁴⁷.

¹⁴³ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant n°61.

¹⁴⁴ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 2(6).

¹⁴⁵ C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 157 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, novembre 2019, vol. 14, n° 11, p. 896 ; M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », octobre 2019, p. 2.

¹⁴⁶ C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 158. ; Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant 62.

¹⁴⁷ A. HEIRWEGH, « De aansprakelijkheid van online tussenpersonen in de digitale eengemaakte markt: naar een algemene toezichtverplichting? », *R.A.B.G.*, 2019/9, mai 2019, p. 771.

Le rôle de l'utilisateur est important dans cette définition. Pour satisfaire à la définition de fournisseur de services de partage de contenus en ligne, il est nécessaire que ce soit bien les utilisateurs qui sélectionnent eux-mêmes le contenu qu'ils souhaitent téléverser et rendre disponible sur la plateforme. Si le contenu stocké et rendu accessible par la plateforme est le fruit d'une sélection organisée par cette dernière, cette directive ne lui sera pas applicable. Cela fait écho à la comparaison citée ci-dessus, Spotify n'entrera pas dans le champ d'application de cette directive car la décision de stocker et de rendre accessible le contenu est une décision prise par Spotify même et non par ses utilisateurs. La directive entend principalement s'appliquer aux « services en ligne qui jouent un rôle important sur le marché des contenus en ligne en étant en concurrence pour les mêmes publics avec d'autres services de contenus en ligne, comme les services de diffusion audio et vidéo en flux continu »¹⁴⁸.

Cependant, certains acteurs pouvant potentiellement rentrer dans ce domaine d'application sont expressément exclus de cette notion par l'alinéa 2 de l'article 2(6) de la directive, qui constitue une liste non exhaustive de services qui ne correspondent pas à la définition et qui, donc, ne se voient pas appliquer l'article 17¹⁴⁹.

Premièrement, sont exclus les encyclopédies en ligne à but non lucratif et les répertoires éducatifs et scientifiques à but non lucratif. Cette exclusion, bien que précisée dans le deuxième alinéa de l'article 2(6), tombe sous le sens. En effet, l'alinéa premier de l'article 2(6) précisait déjà que pour entrer dans le concept de fournisseur de services de partage de contenus en ligne, la plateforme devait poursuivre un but lucratif et donc rechercher un enrichissement direct ou indirect¹⁵⁰.

Sont également exclus les plateformes de développement et de partage de logiciels libres et les fournisseurs de services de communications électroniques au sens de la directive 2018/1972¹⁵¹. Cette exclusion s'explique par le fait que ces services, même s'ils sont rémunérés, n'entrent pas en concurrence pour les mêmes publics avec d'autres services de contenus en ligne¹⁵².

La directive exclut aussi les services que l'on nomme communément les services de « *cloud* ». La raison de cette exclusion tient au fait que l'utilisation de ces services est principalement privée et non publique.

¹⁴⁸ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant n°62.

¹⁴⁹ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 888.

¹⁵⁰ A. HEIRWEGH, « De aansprakelijkheid van online tussenpersonen in de digitale eengemaakte markt: naar een algemene toezichtverplichting? », *op. cit.*, p. 771.

¹⁵¹ Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte) (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 321, 17 décembre 2018.

¹⁵² C. DE CALLATAÏ et S. DEPREUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 159.

Les places de marché en ligne de type eBay sont également exclues. Cela tout simplement parce que leur objectif principal n'est pas de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur qui ont été téléversées par des utilisateurs.

Bien que l'article 2 ne le précise pas, une autre catégorie d'acteurs devrait être écartée du champ d'application de la directive. Ces acteurs en question sont les fournisseurs de services dont l'objectif principal est de se livrer à du piratage de droit d'auteur ou de le faciliter. En effet, il ne faudrait pas que ce type d'acteurs puisse bénéficier du nouveau régime d'exonération de responsabilité contenu dans l'article 17. Cette volonté est d'ailleurs exprimée dans le considérant n°62 de la directive 2019/790¹⁵³.

Ce concept de fournisseur de services de partage de contenus en ligne semble tout de même manquer de clarté. En effet, bien des éléments de cette définition et des considérants s'y référant sont exprimés en des termes vagues. Rien ne nous dit, par exemple, comment quantifier l'importance des œuvres stockées et rendues accessibles, ou encore ce qui constitue un rôle important sur le marché des contenus en ligne¹⁵⁴. Ce manque de précision est d'ailleurs en partie assumé dans le considérant n°63 qui préconise une analyse au cas par cas pour déterminer si un fournisseur de services de partage de contenus stocke et donne accès à une quantité importante de contenus protégés en tenant compte de différents éléments tels que l'audience du service et le nombre de fichiers de contenus protégés par le droit d'auteur téléversés par les utilisateurs du service¹⁵⁵.

Cette dernière considération laisse donc planer un certain flou et peut engendrer une certaine crainte chez les acteurs qui ne savent pas encore si la directive 2019/790 et son article 17 leur sont applicables ou non. La tâche d'éclaircir cette notion revient donc aux législateurs nationaux et à la jurisprudence future¹⁵⁶.

Tout service de la société de l'information qui ne tombe pas dans le giron de cette définition restera alors soumis au cadre juridique existant avant l'entrée en vigueur de cette directive¹⁵⁷. Vu l'imprécision du champ d'application de l'article 17 de la directive 2019/790, il est fort à parier que des plateformes vont tenter de jouer sur le flou des définitions de cet article pour plaider que celui-ci ne leur est pas applicable afin de retomber sur le régime d'exonération de la directive sur le commerce électronique.

¹⁵³ M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 2.

¹⁵⁴ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *S.S.R.N.*, avril 2019, p. 3.

¹⁵⁵ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 888.

¹⁵⁶ Pour faire face à cette incertitude, le projet de transposition français prévoit de fixer, par décret, des critères quantitatifs sans, toutefois, écarter toute subjectivité, voy. Avis sur un projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, Conseil d'Etat, 2 décembre 2019, n°398829, p. 11, disponible sur <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-communication-audiovisuelle-et-a-la-souverainete-culturelle-a-l-ere-numerique> (Consulté le 16 avril 2020) ; Projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, (Procédure accélérée), Assemblée Nationale, 5 octobre 2019, n°2488, p. 7, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2488_projet-loi.

¹⁵⁷ T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *European Intellectual Property Review*, 2019, n° 7, p. 410.

Section 3 – Un mécanisme de responsabilité spécifique

Avant l'entrée en vigueur de la directive 2019/790, il n'y avait alors pas de cadre juridique réellement précis permettant de déterminer avec un degré de certitude suffisant si et quand les plateformes de partage de contenus entre utilisateurs, elles-mêmes, se livraient à des actes soumis au droit d'auteur et, par conséquent, s'il était nécessaire ou non pour celles-ci d'obtenir l'accord des ayants droit¹⁵⁸. En effet, les plateformes telles que YouTube, n'étaient, en général, pas considérées comme opérant un acte de communication au public, au contraire de leurs utilisateurs¹⁵⁹. Bien que la Cour de justice ait déjà exprimé sa volonté de responsabiliser davantage les intermédiaires dont le but est de partager du contenu en ligne¹⁶⁰, un tel climat d'incertitude ne permettait aux titulaires de droits, ni de se renseigner sur l'exploitation éventuelle de leurs œuvres, ni d'obtenir une rémunération appropriée à la suite de celle-ci¹⁶¹.

Le législateur européen, par l'article 17 de la directive 2019/790, a voulu mettre un terme à cette incertitude¹⁶². Pour ce faire, ce nouveau régime rend les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne directement responsables d'un acte de communication au public lorsque ceux-ci donnent au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par leurs utilisateurs. Cela va donc obliger ces prestataires à obtenir l'autorisation des ayants droit, ce qui va, en principe, favoriser le développement du marché des licences¹⁶³.

A côté de ce mécanisme de responsabilité directe, il a également été mis en place un régime pour le cas où l'autorisation visée ci-dessus n'a pas été obtenue. Ce régime prend alors la forme d'un nouveau régime d'exonération de responsabilité sous conditions.

¹⁵⁸ F. BRISON *et al.*, « Het Europese Copyright package est arrivé ! », *A.&M.*, 2018-2019/3, février 2020, p. 432.

¹⁵⁹ P. CAMPOLINI *et al.*, « Chronique de législation en droit privé – (1er janvier - 30 juin 2019) (Seconde partie) », *J.T.*, 2019/42, décembre 2019, n° 6796, p. 880.

¹⁶⁰ V. CASSIERS, « Arrêt « Ziggo » : la plate-forme Youtube sera-t-elle bientôt hors-la-loi ? », *op. cit.*, p. 360 ; P. CAMPOLINI *et al.*, « Chronique de législation en droit privé – (1er janvier - 30 juin 2019) (Seconde partie) », *op. cit.*, p. 880. ; C.J., arrêt *Stichting Brein contre Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, 14 juin 2017, C-610/15, EU:C:2017:456.

¹⁶¹ F. BRISON *et al.*, « Het Europese Copyright package est arrivé ! », *op. cit.*, p. 432.

¹⁶² C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 161 ; R. HARDOUIN, « Droit d'auteur et marché unique numérique II », *I.2.D. Information, données & documents*, 2017/1, avril 2017, p. 23.

¹⁶³ T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *op. cit.*, p. 410 ; R. SMIRKE, « EU-Tube Battle Nears Final Parliament Vote », *Billboard*, mars 2019, vol. 131, n° 5, p. 13.

Sous-section 1 – Responsabilité et notion d’acte de communication au public

1. Le principe

Comme dit ci-dessus, l’article 17(1) de la directive 2019/790 pose le principe qu’un fournisseur de services de partage de contenus en ligne effectue un acte de communication au public lorsqu’il donne accès à des œuvres ou des objets protégés par le droit d’auteur qui ont été téléversés par ses utilisateurs. L’acte de communication au public dans le contexte de l’article 17 est donc l’« acte de donner accès », qui n’est d’ailleurs pas défini dans la directive.

Il en ressort qu’il suffit qu’un fournisseur de services de partage de contenus en ligne donne accès à du contenu, dont il ait connaissance de la nature illicite ou non, pour que soit établi dans son chef un acte de communication au public. Dans ce cas, si aucune autorisation n’a été donnée pour le contenu concerné et que l’utilisateur ne peut se prévaloir d’aucune exception ou limitation, il y a atteinte au droit d’auteur¹⁶⁴. Le modèle d’affaires même de ces acteurs économiques leur impose donc à présent l’obligation de principe d’obtenir une autorisation des titulaires de droits, sous peine d’engager leur responsabilité directe et objective¹⁶⁵.

De plus, ces fournisseurs de services de partage de contenus ne peuvent plus compter sur le régime d’exonération de responsabilité de la directive sur le commerce électronique¹⁶⁶. Cette précision est un complément logique car si ces intermédiaires pouvaient continuer à s’appuyer sur l’article 14 de la directive sur le commerce électronique, ce nouveau régime de responsabilité perdrait tout son sens¹⁶⁷. Même sans précision explicite, l’article 14 de la directive sur le commerce électronique aurait dû être écarté lorsque l’on se trouve dans le champ d’application de la directive 2019/790 car la définition de fournisseur de services de partage de contenus en ligne suggère un certain rôle actif de l’opérateur dans le traitement du contenu¹⁶⁸. Cependant, l’article 17(3) de la directive 2019/790 prévoit explicitement que les plateformes concernées pourront toujours tenter de se retrancher derrière l’article 14 de la directive sur le commerce électronique mais uniquement pour les cas qui ne rentrent pas dans le champ d’application de la directive 2019/790 et qui, donc, ne concernent pas le droit d’auteur¹⁶⁹.

¹⁶⁴ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 889 ; M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁵ C. DE CALLATAY et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 161.

¹⁶⁶ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l’intérêt pour l’EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 17(3).

¹⁶⁷ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁸ M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁹ F. BRISON *et al.*, « 1. - Actualités législatives en droit d’auteur », *op. cit.*, p. 42.

2. Un acte de communication au public d'un genre nouveau ?

Le principe fondamental du mécanisme de responsabilité étant posé, il convient de s'intéresser d'un peu plus près à la notion d'acte de communication au public telle qu'utilisée dans l'article 17(1). Cette disposition nous semble établir une nouvelle catégorie du droit de communication au public, une *lex specialis* ou un droit *sui generis*, qui s'applique uniquement aux fournisseurs de services de partage de contenus¹⁷⁰. En effet, l'article 17(1) précise que l'acte de donner accès est « un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public *aux fins de la présente directive* »¹⁷¹ (nous soulignons) et le considérant n°64 explique quant à lui que ce nouveau régime est « sans conséquence sur l'application éventuelle de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE à d'autres fournisseurs de services qui utilisent des contenus protégés par le droit d'auteur »¹⁷² (nous soulignons de nouveau)¹⁷³. Le droit de communication au public de l'article 17 semble donc, au moins en partie, se distinguer de celui généralement discuté par la Cour de justice. Par exemple, avec l'article 17, la condition de l'article 3 de la directive 2001/29/CE qui requiert la pleine connaissance de cause lorsque l'on donne accès à l'œuvre, s'efface au profit d'une évaluation objective du service concerné¹⁷⁴. En outre, l'article 17 peut difficilement être considéré comme une simple clarification de l'article 3 de la directive 2001/29/CE vu la mise en place d'un régime d'exemption de responsabilité sans précédent en matière de droit d'auteur¹⁷⁵.

Selon nous, l'article 17 de la directive 2019/790 ne crée pas un droit de communication au public totalement distinct de celui de la directive 2001/29/CE mais impose une certaine interprétation de celui-ci ou y déroge partiellement lorsqu'on se trouve dans le cadre de la directive 2019/790¹⁷⁶. Il en résulte que certains enseignements de la Cour, auxquels l'article 17 ne déroge pas, comme la notion de public ou encore les titulaires de droits visés, devraient continuer à être compris selon l'interprétation généralement donnée à propos de l'article 3 de la directive 2001/29/CE¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Pour les autres interprétations possibles de la nature du droit de l'article 17, voy. M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, pp. 5-10.

¹⁷¹ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 17(1).

¹⁷² Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant n°64.

¹⁷³ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 889 ; P. CAMPOLINI *et al.*, « Chronique de législation en droit privé – (1er janvier - 30 juin 2019) (Seconde partie) », *op. cit.*, p. 880.

¹⁷⁴ M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹⁷⁶ M. HUSOVEC, « How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement », in *Pluralism or Universalism in International Copyright Law*, TILEC Discussion Paper No. 2019-16, s.l., Kluwer law, 15 avril 2019, pp. 16-23, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=3372230> (Consulté le 13 mars 2020) ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 890.

¹⁷⁷ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 891.

3. Dualité d'actes de communication au public ou globalisation ?

Maintenant qu'il est établi que les acteurs désignés par la définition de l'article 2(6) de la directive 2019/790 se livrent à des actes soumis au droit d'auteur pour lesquels une autorisation est requise, une question légitime est de se demander ce qu'il en est pour les utilisateurs de ces plateformes.

La notion d'acte de communication au public est susceptible de couvrir plusieurs actes matériels posés dans le contexte qui nous intéresse actuellement. Premièrement, comme nous l'avons vu, l'accès donné au public par le fournisseur de services de partage de contenus en ligne constitue un acte de communication au public. Cependant, selon le considérant n°64 de la directive 2019/790, l'article 17 n'a aucune conséquence sur l'application éventuelle de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE à d'autres acteurs. Cela signifie donc que le téléversement de contenus sur la plateforme par un utilisateur est également un acte de communication au public¹⁷⁸.

On se retrouve ici face à deux actes, un posé par la plateforme et un par ses utilisateurs. Ces actes sont en réalité complémentaires. En effet, sans le téléversement des utilisateurs, la plateforme n'est pas en mesure de donner un accès au public et, inversement, sans la plateforme, l'utilisateur ne peut pas téléverser son contenu et le partager avec d'autres utilisateurs. Il ressort de ce constat que de l'absence de participation d'un des acteurs découle l'absence d'acte de communication au public.

La question qu'il convient maintenant de se poser est de savoir si ces deux actes interdépendants sont en réalité deux composants d'un même acte de communication au public global ou si ceux-ci constituent deux actes de communication au public totalement distincts.

Dans le premier cas, tant l'utilisateur que la plateforme seraient alors à l'origine d'un élément constitutif de l'acte de communication au public et pourraient donc engager tous deux leur responsabilité. En effet, la nouvelle responsabilité des plateformes ne tend pas à remplacer la mise en cause de la responsabilité de ses utilisateurs¹⁷⁹. Se poserait alors la question de la nature de leur responsabilité, à savoir, leurs obligations seraient-elles conjointes, solidaires, indivisibles ou *in solidum*¹⁸⁰ ?

Cependant, une telle interprétation semble selon nous erronée. En effet, vu que le prestataire de services de partage de contenus en ligne et l'utilisateur retirent de l'exploitation un avantage qui leur est propre – un avantage patrimonial pour la plateforme et un avantage, par exemple, culturel, voire également patrimonial pour l'utilisateur – il semble logique que chacun d'entre

¹⁷⁸ C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 164 ; V.-L. BENABOU, « Distorsion de valeur et distorsions des droits - Le « Value Gap »: pataquès, galimatias, et finalement, amphigouri », *op. cit.*, p. 273.

¹⁷⁹ C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 166 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 891.

¹⁸⁰ Voy. C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 165.

eux réalise un acte de communication au public distinct¹⁸¹. Une telle approche implique alors la nécessité d'obtenir deux autorisations distinctes des ayants droit ; une autorisant l'acte de communication au public de la plateforme et l'autre autorisant celui de l'utilisateur.

Néanmoins, l'article 17(2) prévoit explicitement un cas où la seule autorisation obtenue par le fournisseur de services de partage de contenus en ligne est suffisante. Selon cette disposition, l'autorisation obtenue par la plateforme couvre également les actes accomplis par les utilisateurs lorsqu'ils n'agissent pas à titre commercial ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs. Il convient toutefois de noter que l'utilisateur, qui dans ce cas n'a pas besoin de licence propre, ne peut pas disposer de plus de droits que la plateforme qui a obtenu l'accord des ayants droit¹⁸².

En plus d'éviter de rendre l'utilisation de telles plateformes excessivement compliquée pour la majorité des utilisateurs, cet article semble confirmer notre interprétation selon laquelle il y aurait bien deux actes de communications au public distincts. Effectivement, cette disposition établit, selon nous, une exception au principe qui impose également à l'utilisateur d'obtenir une licence pour couvrir son acte de communication au public. En dehors de cette exception, l'utilisateur qui agit alors à titre commercial ou qui génère des revenus significatifs – notions qui ne sont, encore une fois, pas définies – de l'utilisation de la plateforme devra alors négocier son propre contrat de licence distinct de celui de la plateforme.

Il existe une deuxième exception au principe de la double licence qui, cette fois-ci n'est pas dans l'article 17 mais prend place dans le considérant n°69 de la directive 2019/790 selon lequel lorsque les ayants droit ont expressément accordé une autorisation à des utilisateurs, l'acte de communication au public de la plateforme est alors lui aussi autorisé dans les limites de l'autorisation accordée aux utilisateurs. Cependant, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ne bénéficient d'aucune présomption selon laquelle leurs utilisateurs auraient obtenu ces droits.

Enfin, il existe une troisième exception qui découle de l'article 17(7) de la directive 2019/790. On peut déduire de cette disposition que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne bénéficient des exceptions et limitations au droit d'auteur qui s'appliquent à l'acte des utilisateurs même si l'acte de la plateforme en lui-même ne bénéficie pas de ces exceptions ou limitations¹⁸³. Cela signifie que lorsqu'un utilisateur peut se prévaloir d'exceptions et limitations, la plateforme n'est alors pas tenue de contracter un accord de licence avec les ayants droit pour cet acte.

Nous tenons encore à préciser ici que les exceptions exposées ci-dessus sont bien des exceptions à l'exigence de licences distinctes et non des exceptions au fait qu'il y ait deux actes de communication au public distincts.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 166 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 891.

¹⁸² C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 163.

¹⁸³ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 891.

4. Tableau récapitulatif des scénarios d'exploitation ¹⁸⁴

Scénarios	Exploitation de l'utilisateur	Exploitation de la plateforme
1	SI l'exploitation est couverte par une exception ou une limitation au droit d'auteur, l'utilisateur n'a pas besoin de licence.	ALORS , la plateforme n'a pas besoin de licence propre.
2	ALORS l'utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou qui ne génère pas de revenus significatifs de l'activité n'a pas besoin de licence propre.	SI la plateforme obtient une licence.
3	ALORS l'utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou qui ne génère pas de revenus significatifs de l'activité engage sa responsabilité s'il agit sans autorisation sauf s'il peut se prévaloir d'une exception (voir scénario 1).	SI la plateforme n'obtient pas de licence (sa responsabilité peut être engagée).
4	ALORS l'utilisateur qui agit à titre commercial ou qui génère des revenus significatifs devra obtenir une licence propre, sauf s'il peut se prévaloir d'une exception (scénario 1).	SI la plateforme obtient ou non une licence (si pas de licence, sa responsabilité peut être engagée).

¹⁸⁴ M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 12.

Sous-section 2 – Un nouveau régime d'exonération de responsabilité

1. Principe

Les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sont donc susceptibles d'engager leur responsabilité lorsque leurs utilisateurs téléversent du contenu pour lequel les plateformes ne se sont pas engagées avec les ayants droit dans un contrat de licence. Un tel régime de responsabilité semble, de prime abord, extrêmement sévère. En effet, il est impossible pour les gestionnaires de plateformes de prévoir quels contenus seront téléversés par les utilisateurs et il est tout aussi impossible d'obtenir l'autorisation de tous les ayants droit dont le contenu pourrait apparaître sur la plateforme¹⁸⁵.

Cependant, le législateur européen est conscient que le régime exposé dans la sous-section précédente met les plateformes dans une situation très inconfortable où leur responsabilité risque souvent d'être mise en cause. Il a donc été nécessaire, pour ne pas freiner grandement le marché de ces plateformes, de prévoir un régime d'exemption qui, à certaines conditions, permet aux fournisseurs de services de partage de contenus de ne pas exposer leur responsabilité. Le régime d'exemption en question, qui aurait peut-être mérité son propre article, est exposé principalement aux paragraphes 4 à 6 de l'article 17 de la directive 2019/790.

Le cœur de ce régime d'exemption est l'article 17(4) de la directive 2019/790¹⁸⁶. Il ressort de cet article qu'il existe deux moyens pour qu'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne évite d'engager sa responsabilité. Le premier, qui tombe sous le sens et qui est le plus encouragé, est l'autorisation des ayants droit¹⁸⁷. Le deuxième moyen constitue le réel apport de cette disposition. Il s'agit d'un nouveau régime de « *safe harbour* » sous conditions cumulatives.

La première des trois conditions oblige les plateformes concernées à fournir leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation de la part des ayants droit. On peut tout à fait comprendre cette condition vu le but poursuivi par le présent article 17. Si le régime d'exonération permettait une option totalement alternative à la recherche de conclusion de contrats de licence, cet article, visant principalement à réduire le « *value gap* », manquerait sa cible. Ces

¹⁸⁵ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 4 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 893 ; M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 4.

¹⁸⁶ J. QUINTAIS, « The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look », *European Intellectual Property Review*, octobre 2019, p. 18 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, pp. 892-893 ; M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le marché unique numérique modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (première lecture) - adoption de l'acte législatif - déclarations (2019), en particulier la déclaration de l'Allemagne, point 10, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/FR/pdf>. ; J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics », novembre 2019, p. 2.

plateformes, soucieuses de conserver le bénéfice du régime d'exonération, sont alors contraintes d'obtenir la licence de quel qu'ayant droit que ce soit proposant à la plateforme un contrat de licence raisonnable¹⁸⁸. Cette première exigence permet donc une négociation qui est plus à même de rémunérer les titulaires de droits de manière appropriée. Les ayants droit, quant à eux, ne sont d'aucune façon, obligés d'accorder de telles licences car, comme l'énonce le considérant n°61, les dispositions en cause n'empiètent pas sur la liberté contractuelle¹⁸⁹.

La deuxième condition impose aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne de fournir « 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 »¹⁹⁰. Ceci implique que si la plateforme, suite à la communication des informations pertinentes, a fourni ses meilleurs efforts pour garantir cette indisponibilité mais que du contenu protégé non autorisé est tout de même téléversé sur la plateforme, celle-ci n'engage pas automatiquement sa responsabilité¹⁹¹. Le considérant n°66 de la directive 2019/790 admet qu'il existe des cas où la « disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne peut être évitée que sur notification des titulaires de droits »¹⁹².

Enfin, la dernière condition s'applique lorsque l'accès à du contenu protégé a déjà été donné par la plateforme, elle impose à celle-ci d'agir promptement pour bloquer l'accès au contenu protégé ou de le retirer lorsque les ayants droit lui ont fait parvenir une notification dûment motivée. Dans un tel cas, en plus de rendre l'accès impossible au contenu en question, la plateforme doit également fournir ses meilleurs efforts pour empêcher que ce contenu soit de nouveau téléversé sur la plateforme dans le futur.

Ces deux dernières conditions nous rappellent le régime d'exemption de la directive sur le commerce électronique concernant les hébergeurs. Comme nous l'avons vu dans la première partie de cet écrit, l'article 14 de la directive sur le commerce électronique impose au prestataire hébergeur, dès qu'il en a une certaine connaissance, d'agir promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Il convient toutefois de constater que l'article 17 met en place une obligation bien plus conséquente que celle prévue dans la directive sur le commerce électronique. La condition de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique est une condition dite de « *notice-and-take-down* ». C'est-à-dire qu'elle impose uniquement au prestataire qui a reçu une notification motivée des ayants droit de rendre l'accès à l'information pertinente impossible. Or, ce nouvel article 17 de la directive 2019/790 contient

¹⁸⁸ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁹ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant 61. ; T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *op. cit.*, p. 411.

¹⁹⁰ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 17(4), alinéa premier, b).

¹⁹¹ C. DE CALLATAÏ et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 172.

¹⁹² Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant n°66.

également cette obligation de « *notice-and-take-down* » mais rajoute une obligation que l'on peut qualifier de « *notice-and-stay-down* »¹⁹³. Cette dernière notion signifie qu'en plus de rendre le contenu inaccessible suite à la notification des ayants droit, la plateforme doit faire en sorte que ce contenu ne soit plus téléversé sur ses services dans le futur et doit, pour ce faire, fournir ses meilleurs efforts conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle.

Il faut encore mettre en exergue que ces deux dernières conditions de l'article 17(4) instaurent en réalité un mécanisme de coopération entre fournisseurs de services de partage de contenus et ayants droit¹⁹⁴. Ces deux conditions ne peuvent effectivement s'appliquer aux plateformes concernées qu'après une certaine participation active des titulaires de droits. Sans cette participation, les plateformes ne devraient pas être considérées comme responsables¹⁹⁵. Afin d'imposer la condition visant à garantir l'indisponibilité du contenu aux plateformes, il faut tout d'abord que les ayants droit leur transmettent les informations pertinentes et nécessaires. Ces informations, vu l'état actuel de la technologie, seront généralement des fichiers audio ou vidéo permettant la création d'empreintes numériques. Ces empreintes numériques seront stockées dans une base de données permettant à des algorithmes d'identifier les contenus protégés¹⁹⁶. De plus, la troisième condition prévoyant le retrait ou le blocage de contenus protégés requiert pour s'appliquer une notification suffisamment étayée des ayants droit.

Plusieurs dispositions font explicitement référence à ce mécanisme de coopération dont l'article 17(8), deuxième alinéa, qui instaure une certaine communication d'informations pertinentes de la part des fournisseurs de services de partage de contenus sur demande des ayants droit, notamment à propos des mesures de filtrage et de l'exploitation des contenus ayant fait l'objet d'accords de licence. De plus, de manière à rendre ce mécanisme de coopération performant et à définir les meilleures pratiques possibles, des dialogues entre les parties intéressées devront être organisés par la Commission en coopération avec les États membres¹⁹⁷.

¹⁹³ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 6 ; J. QUINTAIS, « The New Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 19 ; P. CAMPOLINI *et al.*, « Chronique de législation en droit privé – (1er janvier - 30 juin 2019) (Seconde partie) », *op. cit.*, p. 881 ; Z. ROSIC, « La directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : les forces et les faiblesses des solutions adoptées », *op. cit.*, p. 315.

¹⁹⁴ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 6 ; V.-L. BENABOU, « Distorsion de valeur et distorsions des droits - Le « Value Gap »: pataquès, galimatias, et finalement, amphigouri », *op. cit.*, p. 275 ; F. BRISON *et al.*, « Het Europese Copyright package est arrivé ! », *op. cit.*, p. 433.

¹⁹⁵ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 894 ; M. HUSOVEC, « How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement », *op. cit.*, p. 24 ; *ibid.*, p. 23 ; T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *op. cit.*, p. 409.

¹⁹⁶ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 894.

¹⁹⁷ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 17(10).

2. « Les meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle »

Selon la deuxième condition de l'article 17(4), les plateformes doivent fournir leurs meilleurs efforts conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle pour garantir l'indisponibilité du contenu protégé pour lequel les titulaires de droits leur ont fourni les informations pertinentes et nécessaires.

Cette référence aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle fait renvoi aux mesures qui auraient été prises par l'opérateur le plus diligent du marché compte tenu des pratiques du secteur, de leur efficacité et de l'évolution de la technologie¹⁹⁸.

Quant à la notion de « meilleurs efforts pour assurer l'indisponibilité », bien que ce ne soit plus aussi explicite que dans les versions antérieures de cette disposition, la plupart des auteurs sont d'accord pour admettre qu'en réalité, ce passage fait référence à la mise en place de mesures informatiques de filtrage et de blocage¹⁹⁹. Effectivement, vu l'état actuel de la technologie, on ne voit guère quel autre moyen pourrait être mis en œuvre pour remplir les conditions imposées. De tels mécanismes existent d'ailleurs déjà, même depuis un certain temps, et sont utilisés généralement par des géants du web, principalement pour répondre à la demande de l'industrie musicale et cinématographique²⁰⁰. Dans le cadre de la directive 2019/790, les fournisseurs de services de partage de contenus doivent donc alimenter ces algorithmes de filtrage avec les informations reçues des ayants droit déjà évoquées ci-avant.

Définir strictement une telle obligation de filtrage applicable à tous les fournisseurs de services de partage de contenus n'est cependant pas possible. En effet, la technologie est susceptible d'évoluer. De plus, notons que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ne se trouvent pas tous dans la même position. Certains d'entre eux sont des géants de l'internet alors que d'autres occupent une position bien plus modeste, ce qui implique une capacité financière différente. Aussi, certaines plateformes de taille équivalente peuvent se différencier par leur public cible ou par le type de contenus mis à disposition. Traiter tous ces opérateurs de façon identique serait dès lors contraire au principe de proportionnalité. C'est de manière à

¹⁹⁸ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant n°66. ; C. DE CALLATAÏ et S. DEPREUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », *op. cit.*, p. 171 ; A. HEIRWEGH, « De aansprakelijkheid van online tussenpersonen in de digitale eengemaakte markt: naar een algemene toezichtverplichting? », *op. cit.*, p. 773.

¹⁹⁹ A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap” », *op. cit.*, p. 131 ; D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 6 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 894 ; P. CAMPOLINI *et al.*, « Chronique de législation en droit privé – (1er janvier - 30 juin 2019) (Seconde partie) », *op. cit.*, p. 880 ; P. SAMUELSON, « The EU's Controversial Digital Single Market Directive: Should copyright enforcement have precedence over the interests of users in information privacy and fundamental freedoms? », *Communications of the A.C.M.*, novembre 2018, vol. 61, n° 11, pp. 20-21 ; Z. ROSIC, « La directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : les forces et les faiblesses des solutions adoptées », *op. cit.*, p. 314 ; P. SCHMITT, « Chroniques. Droits intellectuels », *J.D.E.*, 2020/2, février 2020, p. 69.

²⁰⁰ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 6.

prendre en compte ces diverses situations ainsi que le principe de proportionnalité que la directive prévoit à l'article 17(5) que pour déterminer si le fournisseur de services a respecté les conditions du mécanisme d'exemption, il faut entre autres, tenir compte du type, de l'audience et de la taille du service, ainsi que du type de contenus téléversés et de la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et de leur coût.

Lors des versions antérieures de l'article 17, plusieurs critiques ont été faites à l'encontre de l'exigence, qui était alors explicite, de mettre en place des mécanismes de filtrage. L'une d'entre elles était que la mise en place de tels mécanismes risquait de renforcer la position des plateformes qui dominent déjà le marché²⁰¹. Les mécanismes de filtrage, qu'ils soient développés par les plateformes ou pris en licence auprès de sociétés tierces, sont très onéreux et leur mise en place nécessite un certain temps. Les exigences imposées risquent donc de faire sombrer des plateformes n'ayant pas une puissance financière suffisante. Une autre conséquence serait le risque de décourager tout concurrent potentiel d'entrer sur le marché, ce qui est également de nature à favoriser les géants actuels²⁰².

Dans la version adoptée, l'article 17(6) vient tempérer quelque peu cette critique. Il prévoit que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne arrivés sur le marché endéans les trois ans et dont le chiffre d'affaires est inférieur à dix millions d'euros²⁰³ doivent uniquement se conformer à une obligation de « *notice-and-take-down* ». Ce régime particulier n'est cependant pas applicable aux plateformes dont le nombre moyen de visiteurs uniques par mois dépasse les cinq millions, nombre calculé sur la base de l'année civile précédente. Dans ce dernier cas, elles doivent également démontrer avoir fourni les meilleurs efforts pour éviter d'autres téléversements de contenus protégés ayant fait l'objet de la notification pour lesquels les titulaires de droits ont fourni les informations pertinentes et nécessaires. L'obligation de « *notice-and-stay-down* » leur est donc tout de même imposée dans cette hypothèse.

Cette disposition est, selon nous, la bienvenue. Cependant, nous doutons qu'elle suffise pour répondre à la critique évoquée ci-dessus. Les seuils, quelque peu arbitraires, de trois ans et de cinq millions de visiteurs semblent réduire trop fortement l'utilité de cette exception sachant que, par exemple, il a fallu à YouTube moins de deux ans pour dépasser les septante millions de visiteurs uniques par mois²⁰⁴.

La deuxième critique qui retient notre attention concerne les exceptions et limitations au droit d'auteur. Il ressort de l'article 17(7) que les utilisateurs, malgré les différentes conditions imposées aux plateformes, doivent pouvoir se prévaloir d'exceptions ou limitations dont la citation, la critique, la revue et l'utilisation à des fins de caricature, de parodie ou encore de

²⁰¹ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 895 ; P. SAMUELSON, « The EU's Controversial Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 22 ; V.-L. BENABOU, « Distorsion de valeur et distorsions des droits - Le « Value Gap »: pataquès, galimatias, et finalement, amphigouri », *op. cit.*, p. 272.

²⁰² Commission Staff Working Document, impact assessment on the modernisation of the EU copyright rules, SWD(2016) 301 final, 14 septembre 2016, p. 164, disponible sur <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules> (Consulté le 10 avril 2020) ; P. SAMUELSON, « The EU's Controversial Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 22.

²⁰³ Calculés conformément à la recommandation 2003/361/CE de la Commission.

²⁰⁴ A. BRIDY, « The Price of Closing the "Value Gap" », *op. cit.*, p. 134 ; « Google buys YouTube for \$1.65bn », 10 octobre 2006, disponible sur <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6034577.stm> (Consulté le 28 mars 2020).

pastiche. Cette liste n'étant pas exhaustive, les utilisateurs doivent pouvoir se prévaloir de toute exception prévue dans la loi nationale. Cependant, ces exceptions listées à l'article 17(7), optionnelles sous la directive 2001/29/CE²⁰⁵, sont ici jugées si importantes qu'elles doivent obligatoirement être insérées en droit national et être applicables au moins en ce qui concerne l'article 17 de la directive 2019/790²⁰⁶. Ces exceptions doivent, dès lors, être considérées comme des notions autonomes de droit européen et être interprétées selon les enseignements de la Cour de justice²⁰⁷.

Cela pose alors la question de l'identification de ces exceptions ou limitations. Or, dans l'état actuel de la technologie, les mécanismes de filtrage sont incapables d'identifier si un téléversement d'utilisateur rentre dans le cadre d'une exception ou limitation, et ils risquent donc d'entraver la liberté d'expression²⁰⁸. L'article 17 nous apparaît ici quelque peu schizophrène dans la mesure où il exige d'une part la mise en place de mécanismes de filtrage et d'autre part, il impose de ne pas censurer les utilisateurs pouvant se prémunir des exceptions et limitations précitées, alors que les mécanismes de filtrage ne peuvent pas les identifier. Une plateforme essayant de bonne foi de mettre tout en œuvre pour respecter du mieux possible l'une ou l'autre de ces exigences serait amenée à ne pas respecter la deuxième.

Une solution possible pour résoudre cette contradiction serait de donner priorité à la satisfaction des conditions de l'article 17(4) dans un premier temps et d'ensuite, après le blocage du contenu, de permettre aux utilisateurs, via le mécanisme de traitement des plaintes que l'on évoquera brièvement dans la suite de cet écrit, de se prévaloir des exceptions et limitations²⁰⁹.

Cependant cette solution paraît être écartée par l'article 17(9), alinéa 3, qui pose que « la présente directive n'affecte en aucune façon les utilisations légitimes, telles que les utilisations relevant des exceptions ou limitations ». Imposer l'utilisation de moyens de recours pour se

²⁰⁵ 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.*, L 167, 22 juillet 2001, article 5, § 3, (d) et (k).

²⁰⁶ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, considérant n°70. ; J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 3 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 898 ; M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 25 ; T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *op. cit.*, p. 413.

²⁰⁷ J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 3 ; C.J., arrêt *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et autres*, 01 décembre 2011, C-145/10, EU:C:2011:798. ; C.J., arrêt *Funke Medien NRW GmbH contre Bundesrepublik Deutschland*, 29 juillet 2019, C-469/17, EU:C:2019:623. ; C.J., arrêt *Pelham GmbH e.a. contre Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben*, 29 juillet 2019, C-476/17, EU:C:2019:624. ; C.J., arrêt *Spiegel Online GmbH contre Volker Beck*, 29 juillet 2019, C-516/17, EU:C:2019 :625.

²⁰⁸ A. KUCZERAWY, « EU Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Compatibility of Article 13 with the EU Intermediary Liability Regime », *The Future Regulation of Intermediaries, 2019, Forthcoming*, décembre 2018, p. 15, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=3309099> (Consulté le 10 avril 2020) ; F. BRISON *et al.*, « 1. - Actualités législatives en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 44 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 894 ; P. SAMUELSON, « The EU's Controversial Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁹ V. CASTRO ROSA *et al.*, *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*, Paris, Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), 30 mars 2020, p. 4.

prévaloir d'exceptions ou limitations affecterait, selon nous, les utilisations légitimes telles que visées dans cet extrait.

Une autre solution, proposée par un groupe d'académiques²¹⁰, serait de recourir aux mécanismes de filtrage de l'article 17(4) uniquement pour les téléversements de contenus protégés en tout point identiques ou équivalents aux informations fournies par les titulaires de droits²¹¹. Dans les autres cas, le contenu devrait rester accessible tant que sa nature n'a pas été déterminée. Si le contenu téléversé ne correspondait que partiellement aux informations fournies par les ayants droit, il serait alors proposé à l'utilisateur de déclarer que le contenu en question est couvert par une exception ou limitation, ce qui enclencherait le mécanisme de traitement des plaintes²¹². Si la déclaration a bien été faite mais que les ayants droit la désapprouvent, il leur appartiendrait d'expliquer pourquoi le contenu devrait être rendu inaccessible et pourquoi cela ne constituerait pas une exception ou limitation. Il résulterait également de cette solution que la plateforme ne pourrait pas être tenue responsable tant que ce processus n'aurait pas touché à sa fin²¹³. Si par contre l'utilisateur ne remplissait pas la déclaration après un certain temps, le contenu pourrait être rendu inaccessible.

Il est toutefois possible que si le contenu reste accessible au public pendant la durée de cette procédure, cela résulte en un préjudice irréparable dans le chef des ayants droit²¹⁴.

Ces deux solutions envisageables montrent les tensions qui existent entre le lobby des ayants droit et celui des utilisateurs en cette matière. Nous optons plutôt pour la deuxième de ces options à condition qu'elle puisse être mise en place par les États membres de manière telle que la procédure se déroule dans des délais très brefs.

²¹⁰ J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, pp. 4-5 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 898 ; T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *op. cit.*, p. 413.

²¹¹ J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 4.

²¹² *Ibid.*, p. 5 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 898.

²¹³ J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 5.

²¹⁴ V. CASTRO ROSA *et al.*, *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.*, p. 3.

3. Absence d'obligation générale de surveillance

Comme on l'a déjà exposé concernant la directive sur le commerce électronique et son article 15, l'article 17(8) de la directive 2019/790 précise qu'aucune obligation générale de surveillance ne peut être imposée.

Pour bénéficier du régime d'exonération, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne vont donc devoir mettre en place des mécanismes de filtrage qui vérifieront, à chaque fois qu'un utilisateur tente de téléverser du contenu sur la plateforme, si le contenu en question ou une partie de celui-ci est protégé par le droit d'auteur. S'il s'avère être le cas et qu'aucune autorisation n'a été donnée, le mécanisme de filtrage bloquera le téléversement. On voit ici apparaître une potentielle deuxième contradiction interne à l'article 17 de la directive 2019/790. Imposer un filtrage de tout ce que les utilisateurs tentent de mettre en ligne semble exactement être une obligation générale de surveillance²¹⁵.

La seule interprétation pour tenter d'éviter cette contradiction interne serait de considérer que l'obligation de filtrage constitue une obligation particulière de surveillance. Bien que le mécanisme de filtrage soit appliqué à chaque téléversement, ce mécanisme n'a pas pour but de bloquer la mise en ligne de tout contenu protégé n'ayant pas fait l'objet d'un contrat de licence, mais uniquement d'empêcher la mise en ligne des contenus protégés dont les ayants droit ont préalablement transmis les informations nécessaires et pertinentes au fournisseur de services de partage de contenus²¹⁶. Dans une telle interprétation, la plateforme ne doit pas empêcher la mise en ligne de tout contenu protégé sans accord mais uniquement des contenus spécifiques pour lesquels des informations ont été partagées. L'obligation de surveillance pourrait être alors considérée comme particulière²¹⁷. C'est d'ailleurs cette interprétation qui a été retenue par le projet de loi français²¹⁸.

²¹⁵ J. QUINTAIS, « The New Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 19.

²¹⁶ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 8 ; A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap” », *op. cit.*, p. 132.

²¹⁷ Cependant la Cour de justice ne semble pas de cet avis, voy. C.J., arrêt *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, 16 février 2012, C-360/10, EU:C:2012:85, points 37–38.

²¹⁸ Projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, (Procédure accélérée), n°2488, *op. cit.*, p. 8.

4. Les mécanismes de recours extrajudiciaires

Ces exigences parfois contradictoires imposées aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne risquent de multiplier les contentieux entre les différentes parties impliquées. Afin d'éviter de surcharger davantage les cours et tribunaux, il est indispensable de mettre en place un dispositif permettant de régler certains conflits sans devoir passer par l'intermédiaire des juges. C'est dans cet état d'esprit qu'a été rédigé l'article 17(9) de la directive 2019/790.

Premièrement, cette disposition prescrit 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 dont pourront se servir les utilisateurs en cas de litige portant sur le blocage de contenus qu'ils ont téléversés ou sur leur retrait. Les plaintes en question doivent être traitées sans retard indu et les décisions de blocage d'accès ou de retrait doivent faire l'objet d'un contrôle par une personne physique, vu l'incapacité des mécanismes de filtrage à identifier les exceptions et l'imitations au droit d'auteur. Il faut tout de même noter que cette exigence de contrôle exercé par un humain représente une charge de travail conséquente. Si l'on prend, par exemple, le cas de YouTube, en moyenne, ce sont plus ou moins 600 000 heures de vidéos qui sont téléversées sur la plateforme chaque jour²¹⁹. Si même une infime partie de celles-ci font l'objet de plaintes via le dispositif de traitement des plaintes et de recours, le nombre de cas à traiter resterait colossal²²⁰.

Cette même disposition impose également aux États membres de mettre en place des mécanismes de recours extrajudiciaires permettant un règlement impartial des litiges qui ne doivent pas priver l'utilisateur de la protection juridique accordée par le droit national ni de recourir à des voies de recours judiciaires efficaces, notamment pour faire valoir le bénéfice d'une exception ou limitation au droit d'auteur et particulièrement celles rendues obligatoires par la directive 2019/790²²¹. Cette obligation imposée aux États membres leur demande un investissement substantiel dans la mesure où, plus que probablement, une multitude de cas seront traités par ce biais.

Pour répondre à cette dernière exigence, le projet de loi français prévoit de donner la compétence de connaître des recours en question à une nouvelle autorité administrative indépendante²²². Cette nouvelle autorité, nommée ARCOM (Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique), devrait naître de la fusion du CSA et de la HADOPI²²³. Ce recours devant l'ARCOM serait ouvert tant aux utilisateurs qu'aux titulaires de droits²²⁴.

²¹⁹ O. DUFFEZ, « YouTube : plein de chiffres et de stats incroyables », *WebRankInfo*, 8 juillet 2019, disponible sur <https://www.webrankinfo.com/dossiers/youtube/chiffres-statistiques> (Consulté le 24 mars 2020).

²²⁰ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 9.

²²¹ J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 5.

²²² Projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, (Procédure accélérée), n°2488, *op. cit.*, p. 42.

²²³ *Ibid.*, p. 4.

²²⁴ *Ibid.*, p. 42.

Contrairement au projet français, l'exposé des motifs du projet de loi hollandais laisse entendre qu'il n'y aurait pas de nouvelle institution ou de nouvelle procédure mise en place mais uniquement la possibilité de recourir aux mécanismes de médiation et d'arbitrage déjà présents dans la loi²²⁵.

²²⁵ Wetsvoorstel houdende wijziging van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet in verband met de implementatie van de richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende auteursrecht in de digitale eengemaakte markt (Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt): Memorie van toelichting, Ministerie van Justitie en Veiligheid, 2 juillet 2019, p. 35, disponible sur <https://www.internetconsultatie.nl/auteursrecht>.

Partie III – Le cœur du « *value-gap* » : répartition de valeur et nouveaux contrats de licence

Dans cette dernière partie, nous allons, tout d’abord, nous intéresser aux pratiques mises en place par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne concernant leurs relations avec les ayants droit antérieurement à l’adoption de la directive 2019/790. Pour illustrer ce cas de figure, nous nous focaliserons sur le fournisseur de services de partage de contenus le plus célèbre, à savoir, YouTube (section 1).

Ensuite, à titre de comparaison, nous observerons les accords de licence mis en place par une autre catégorie de plateforme. Pour ce faire, nous nous pencherons sur le cas de Spotify (section 2).

En troisième lieu, nous tenterons de déterminer quels mécanismes de licence sont susceptibles d’être mis en œuvre suite à l’adoption de la directive 2019/790 (section 3).

Pour conclure, nous proposerons des pistes de solutions en lien avec l’article 17 pour la mise en place du régime de licence (section 4).

Section 1 – Les pratiques des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne avant la réforme : le cas YouTube

Sous-section 1 – Content ID

Bien avant l’entrée en vigueur de la directive 2019/790, plusieurs plateformes donnant accès à du contenu téléversé par leurs utilisateurs avaient déjà mis en place des mécanismes pour tenir compte des ayants droit. Or, à cette époque, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne bénéficiaient d’un régime leur permettant de ne faire que peu attention aux ayants droit. Ces plateformes pouvaient alors se limiter au régime de « *notice-and-take-down* ». Les systèmes mis en place par ces plateformes ont donc été proposés de manière volontaire, et par conséquent, toutes les conditions d’utilisation ont été fixées par les plateformes elles-mêmes²²⁶. Le plus connu de ces mécanismes est celui développé et utilisé par YouTube, à savoir, Content ID.

C’est en 2007 que Content ID est dévoilé par YouTube et est, de suite, présenté comme un outil mis à la disposition des titulaires de droits pour gérer le contenu qui a été téléversé sur la

²²⁶ A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap” », *op. cit.*, p. 108.

plateforme par des utilisateurs – communément appelé UGC²²⁷ – sans autorisation²²⁸. Cela suppose des ayants droit qu'ils adoptent un rôle actif dans le fonctionnement de cet outil. En effet, les titulaires de droits doivent fournir eux-mêmes le contenu, sous forme de fichiers audio ou vidéo, dont ils ont les droits²²⁹. Une fois ce contenu déposé par les ayants droit, il est stocké dans la base de données de Content ID qui va alors créer une empreinte numérique de ces fichiers. Toutes les vidéos déjà en ligne ainsi que celles téléversées dans le futur seront passées en revue à la recherche d'une correspondance, en tout ou partie, avec les empreintes numériques relatives aux contenus fournis par les ayants droit²³⁰.

Après avoir fournis à Content ID les informations nécessaires à l'identification de leurs contenus, les ayants droit sont amenés à déterminer ce qu'ils souhaitent faire en cas de correspondance entre leur contenu et une vidéo téléversée par un des utilisateurs de la plateforme. Il y a alors une triple alternative²³¹. Soit le titulaire de droits demande à ce que la vidéo en question soit bloquée, soit il demande à recevoir des informations sous forme de statistiques – par exemple le nombre de vues – à propos de cette vidéo ou encore, il peut demander la monétisation de la vidéo, ce qui implique alors la diffusion de publicités lors de l'accès à la vidéo par les utilisateurs. Ces trois options ne sont pas exclusives, il est tout à fait concevable que pour un même contenu, le titulaire de droits monétise certaines vidéos alors qu'il en bloque ou en surveille d'autres.

Si les titulaires de droits optent pour la monétisation – qui est l'option la plus souvent adoptée – une partie des revenus publicitaires leur reviennent²³².

Par exemple, pour un clip musical protégé par le droit d'auteur téléversé par un utilisateur sans autorisation, la répartition est approximativement de²³³ :

- 40 % en faveur du propriétaire de l'enregistrement sonore
- 15 % en faveur de propriétaire de l'œuvre musicale
- 5 à 10 % en faveur du créateur de la vidéo
- 35 à 40 % au bénéfice de YouTube

Dans certains cas, une partie du revenu peut être alloué à l'utilisateur qui a téléversé le contenu sur sa chaîne YouTube s'il satisfait à différentes conditions, qui ne sont en général rencontrées que par des chaînes d'une certaine importance²³⁴.

²²⁷ Pour « *user-generated content* ».

²²⁸ V.D. DE LAS HERAS, « Content ID as a Solution to Address the Value Gap », *op. cit.*, p. 127.

²²⁹ Pour les conditions et détails, voy. « Fonctionnement de Content ID - Aide YouTube », s.d., disponible sur <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=fr> (Consulté le 29 mars 2020).

²³⁰ A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap” », *op. cit.*, p. 108.

²³¹ « Fonctionnement de Content ID - Aide YouTube », *op. cit.*

²³² A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap” », *op. cit.*, p. 108.

²³³ V.D. DE LAS HERAS, « Content ID as a Solution to Address the Value Gap », *op. cit.*, p. 127.

²³⁴ « Présentation du Programme Partenaire YouTube et éligibilité - Aide YouTube », s.d., disponible sur <https://support.google.com/youtube/answer/72851?hl=fr> (Consulté le 11 avril 2020).

On peut donc dire qu'avec Content ID, YouTube a créé un nouveau type de licence, à savoir, l'octroi automatique, en temps réel, de licences pour des utilisations amateurs, initialement non autorisées, de contenus protégés par le droit d'auteur²³⁵.

Si l'ayant droit estime que la rémunération qu'il perçoit suite à l'utilisation de Content ID n'est pas appropriée, il lui est loisible de bloquer les vidéos utilisant son contenu. Il faut toutefois noter que la prise d'une telle décision n'est pas si simple car, en plus de générer de la valeur au sein même de la plateforme, YouTube constitue un intermédiaire qui permet, dans de nombreux cas, d'accroître les revenus. En effet, YouTube et d'autres plateformes, se substituent de plus en plus aux canaux de distribution traditionnels. Nombreux sont les utilisateurs qui découvrent pour la première fois les chansons récentes ou les bandes annonces des films à venir sur ces supports²³⁶. Bloquer le contenu protégé est donc également synonyme pour l'ayant droit d'une perte de visibilité immense qui risque de le désavantager par rapport à ses concurrents.

Content ID n'est cependant pas mis à la disposition de tous. Pour pouvoir utiliser cet outil, les ayants droit doivent « détenir les droits exclusifs sur une partie significative d'un contenu original régulièrement mis en ligne par la communauté des créateurs de YouTube »²³⁷. Cette condition de régularité de la mise en ligne des contenus paraît de nature à écarter les « petits » ayants droit individuels et semble, donc, ne bénéficier qu'aux organisations de gestion collective de droits d'auteurs²³⁸.

Cet outil est très efficace quand il s'agit de reconnaître des contenus identiques à ceux fournis par les ayants droit. Cependant, lorsque le contenu protégé est, par exemple, de la musique diffusée en arrière-plan d'une vidéo ou lorsque la vidéo consiste en un enregistrement d'une performance live comme un concert filmé avec un smartphone, alors le contenu n'est pas parfaitement similaire à l'emprunte numérique et risque donc d'échapper à Content ID²³⁹. Ce sont environ 2% des plaintes relatives aux contenus protégés qui échappent à Content ID et qui sont donc notifiées à YouTube. Elles doivent alors être traitées par des personnes physiques²⁴⁰. Ces 2% représentent en réalité des dizaines de milliers de demandes, et leur traitement exige que les titulaires de droits et YouTube disposent d'une main-d'œuvre conséquente et spécialisée.

Quoi qu'il en soit, Content ID est un outil performant et représente une grande avancée concernant la protection des droits d'auteur. Content ID a d'ailleurs permis, selon YouTube, de reverser 1,8 milliards d'euros de revenus aux ayants droit de 2007 à 2016²⁴¹.

²³⁵ A. BRIDY, « The Price of Closing the “Value Gap” », *op. cit.*, p. 108.

²³⁶ S.J. LIEBOWITZ, « Economic Analysis of Safe Harbor Provisions », *C.I.S.A.C.*, mars 2018, p. 34, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=3143811> (Consulté le 29 mars 2020).

²³⁷ « Fonctionnement de Content ID - Aide YouTube », *op. cit.*

²³⁸ V.D. DE LAS HERAS, « Content ID as a Solution to Address the Value Gap », *op. cit.*, p. 128.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 129 ; « Google Transparence des informations », s.d., disponible sur <https://transparencyreport.google.com/> (Consulté le 30 mars 2020).

²⁴¹ J. FARCHY et F. MOREAU, *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, Paris, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, septembre 2016, p. 41, disponible sur <https://la-rem.com/wp-content/uploads/2017/03/Economie-nume%CC%81rique-financement-de-la-cre%CC%81ation.pdf> (Consulté le 5 avril 2019).

Cependant, son défaut majeur reste que c'est YouTube qui en fixe les règles. Or, les titulaires de droits ne sont pas sa seule préoccupation. En effet, YouTube s'intéresse à bien d'autres acteurs qui sont tout aussi, voire, plus importants pour lui. YouTube essaye donc de satisfaire en priorité les acteurs qu'il valorise le plus, à savoir, les propriétaires de chaînes à fortes audiences et les annonceurs publicitaires. Cependant, on constate aujourd'hui une certaine évolution. A une époque, les chaînes à grandes audiences étaient pratiquement immunisées face à Content ID alors qu'actuellement, cela ne semble plus être le cas²⁴².

Sous-section 2 – Accords et licences

A côté de la problématique des UCG, YouTube, à partir des années 2010, a commencé à contractualiser ses relations avec certains ayants droit. On peut notamment citer un contrat de licence avec la SACEM en 2010 et 2013 ainsi qu'avec la SABAM en 2013²⁴³. Nous regrettons de n'avoir pas eu accès à de tels contrats qui restent strictement confidentiels. De ce fait, les informations dont nous disposons ne sont donc pas exhaustives et concernent majoritairement l'industrie musicale en France et aux États-Unis. Quoi qu'il en soit, nous développerons un aperçu général des mécanismes mis en place.

Lorsque l'on s'intéresse aux licences négociées par YouTube, on peut en distinguer deux types majeurs.

D'un côté, nous trouvons les contrats de licences conclus avec les sociétés de gestion de droits d'auteurs. Ces contrats prévoient le versement d'un pourcentage du chiffre d'affaires publicitaire global de YouTube, qui est approximativement de 5,5%, à partager entre l'ensemble des sociétés de gestion collective²⁴⁴.

L'autre type de contrat de licence concerne les accords individuels entre la plateforme et les titulaires de droits. Dans un tel cas, le montant reversé aux ayants droit ne dépend plus du chiffre d'affaires publicitaire global de la plateforme mais d'un pourcentage des revenus publicitaires dégagés grâce aux vidéos concernées mises à disposition avec l'autorisation des titulaires de

²⁴² V.D. DE LAS HERAS, « Content ID as a Solution to Address the Value Gap », *op. cit.*, p. 129.

²⁴³ « L'accord entre YouTube et la Sacem, une révolution ? », *LExpansion.com*, 1 octobre 2010, disponible sur https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/l-accord-entre-youtube-et-la-sacem-une-revolution_1345816.html (Consulté le 30 mars 2020) ; « Le nouvel accord YouTube-Sacem inclut des futurs services de streaming payant », *LExpansion.com*, 3 avril 2013, disponible sur https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/le-nouvel-accord-youtube-sacem-inclut-des-futurs-services-de-streaming-payant_1346876.html (Consulté le 30 mars 2020) ; « La Sabam et YouTube signent un nouvel accord de licence numérique », *RTBF Culture*, 27 février 2014, disponible sur https://www.rtbf.be/culture/musique/detail_la-sabam-et-youtube-signent-un-nouvel-accord-de-licence-numerique?id=8211586 (Consulté le 30 mars 2020).

²⁴⁴ J. FARCHY et F. MOREAU, *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, *op. cit.*, p. 45.

droits²⁴⁵. La répartition est estimée, en tout cas en France, à 55% en faveur des ayants droit et à 45% pour la plateforme²⁴⁶.

En se basant sur ces données françaises, on peut tenter de calculer ce qui revient aux ayants droit par rapport au chiffre d'affaires publicitaire total de YouTube en France. Cela nous permettra d'avoir un certain ordre d'idées, bien que de grandes disparités puissent exister selon les pays.

Lors d'une étude à la demande du Groupement Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs, le revenu publicitaire de YouTube en France a été estimé à 100 millions d'euros pour l'année 2014²⁴⁷. Si on y applique les répartitions exposées ci-dessus, on obtient un montant de 5,5 millions qui résulte des contrats de licence conclus avec les sociétés de gestion de droits d'auteurs. Concernant les contrats individuels, les revenus distribués aux ayants droit sont estimés par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique français à 15,2 millions d'euros²⁴⁸.

Ces données permettent d'approximer le pourcentage des revenus publicitaires globaux de YouTube en France qui sont reversés aux titulaires de droits suite aux contrats de licence. Ce taux s'élèverait alors à 20,7% en 2014.

Il semble cependant, comme nous l'avons souligné précédemment, qu'il y ait de sensibles différences selon les pays. Pour la même année, le pourcentage des revenus publicitaires globaux de YouTube aux États-Unis reversé aux ayants droit de l'industrie musicale est estimé à 13%²⁴⁹.

Section 2 – Les accords de licence mis en place par d'autres catégories de plateformes : le cas Spotify

A titre de comparaison, nous allons, dans cette section, nous intéresser aux relations entre Spotify et les titulaires de droits impliqués dans l'exploitation de sa plateforme. A la différence de YouTube, Spotify n'a pas vocation à servir d'intermédiaire entre différents utilisateurs. Il propose à ses utilisateurs du contenu de tiers, et pour lequel des accords de licence – généralement non exclusifs – sont nécessaires.

²⁴⁵ Avant 2013, les rémunérations des ayants droit étaient calculées sur base forfaitaire.

²⁴⁶ J. FARCHY et F. MOREAU, *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, *op. cit.*, p. 45.

²⁴⁷ ROLAND BERGER, *Contenus culturels dans un environnement en ligne : analyse du transfert de valeur*, Paris, Roland Berger, 2016, p. 10, disponible sur https://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/rapport_intermediaires_ligne_synthese_france-2.pdf.

²⁴⁸ J. FARCHY et F. MOREAU, *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, *op. cit.*, p. 45.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 46.

Pour avoir une idée globale de la répartition de la valeur entre la plateforme et les titulaires de droits, nous nous baserons sur un contrat de licence conclu en 2011 entre SONY MUSIC et SPOTIFY USA INC²⁵⁰. Bien que ce contrat ne soit pas récent, il semble que les clauses concernant le partage de valeur soient restées sensiblement les mêmes. Ce contrat représente donc une base relativement solide pour étudier les différences de pratiques poursuivies par Spotify et par YouTube.

Une première observation intéressante relève la présence d'avances non-récupérables²⁵¹. Le présent contrat entre Sony et Spotify, applicable au Canada et aux États-Unis, a une durée initiale de deux ans avec la possibilité pour Sony de le prolonger d'une année supplémentaire. Durant cette période, Spotify est dans l'obligation de payer à Sony un certain montant fixe par année. Dans ce contrat, les avances versées par Spotify s'élèvent à 9 millions pour la première année, 16 millions pour la deuxième et 17,5 millions pour la troisième. Chaque année, ces avances sont acquittées en quatre versements d'égal montant.

Ces avances ne sont pas remboursables. Cela signifie que si les revenus que la plateforme doit reverser aux titulaires de droits en question dépassent l'avance, la plateforme devra seulement s'acquitter du montant supplémentaire à cette avance. Par contre, si les montants à reverser sont inférieurs à l'avance payée, les titulaires de droits conservent la différence.

Dans le contrat que nous analysons, il est toutefois précisé qu'en principe, les montants à reverser à Sony, par exemple, durant la première année sont uniquement imputables sur les avances de cette première période. Cependant, si lors de cette période, le montant à reverser à Sony est inférieur à l'avance prévue pour cette dite période, le montant le plus faible entre trois millions de dollars et la différence entre l'avance et le revenu à verser pourra être recouvrable également lors de la deuxième période²⁵². Dans ce cas, les redevances dues au titre de la deuxième année contractuelle permettent en premier lieu de recouvrer l'avance transférée, puis seulement l'avance de la deuxième période.

A côté de ces avances, les redevances à payer aux titulaires de droits doivent être versées chaque mois et sont calculées territoire par territoire²⁵³.

Concernant les services supportés par la publicité, les redevances versées à Sony seront tributaires de deux types de calculs. On appliquera la méthode qui génère le montant le plus élevé.

La première méthode est appelée « calcul de la part de revenus ». La part de Sony correspond alors au pourcentage d'utilisation du label – qui est ici Sony – multiplié par 60% des revenus bruts générés par les annonces publicitaires au cours du mois. Ce pourcentage d'utilisation du label est une fraction dont le numérateur est composé du nombre total de lectures d'une durée minimale de 30 secondes se rapportant aux contenus appartenant à Sony et le dénominateur se

²⁵⁰ SONY MUSIC et SPOTIFY USA INC., « Digital audio/video distribution agreement », 10 janvier 2011, disponible sur https://fr.scribd.com/document/266262470/Sony-Spotify-2011-Contract#from_embed (Consulté le 30 mars 2020).

²⁵¹ *Ibid.*, p. 17.

²⁵² *Ibid.*, p. 18.

²⁵³ *Ibid.*, pp. 29-30.

compose, quant à lui, du nombre total de lectures d'au moins 30 secondes de contenus distribués par Spotify.

La deuxième méthode, le « minimum basé sur l'utilisation », se divise encore en deux possibilités.

Dans le cas où Spotify a rempli tant l'objectif de conversion que l'objectif d'abonnés prévus dans le contrat²⁵⁴, la somme versée est de 0,02250 \$ pour chaque lecture via le service soutenu par la publicité dans la partie du territoire concernée au cours du mois. Uniquement à titre de rabais d'introduction, le taux susmentionné sera réduit pendant la période à 0,00225 \$.

Par contre, si Spotify n'atteint pas ces deux objectifs, la somme de 0,025\$ sera à payer pour toute lecture supérieure à 30 secondes via le service supporté par la publicité d'un contenu appartenant à Sony durant la période concernée. Il existe tout de même une réduction en cas de nouvelle introduction similaire à celle citée ci-dessus qui réduit le montant à 0,0025\$.

A côté du service supporté par la publicité, il existe dans ce contrat trois possibilités d'abonnement pour les consommateurs. L'abonnement en ligne, l'abonnement en ligne d'une journée et l'abonnement premium.

L'abonnement en ligne et l'abonnement en ligne d'une journée permettent aux utilisateurs d'utiliser le service contre un paiement (périodique dans le cas de l'abonnement en ligne et unique en cas d'abonnement en ligne pour une journée)²⁵⁵. Pour ces deux types d'abonnement, il y a également deux méthodes de calcul et il convient de retenir aussi celle qui donne le montant le plus élevé.

Il s'agira soit du pourcentage d'utilisation du label multiplié par 60% des revenus bruts générés au cours du mois. Soit du pourcentage d'utilisation du label durant le mois multiplié par le nombre d'abonnements en ligne lors de ce mois multiplié par 3\$. A cela, il faut encore ajouter le pourcentage d'utilisation du label multiplié par le nombre d'abonnements d'une seule journée vendus durant ce mois multiplié par 0,6\$²⁵⁶.

Il nous reste enfin à analyser comment se calculent les redevances concernant les abonnements premiums. Ce type d'abonnement, à la différence des autres, permet l'accès à des téléchargements en cache, ce qui rend le service accessible même hors connexion²⁵⁷. De nouveau, il faudra retenir le montant le plus élevé entre celui fourni par le pourcentage d'utilisation du label multiplié par 60% des revenus bruts générés au cours du mois et celui fourni par le pourcentage d'utilisation du label multiplié par le nombre d'abonnements premiums au cours du mois (sans compter les essais gratuits inférieurs ou égaux à sept jours) multiplié par 6\$²⁵⁸.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 11 et 14.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 15.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 30.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 30.

On peut déduire de ces différentes méthodes de calcul qui s'appliquent à Spotify – mais également à la plupart des autres plateformes de streaming éditrices de contenus – que les ayants droit retirent au minimum 60% des revenus générés.

Si l'on se détache de ce contrat spécifique et que l'on se base sur les comptes annuels de 2019 fournis par Spotify sur sa plateforme destinée aux investisseurs, on relève un chiffre d'affaires de 6 764 millions d'euros. On y lit également que la part attribuée presque exclusivement aux titulaires de droits – appelée dans les comptes « *cost of revenue* » – représente 5 042 millions d'euros, soit 74, 54% du chiffre d'affaires²⁵⁹.

Ce chiffre est donc bien supérieur au taux minimum mis en lumière dans l'analyse du contrat faite ci-dessus.

Cette distorsion peut résulter du fait que d'une part, le pourcentage des revenus à reverser fixé dans les contrats frôle, généralement, aujourd'hui les 70 %²⁶⁰. D'autre part, notons aussi que les produits de Spotify ont évolué. Aujourd'hui, deux types de services se distinguent ; le service supporté par la publicité et le service premium. Ce service premium est lui-même divisé en plusieurs types d'abonnements fournissant le même service mais proposant des tarifs différents selon les catégories de consommateurs (abonnement familial, abonnement étudiant,...). Ce changement au niveau des services a donc pu modifier quelque peu les formules de répartition de valeur. Cependant, il semble que Spotify ait été en mesure de négocier des redevances réduites lorsque celles-ci sont liées aux abonnements à prix préférentiels²⁶¹.

Même si l'on se base sur une répartition annoncée aujourd'hui dans les contrats de 30% / 70%, il reste tout de même plus de 5% – ce qui n'est pas négligeable – qui excèdent cette répartition. L'explication vient en réalité majoritairement du régime des avances non remboursables, indépendant du nombre de lectures. De plus, joue aussi la clause dite de « la nation la plus favorisée » qui oblige Spotify à payer un surplus aux titulaires de droits qui perçoivent un montant moindre que d'autres titulaires de droits similaires²⁶².

Pour conclure la présente section, notons également qu'en plus des accords de licence, certains ayants droit importants tels que Sony, Universal ou Warner ont obtenu un nombre relativement

²⁵⁹ SPOTIFY, 2020 A.G.M. *Annual Report on Form 20F.*, 2020, pp. 5 et 41, disponible sur <https://investors.spotify.com/financials/default.aspx> (Consulté le 4 avril 2020).

²⁶⁰ A. NUSCA *et al.*, « SPOTIFY SAVED THE MUSIC INDUSTRY. NOW WHAT? (cover story) », *Fortune*, novembre 2019, vol. 180, n° 5, p. 92 ; J. FARCHY et F. MOREAU, *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, *op. cit.*, p. 38 ; J. ZHANG, « Apple, Spotify, and the Battle over Freemium », *Harvard Business Review Digital Articles*, mai 2015, p. 3.

²⁶¹ SPOTIFY, 2020 A.G.M. *Annual Report on Form 20F.*, *op. cit.*, p. 47.

²⁶² *Ibid.*

important d'actions de Spotify en contrepartie de l'accès à leur catalogue²⁶³. On remarquera qu'à ses débuts, YouTube s'était également livré à ce genre de pratiques²⁶⁴.

Section 3 – Les mécanismes de licence envisageables suite à l'adoption de l'article 17 de la directive 2019/790

Selon l'article 17 de la directive 2019/790, « un fournisseur de services de partage de contenus en ligne doit dès lors obtenir une autorisation des titulaires de droits visés à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE, par exemple en concluant un accord de licence (...) ». Une autorisation est donc requise. Celle-ci peut prendre différentes formes même si la majorité d'entre elles sont des contrats de licence. Dans ce contexte, six mécanismes semblent pouvoir s'appliquer : les licences directes, les licences collectives volontaires, les licences collectives obligatoires, les licences légales et les licences hybrides²⁶⁵.

Soulignons toutefois que, comme nous l'avons relevé précédemment, lorsqu'un utilisateur obtient une autorisation directement de la part de l'ayant droit, l'acte de communication au public posé par la plateforme est couvert par cette même autorisation selon le considérant n°69 de la directive. Dans un tel cas, la licence a été accordée à l'utilisateur, sans que la plateforme n'intervienne. Il nous semble donc logique que pour ce type d'exploitation aucune redevance ne devrait pouvoir être réclamée par les titulaires de droits vis-à-vis de la plateforme²⁶⁶. Un raisonnement similaire pourrait également être pertinent concernant les exceptions et limitations dont peuvent se prévaloir les utilisateurs. Nous concédons cependant que la distinction entre les revenus dégagés de telles exploitations et les autres revenus est, dans la pratique, peu évidente à faire.

²⁶³ J. FARCHY et F. MOREAU, *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, *op. cit.*, p. 40 ; M. CASTILLO, « Spotify IPO filing reveals how insanely complicated it is to license music rights », *CNBC*, 28 février 2018, disponible sur <https://www.cnbc.com/2018/02/28/how-spotify-licenses-and-pays-for-music-rights.html> (Consulté le 29 mars 2020) ; W.B. COLITRE, « Streaming Revenue Update », *Computer & Internet Lawyer*, septembre 2019, vol. 36, n° 9, p. 2.

²⁶⁴ A.R. SORKIN et J. LEEDS, « Music Companies Grab a Share of the YouTube Sale », *The New York Times*, 19 octobre 2006, disponible sur <https://www.nytimes.com/2006/10/19/technology/19net.html> (Consulté le 15 mars 2020).

²⁶⁵ J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 1 ; M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 17.

²⁶⁶ M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 18.

Sous-section 1 – Les licences directes

Cette première option se base sur un contrat de licence classique où le titulaire de droits autorise le fournisseur de services de partage de contenus en ligne à donner accès à un certain contenu spécifié dans le contrat de licence en échange d'une rémunération.

C'est ce type de licence qui semble être régulièrement pris en exemple dans le texte de la directive, notamment aux paragraphes 1, 2 et 8 de l'article 17 de la directive 2019/790.

Sous-section 2 – Les licences collectives volontaires

Des licences collectives volontaires sont également envisageables. Dans ce cas, il faut alors se référer à la directive 2014/26/UE²⁶⁷.

Dans un tel système, les fournisseurs de services de partage de contenus devront conclure des contrats de licence avec les organisations de gestion collective pour l'entièreté du répertoire des ayants droit qu'elles représentent. Évidemment, il y aura toujours du contenu non couvert par ces contrats et auquel les plateformes ne seront pas autorisées à donner accès. Si l'accès à ce contenu non autorisé est tout de même donné par la plateforme, celle-ci risque d'engager sa responsabilité à moins que l'on ne considère que les contrats conclus avec les organisations de gestion collective ne remplissent le critère des meilleurs efforts²⁶⁸.

Il faut cependant émettre la réserve qu'en dehors de l'industrie musicale, la majorité des autres secteurs n'ont pas mis en place une gestion collective très développée. De plus, les titulaires de droits de certains contenus, principalement de contenus cinématographiques, ne voudront probablement pas conclure d'accords, vu que leur modèle d'affaires est basé sur l'exclusivité et l'utilisation contre paiement²⁶⁹.

Relevons aussi que le titre III de la directive 2014/26 ne concerne que les licences multiterritoriales de droit en ligne sur des œuvres musicales. Selon l'article 3, n) de la directive 2014/26, est visé uniquement « tout droit qui, parmi les droits d'un auteur sur une œuvre musicale prévus aux articles 2 et 3 de la directive 2001/29/CE, est nécessaire à la fourniture d'un service en ligne ». On pourrait donc même estimer que cette directive est inapplicable lorsque l'on est dans le champ d'application de l'article 17 de la directive 2019/790 si on

²⁶⁷ Directive (UE) 2014/26 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L84, 20 mars 2014.

²⁶⁸ M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 19.

²⁶⁹ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 5.

interprète cet article comme constituant une dérogation aux articles 2 et 3 de la directive 2001/29²⁷⁰.

Vu ces dernières considérations, le choix d'un tel mécanisme semble compliqué. Pourrait alors également être envisagé le mécanisme d'octroi de licences collectives ayant un effet étendu de l'article 12 de la directive 2019/790.

Cet article permet, sur le territoire d'un État membre, d'étendre les effets des contrats de licences collectives conclus avec les organisations de gestion collective aux ayants droit non représentés par ces organisations. Dans un tel cas, l'organisme de gestion collective dispose alors d'un mandat légal ou d'une présomption de représentation des titulaires de droits qui ne l'ont pas autorisé à agir de la sorte²⁷¹. Ce mécanisme ne peut s'appliquer que lorsque l'obtention de licences individuelles est trop onéreuse ou difficile à mettre en œuvre, ce qui rendrait la conclusion de ces contrats de licence improbable²⁷². Vu que les fournisseurs de services de partage de contenus ne peuvent prédire à l'avance le contenu téléversé par leurs utilisateurs, ni négocier avec l'ensemble des ayants droit, il nous semble que les conditions énoncées ci-dessus sont remplies.

Pour qu'un tel système soit envisageable, il faut tout de même que les organisations de gestion collective en question soient suffisamment représentatives des titulaires de droits dans l'État membre et que le traitement qui leur est réservé soit le même, qu'ils soient explicitement représentés par les organisations ou non²⁷³. Pour ce faire, ces organisations doivent rechercher tous les ayants droit non identifiés au moment où l'autorisation d'utilisation est donnée²⁷⁴. Afin de maximiser les chances d'informer et de rémunérer ces titulaires de droits, les montants qui leur reviennent sont conservés pendant un nombre minimum d'années²⁷⁵.

Évidemment, comme il s'agit de licences collectives volontaires, il est loisible aux ayants droit qui n'ont pas autorisé l'organisme à octroyer des licences, d'exclure leurs œuvres et objets protégés, à tout moment, de ce mécanisme²⁷⁶.

Certaines critiques déjà exposées restent cependant toujours d'actualité. Excepté peut être le secteur musical, il semble actuellement compliqué pour les organisations de gestion collective

²⁷⁰ M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 20.

²⁷¹ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 12(1).

²⁷² Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 12(2).

²⁷³ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 12(3), a) et b).

²⁷⁴ EUROPEAN BROADCASTING UNION, *Extended Collective Licensing*, 26 février 2013, p. 8, disponible sur <https://www.ebu.ch/publications/position-paper/open/guide/extended-collective-licensing> (Consulté le 27 avril 2020).

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, article 12(3), c).

d'être considérées comme suffisamment représentatives²⁷⁷. De plus, ce mécanisme prend place au sein de chaque État membre, il n'a donc pas vocation à permettre un mécanisme de licence à l'échelle européenne²⁷⁸.

Sous-section 3 – Les licences collectives obligatoires

Contrairement à l'article 12 de la directive 2019/790, la mise en place d'un mécanisme de licences collectives obligatoires n'impose aucune condition de représentation ni de possibilité pour les ayants droit de s'extraire du mécanisme. Ce système aurait pour conséquence d'empêcher les titulaires de droits d'exploiter eux-mêmes leur travail en leur imposant une obligation légale de laisser l'exercice de leurs droits à des organisations de gestion collective²⁷⁹.

Sous-section 4 – Les licences légales

Il est question ici d'un mécanisme légal qui remplace la nature d'un droit exclusif, et non uniquement l'exercice de ce droit, par une exception ou limitation rémunérée²⁸⁰.

Nous émettons cependant une réserve, qui est également pertinente à propos des licences collectives obligatoires. De tels mécanismes nous semblent, en effet, contraires à l'esprit de la directive qui, notamment à travers les articles 17, 18 et via certains considérants, exprime la nécessité de ne pas empiéter sur la liberté contractuelle et précise par-là que les titulaires de droits ne devraient pas être tenus de donner leur autorisation²⁸¹.

²⁷⁷ K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 893 ; M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 20.

²⁷⁸ J. QUINTAIS, « The New Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 14.

²⁷⁹ M. HUSOVEC et J. QUINTAIS, « How to License Article 17? », *op. cit.*, p. 21.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 22 ; J. QUINTAIS, *Copyright in the age of online access: Alternative compensation systems in EU copyright law*, PhD thesis, University of Amsterdam, 12 janvier 2017, p. 113, disponible sur <https://dare.uva.nl/search?identificer=393eff6c-a580-46ce-88dd-cba21e6972f5> (Consulté le 5 avril 2020) ; J. QUINTAIS *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive », *op. cit.*, p. 1.

²⁸¹ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019, articles 17, 18 et considérant n°61. ; V. CASTRO ROSA *et al.*, *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.*, p. 2.

Sous-section 5 – Les licences hybrides

Ce que l'on désigne ici par licence hybride est en réalité la possibilité de combiner différents éléments des mécanismes exposés ci-dessus.

Section 4 – Pistes de solution

Sous-section 1 – La forme du contrat de licence

Selon nous, un des mécanismes les plus intéressants à mettre en place est le mécanisme de licences collectives étendues de l'article 12 de la directive 2019/790, couvrant l'ensemble du répertoire présent et futur des titulaires de droits²⁸². Tout d'abord, il est clair que les organismes de gestion collective ont un poids bien plus conséquent dans le cadre des négociations qu'un ayant droit isolé. De plus, un tel choix permettrait d'englober le plus d'ayants droit possible, ce qui limiterait le devoir de recherche des plateformes. Cela sans pour autant nuire à la liberté contractuelle des ayants droit vu que ceux-ci sont libres de sortir d'un tel système à tout moment. Il conviendrait donc d'encourager la mise en place d'organisations de gestion collective dans les différents secteurs concernés. Pour rendre cette option réellement performante, il faudrait néanmoins la développer davantage.

Une solution idéale serait avant tout d'établir un accord permettant de rendre ce mécanisme applicable au niveau européen et non plus limité aux États membres. Cet accord devrait permettre d'éviter les multiples représentations dans les faits des ayants droit non expressément représentés par une organisation de gestion collective.

Ensuite, il serait également intéressant de rassembler les divers fournisseurs de services de partage de contenus en ligne au sein d'une même institution. Cette institution pourrait alors devenir le point de contact entre les titulaires de droits et toutes les plateformes concernées au niveau européen. Le fait de les rassembler permettrait une mise en commun des répertoires d'ayants droit, ce qui faciliterait l'engagement de négociations entre plateformes et ayants droit n'ayant encore aucun accord. En outre, la mise en place d'une telle organisation permettrait la négociation des licences uniquement entre les représentants de cette institution et les organisations de gestion collective des droits d'auteur, de manière à fixer des conditions uniformes et standardisées qui s'appliqueraient à toutes les plateformes. Cette institution permettrait également une consolidation des redevances à payer aux différents ayants droit. Dans un tel cas, les rémunérations à reverser seraient concentrées au sein de l'organisme collectif des plateformes. Ces revenus seraient fonction du montant encaissé par chaque

²⁸² K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 893.

plateforme suite à l'accès donné aux contenus protégés et versés en une fois par l'organisation aux différents ayants droit.

A côté de la difficulté de la mise en place pratique d'un tel système, il est malheureusement peu probable que tous les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne – et principalement les acteurs dominants – acceptent un tel rassemblement.

Sous-section 2 – La valorisation du contrat de licence

Le cœur du « *value gap* » se situe en réalité au niveau de la puissance de négociation des acteurs. Cela est notamment mis en lumière par les pratiques de Spotify exposées ci-dessus. En effet, Spotify est réellement dépendant du contenu des ayants droit, leurs catalogues sont essentiels au *business model* de ce type de plateformes. Ceci met donc les titulaires de droits dans une position avantageuse quand vient le moment d'en négocier l'exploitation.

La position des ayants droit, lors de négociations avec les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, était par contre toute autre avant le nouveau régime de la directive 2019/790. Premièrement, leur *business model* ne repose pas dans son intégralité sur l'accès aux catalogues de contenus protégés d'ayants droit. De plus, ces plateformes pouvant jouer sur la notion d'hébergement, bénéficiaient alors d'un régime juridique leur permettant d'éviter d'exposer leur responsabilité et les autorisant à ne prêter qu'une attention moindre aux titulaires de droits. Les pratiques de ces plateformes vis-à-vis des ayants droit ont donc été mises en place de manière volontaire. Cela a pour conséquence que la totalité du régime de répartition de valeur entre plateformes et ayants droit a été développé par les plateformes elles-mêmes, décidant donc des règles du jeu. Face à cela, les titulaires de droits n'avaient alors pas réellement leur mot à dire, c'était, à peu de choses près, à prendre ou à laisser²⁸³.

Les choses vont, selon nous, quelque peu changer lorsque les États membres auront transcrit cet article 17 de la directive 2019/790 dans leur législation. Le nouveau régime de responsabilité constitue avant tout un incitant à la recherche de contrats de licence entre plateformes et titulaires de droits, tout en donnant plus de poids aux ayants droit dans la négociation.

La première condition du nouveau régime d'exemption est de ce point de vue fondamentale²⁸⁴. Cette condition impose aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne de fournir leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation. Cette exigence va donc obliger les plateformes à rechercher la conclusion de contrat de licence. Les plateformes devront négocier avec les titulaires de droits ou organismes de gestion collective et cela se fera désormais dans un contexte plus favorable aux ayants droit. La notion de « meilleurs efforts », présente dans la première condition du régime d'exemption laisse entendre, qu'à présent, il n'est plus question

²⁸³ V.D. DE LAS HERAS, « Content ID as a Solution to Address the Value Gap », *op. cit.*, p. 122.

²⁸⁴ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.*, L130, 17 mai 2019, art. 17(4), a).

pour les plateformes d'imposer leurs conditions. Dans le cas où la plateforme souhaite imposer une répartition de valeur ou des exigences déraisonnables aux titulaires de droits, ceux-ci peuvent refuser la conclusion d'un tel contrat et la plateforme ne bénéficiera alors plus du régime d'exemption de responsabilité car elle n'aura pas pu être considérée comme ayant exposé ses meilleurs efforts en vue de l'obtention de la licence²⁸⁵.

De plus, pour encadrer les négociations des modalités des contrats de licences et protéger les ayants droit, il faut encore tenir compte de deux articles. Premièrement, l'article 18 de la directive 2019/790 garantit aux ayants droit une rémunération appropriée et proportionnelle. Ensuite, l'article 20 de cette même directive met en place un mécanisme d'adaptation des contrats leur permettant de percevoir une rémunération supplémentaire lorsque la rémunération initialement convenue est sous-estimée au vu de l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres.

Cependant, il reste évident que le fantasme qu'ont certains de voir la répartition du chiffre d'affaires de YouTube se calquer sur celle de Spotify n'est pas près de se réaliser. Selon nous, il n'est d'ailleurs pas opportun que cela arrive vu la différence de *business model* de ces deux types d'acteurs.

Toutefois, il est probable et souhaitable que les nouveaux contrats de licence entre fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et ayants droit se rapprochent doucement des clés de répartition des contrats de licence semblables à celui analysé dans la section dédiée à Spotify quant aux revenus dégagés de l'exploitation des contenus protégés.

Une formule de répartition plus équitable consisterait, selon nous, à conserver un pourcentage de répartition au minimum semblable à celui déjà mis en place par YouTube lors de ses contrats de licence individuels, soit un minimum de 55% des revenus liés au contenu protégé à reverser aux ayants droit. Il nous semble que ce pourcentage pourrait atteindre un maximum avoisinant les 70%. Concrètement, pour obtenir le montant à reverser aux ayants droit (R_a), on multiplierait les revenus publicitaires engrangés par les vidéos dont une partie correspond à du contenu protégé (R_v) par le temps de diffusion du contenu protégé (t) divisé par la durée totale des vidéos en question (T), le tout multiplié par au moins 55%. La durée t pouvant être calculée via la reconnaissance des emprunts numériques par les algorithmes des plateformes.

$$R_a = R_v \cdot \frac{t}{T} \cdot 0,55$$

Où 0,55 est un minimum.

Étant donné l'absence de prévisibilité de l'utilisation des contenus des ayants droit, il ne convient toutefois pas, d'après nous, d'y incorporer des avances non remboursables.

Ce pourcentage que nous estimons entre 55 et 70% serait fixé par les parties au contrat durant les négociations. Toutefois, il faut garder à l'esprit que la détermination de ce pourcentage serait également conditionnée par les exigences d'une rémunération appropriée et proportionnelle

²⁸⁵ D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 », *op. cit.*, p. 6 ; K. GRISSE, « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, p. 893.

dont il sera tenu compte dans l'appréciation du critère des meilleurs efforts exposés en vue de la conclusion d'accords de l'article 17(4) de la directive 2019/790.

Considérations finales

Il convient de remarquer à quel point, en l'espace d'une vingtaine d'années, la conception de prestataire intermédiaire de l'internet a changé. L'émergence de modèles novateurs qui ont participé à rendre le web interactif, ont fait des internautes les principaux acteurs de l'internet. Ce développement brusque n'avait pas été anticipé, et le régime applicable aux intermédiaires reflétait encore la caractère passif et statique de l'internet du début des années 2000.

Ce régime d'exonération de responsabilité limité à trois types d'intermédiaires spécifiques, censés prêter un service de la société de l'information à caractère purement technique, automatique et passif a vite été dépassé. Cela principalement à cause de l'évolution d'un des services initialement visés, à savoir, l'hébergement. Cette notion s'est rapidement détachée des caractéristiques de base de ce service pour tendre vers toute prestation de stockage, même virtuelle, de données fournies par un tiers. La Cour de justice a alors tenté d'adapter le régime en l'interprétant de manière évolutive permettant à ces plateformes de continuer à bénéficier du régime d'exonération dans de nombreux cas. De là, est alors né le « *value gap* ». Les plateformes profitant de l'imprécision du cadre juridique étaient alors en position de force en cas de négociation avec les ayants droit, leur permettant de ne reverser qu'une partie infime des revenus publicitaires engrangés.

Alors que la pénétration de l'internet dans les ménages ne cesse de croître²⁸⁶ et que ce type de plateforme prend de plus en plus d'ampleur, le législateur européen a tenté de résoudre le problème du « *value gap* » via l'article 17 de la directive 2019/790. Cet article prévoit un régime d'exception uniquement pour les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne en matière de droit d'auteur.

Alors que le régime de responsabilité des intermédiaires en ligne était déjà peu aisé à appréhender, cet article vient ajouter de la complexité. L'article 17 prévoit explicitement qu'en donnant accès à du contenu, les plateformes accomplissent un acte de communication au public pour lequel une autorisation des ayants droit est nécessaire si elles ne veulent pas risquer d'engager leur responsabilité. Cela tout en prévoyant un régime d'exemption de responsabilité sous conditions pour les cas où une autorisation des ayants droit n'a pu être obtenue.

L'adoption de cet article constitue une avancée mais celui-ci est loin d'être exempt de défauts. En effet, cette disposition reflète particulièrement bien le contexte au moment de sa rédaction où l'on a vu les différents lobbies exercer toute leur influence. Cela a conduit à un texte de compromis comportant des lacunes et parfois des incohérences.

On salue le fait que cet article va permettre d'encourager la conclusion de contrats de licence et de rétablir une certaine égalité entre les différents acteurs qui s'opposent lors de ces

²⁸⁶ SPF ECONOMIE, *Baromètre de la société de l'information 2019*, 4 décembre 2019, pp. 102-107, disponible sur <https://economie.fgov.be/fr/publications/barometre-de-la-societe-de-0> (Consulté le 11 avril 2020). ; OCDE Stat, *Accès et utilisation des TIC par les ménages et les individus*, disponible sur https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=ICT_HH2&lang=fr.

négociations. En cela, cet article vise à réduire le « *value gap* ». L'objectif aspire au rapprochement des clés de répartition de valeur entre d'une part, celles des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et, d'autre part, celles d'autres plateformes éditrices partageant du contenu de tiers.

Toutefois, ce texte est bien trop vague pour que nous puissions, aujourd'hui, être convaincu de son efficacité. Les notions sont peu définies et en possible contradiction, ce qui laisse une marge de manœuvre aux plateformes pour plaider que ce régime ne leur est pas applicable ou, au contraire, que les conditions d'exemption sont remplies.

De plus, outre les imprécisions, ce nouveau régime peut potentiellement avoir quelques aspects négatifs pour les ayants droit. Plutôt que de négocier sur un pied d'égalité, il est possible que certaines plateformes choisissent de mettre en place des mécanismes de filtrage particulièrement contraignants qui empêcheraient le téléversement de contenus par les utilisateurs au moindre doute. Cela risquerait d'être dommageable pour les titulaires de droits, vu l'importance du rôle publicitaire de ces plateformes. Être absents des plateformes offrant des services de partage de contenus risque de faire diminuer considérablement les revenus des ayants droit générés par tout autre moyen. Toutefois, un tel comportement ne permettrait pas à la plateforme de bénéficier du régime d'exemption de l'article 17 et risquerait également d'entraîner des atteintes à la liberté d'expression des utilisateurs.

Il convient encore de remarquer que les modalités de tels filtres imposés par la directive pour répondre à la condition des meilleurs efforts n'ont pas été définies. Ces mécanismes de filtrage restent donc conçus par ou pour les plateformes, ce qui implique, probablement, une absence d'objectivité quant à leur mise en place²⁸⁷. On peut toutefois noter que cette imprécision pourrait être réduite grâce aux transpositions nationales. Par exemple, le projet de loi français donne compétence à l'ARCOM pour évaluer l'efficacité des mesures et adresser des recommandations à ce sujet. Pour ce faire, le législateur français prévoit que les fournisseurs de services rentrent une déclaration annuelle concernant les mesures mises en œuvre et donnent accès aux informations utiles à l'ARCOM²⁸⁸.

Par ailleurs, il se peut que l'installation onéreuse de ces algorithmes préjudicie à la compétitivité du marché unique numérique européen et constitue une barrière à l'entrée puissante pour de potentiels nouveaux acteurs, voire, pousse les plateformes installées en Europe à s'expatrier pour bénéficier de régimes juridiques nécessitant moins d'investissements²⁸⁹.

En définitive, nous pensons que cette réforme permet de rendre le régime de responsabilité des intermédiaires plus cohérent bien que plus complexe. Nous espérons également que cette disposition constitue le point de départ d'une adaptation plus générale du cadre juridique au paysage internet tel qu'il est aujourd'hui. C'est d'ailleurs ce qui semble être envisagé si l'on en

²⁸⁷ Y. LEV-ARETZ, « Second Level Agreements », *Akron Law Review*, 2012, vol. 45, p. 175, disponible sur https://www.academia.edu/6324745/Second_Level_Agreements (Consulté le 10 avril 2020).

²⁸⁸ Projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, (Procédure accélérée), n°2488, *op. cit.*, p. 270.

²⁸⁹ T. MADIEGA, *Copyright in the Digital Single Market, Briefing-EU legislation in Progress*, European Parliamentary Research Service, juin 2019, p. 8, disponible sur [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593564/EPRS_BRI\(2016\)593564_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593564/EPRS_BRI(2016)593564_EN.pdf).

croit une note de la Commission ayant fuité, qui envisage de mettre à jour le cadre juridique pour tous les services numériques, et en particulier pour les plateformes en ligne²⁹⁰. Une telle mise à jour aurait alors comme but de remplacer la directive sur le commerce électronique.

A l'heure actuelle, il est donc difficile de pouvoir dire avec certitude si ce nouveau régime permet ou non d'atteindre, au moins en partie, ses objectifs. Les nombreuses zones d'ombre vont d'abord devoir être éclaircies par la Cour de justice ainsi que par les transpositions des États membres avant que l'on puisse réellement se prononcer sur le potentiel du nouveau cadre juridique mis en place.

²⁹⁰ Cette note est accessible via le lien suivant : <https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2019/07/Digital-Services-Act-note-DG-Connect-June-2019.pdf>.

Bibliographie

Doctrine :

Ouvrages et chapitres d'ouvrages

BRISON, F. *et al.*, « 1. - Actualités législatives en droit d'auteur », in *Droit de la propriété intellectuelle*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, pp. 9-50, disponible sur https://www.stradalex.com/fr/sl_rech/search/root/a3513b377eeffe8c1be4d377eed436cb2b839c7c06ee6b6b7ae2dff44bce525::1?docEtiq=DROPROINT_002 (Consulté le 12 mars 2020).

BUYDENS, M., « La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle », in *Actualités en droits intellectuels*, UB3, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 407-434.

DE CALLATAÏ, C. et DEPREEUW, S., « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market » », in *Les droits intellectuels, entre autres droits*, UB3 – Éditions Larcier, Bruxelles, 2019, pp. 123-177, disponible sur https://www.stradalex.com/fr/sl_rech/search/root/df0608362e14ed984943672db9b185be837f2b458f1e7aa39f9316b414550cc::1?docEtiq=DROINTEL_004 (Consulté le 7 février 2020).

DOCQUIR, B., *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018.

Dubuisson, B. *et al.*, « Section 2 - Les responsabilités sur internet », in *La responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 1046-1059, disponible sur https://www.stradalex.com/fr/sl_rech/search/root/39c757932ce29d240f3c0579000418c31bc4f8e2678bcfa11abf6593a94658c9::1?docEtiq=DRORESJT1_084 (Consulté le 9 mai 2020).

FLORIMOND, G., *Droit et internet: de la logique internationaliste à la logique réaliste*, Bibliothèque des thèses. Droit privé, Paris, Mare & Martin, 2016.

HUSOVEC, M., « How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement », in *Pluralism or Universalism in International Copyright Law*, TILEC Discussion Paper No. 2019-16, s.l., Kluwer law, 15 avril 2019, pp. 1-27, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=3372230> (Consulté le 13 mars 2020).

JACQUEMIN, H., « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires – État des lieux et perspectives », in *Responsabilités et numérique*, Limal, 2018, pp. 63-99, disponible sur https://www.jurisquare.be/fr/book/978-2-8072-0398-3/le-regime-d_exoneration-de-responsabilite-des-prestataires-intermediaires-etat-des-lieux-et-perspect/index.html#page/63/search/ (Consulté le 11 février 2020).

JACQUEMIN, H. *et al.*, *Responsabilités et numérique : actes du colloque du 1er juin 2018*, Conférence du Jeune barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, disponible sur

https://www.jurisquare.be/fr/book/978-2-8072-0398-3/les-responsabilites-liees-a-l_atteinte-aux-droits-de-propriete-intellectuelle-panorama-des-principal/index.html#page/151/search/.

LEONARD, T., « Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, Commission Université-Palais (CUP), n° 96, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 139-214.

LEONARD, T., « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », in *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 123-150.

MICHAUX, B., HERMOYE, S. et LEJEUNE, F., « 2017 : Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilités prévus par la Directive e-Commerce », in *Handhaving van intellectuele rechten in België / Respect des droits intellectuels en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 57-82.

MONTERO, E., « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », in *Le commerce électronique européen sur les rails*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 273-295.

VAN ENIS, Q., « La prévention de la censure indirecte de la part des intermédiaires », in *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 348-499.

VIVANT, M., « Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscur clarté d'un droit sans boussole apparente », in *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, pp. 319-331, disponible sur https://www.stradalex.com/fr/sl_mono/toc/INTEDRO/doc/INTEDRO_001.

Articles de doctrine

AELBRECHT, G., « Auteursrechtelijke inbreuken en schadevergoeding Een herinnering der principes en blik op de toekomst », *A.&M.*, 2005/5, octobre 2005, pp. 373-387.

BENABOU, V.-L., « Distorsion de valeur et distorsions des droits - Le «Value Gap»: pataqués, galimatias, et finalement, amphigouri », *A.&M.*, 2017/3, décembre 2018, pp. 267-276.

BRIDY, A., « The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform », *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, juin 2019, vol. 22, pp. 101-136.

BRISON, F. *et al.*, « Het Europese Copyright package est arrivé ! », *A.&M.*, 2018-2019/3, février 2020, pp. 422-438.

CAMPOLINI, P. *et al.*, « Chronique de législation en droit privé – (1er janvier - 30 juin 2019) (Seconde partie) », *J.T.*, 2019/42, décembre 2019, n° 6796, pp. 873-889.

CAMPOLINI, P., HERMOYE, S. et LEJEUNE, F., « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement internet : les injonctions contre les intermédiaires », *A.&M.*, 2017/3, décembre 2018, pp. 238-263.

CARNEROLI, S., « Note sous Liège (14e ch.), 1er avril 2010 », *A.&M.*, 2012/5, octobre 2012, pp. 441-442.

CASSIERS, V., « Arrêt « Ziggo » : la plate-forme Youtube sera-t-elle bientôt hors-la-loi ? », *J.D.E.*, 2019/9, novembre 2017, n° 243, pp. 359-360.

COLITRE, W.B., « Streaming Revenue Update », *Computer & Internet Lawyer*, septembre 2019, vol. 36, n° 9, pp. 1-8.

DE CALLATAÏ, C., « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *A.&M.*, 2013/3-4, juillet 2013, pp. 166-182.

DE LAS HERAS, V.D., « Content ID as a Solution to Address the Value Gap », *M.E.I.E.A. Journal*, janvier 2018, vol. 18, n° 1, pp. 105-143.

DE PATOUL, F. et VEREEKEN, I., « La responsabilité des intermédiaires de l'internet : première application en droit belge », *R.D.T.I.*, liv. 19, 2004, pp. 54-59.

Dusollier, S. « Responsabilités des intermédiaires de l'Internet: un équilibre compromis? », *R.D.T.I.*, 2007/3, février 2008, n° 29, pp. 269-272.

FOSSOUL, V., « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *R.D.C.-T.B.H.*, 2014/5, mai 2014, pp. 462-489.

GEORGES, F. et HUBIN, J., « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *A.&M.*, 2017/3, décembre 2018, pp. 208-237.

GRISSE, K., « After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, novembre 2019, vol. 14, n° 11, pp. 887-899.

HARDOUIN, R., « La connaissance de l'illicéité par les hébergeurs ou quand être notifié ne signifie pas nécessairement devoir retirer », *R.D.T.I.*, 42/2012, juin 2012, pp. 5-19.

HARDOUIN, R., « Droit d'auteur et marché unique numérique II », *I.2.D. Information, données & documents*, 2017/1, avril 2017, pp. 23-24.

HEIRWEGH, A., « De aansprakelijkheid van online tussenpersonen in de digitale eengemaakte markt: naar een algemene toezichtverplichting? », *R.A.B.G.*, 2019/9, mai 2019, pp. 761-775.

HUSOVEC, M. et QUINTAIS, J., « How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », pp. 1-27.

KARAMBIRI, Z., « Les responsabilités liées aux contenus postés dans les blogs », *R.D.T.I.*, liv. 36, 2009, pp. 29-61.

KEUSTERMANS, J. et DE MAERE, T., « Foutbegrip en schadevergoeding in het auteursrecht: double damage? », *A.&M.*, 2009/4, octobre 2009, pp. 388-391.

KUCZERAWY, A., « EU Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Compatibility of Article 13 with the EU Intermediary Liability Regime », *The Future Regulation of Intermediaries*, 2019, *Forthcoming*, décembre 2018, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=3309099> (Consulté le 10 avril 2020).

LEONARD, T., « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : état de la question », *J.T.*, 2012, pp. 815-817.

LEV-ARETZ, Y., « Second Level Agreements », *Akron Law Review*, 2012, vol. 45, pp. 137 à 199, disponible sur https://www.academia.edu/6324745/Second_Level_Agreements (Consulté le 10 avril 2020).

LIEBOWITZ, S.J., « Economic Analysis of Safe Harbor Provisions », *C.I.S.A.C.*, 19 mars 2018, pp. 1-44.

MONTERO, E., « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Ubiquité*, juin 2000, n° 5, pp. 99-117.

MONTERO, E., « Les responsabilités liées au web 2.0 », *R.D.T.I.*, 32/2008, 2008, pp. 363-388.

MONTERO, E. et VAN ENIS, Q., « Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? », *R.T.D.H.*, 108/2016, septembre 2016, pp. 953-981.

NUSCA, A. *et al.*, « SPOTIFY SAVED THE MUSIC INDUSTRY. NOW WHAT? (cover story) », *Fortune*, novembre 2019, vol. 180, n° 5, pp. 84-92.

QUINTAIS, J., « The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look », *European Intellectual Property Review*, octobre 2019, pp. 1-23.

QUINTAIS, J. *et al.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics », novembre 2019, pp. 1-9.

ROSIC, Z., « La directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : les forces et les faiblesses des solutions adoptées », *Ing.-Cons.*, 2019/2, décembre 2019, pp. 295-319.

SAMUELSON, P., « The EU's Controversial Digital Single Market Directive: Should copyright enforcement have precedence over the interests of users in information privacy and fundamental freedoms? », *Communications of the A.C.M.*, novembre 2018, vol. 61, n° 11, pp. 20-23.

SCHMITT, P., « Chroniques. Droits intellectuels », *J.D.E.*, 2020/2, février 2020, pp. 68-75.

SHAPIRO, T. et HANSSON, S., « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *European Intellectual Property Review*, 2019, n° 7, pp. 404-414.

SMIRKE, R., « EU-Tube Battle Nears Final Parliament Vote », *Billboard*, mars 2019, vol. 131, n° 5, p. 13.

SORKIN, A.R. et LEEDS, J., « Music Companies Grab a Share of the YouTube Sale », *The New York Times*, 19 octobre 2006, disponible sur <https://www.nytimes.com/2006/10/19/technology/19net.html> (Consulté le 15 mars 2020).

STROWEL, A., IDE, N. et VERHOESTRAETE, F., « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001/7, février 2001, n° 6000, pp. 133-145.

VAN REEPINGHEN, B. et VAN REEPINGHEN, L., « Les droits intellectuels renforcés : la contrefaçon en point de mire », *J.T.*, 2008/9, mars 2008, n° 6301, pp. 149-160.

VISSER, D.J.G., « Trying to Understand Article 13 », *S.S.R.N.*, avril 2019, pp. 1-19.

ZHANG, J. « Apple, Spotify, and the Battle over Freemium », *Harvard Business Review Digital Articles*, mai 2015, pp. 2-4.

Thèse

QUINTAIS, J., *Copyright in the age of online access: Alternative compensation systems in EU copyright law*, PhD thesis, University of Amsterdam, 12 janvier 2017, pp. 1-407, disponible sur <https://dare.uva.nl/search?identifieer=393eff6c-a580-46ce-88dd-cba21e6972f5> (Consulté le 5 avril 2020).

Cours universitaire

Vanbrabant, B., « Droit des biens et notions de droits intellectuels (cours oral) », Université de Liège, février 2018.

Rapports

CASTRO ROSA, V. *et al.*, *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, Paris, Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), 30 mars 2020, pp. 1-5.

EUROPEAN BROADCASTING UNION, *Extended Collective Licensing*, 26 février 2013, p. 8, disponible sur <https://www.ebu.ch/publications/position-paper/open/guide/extended-collective-licensing> (Consulté le 27 avril 2020).

FARCHY, J. et MOREAU, F., *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, Paris, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, septembre 2016, pp. 1-62, disponible sur <https://la-rem.com/wp-content/uploads/2017/03/Economie-nume%CC%81rique-financement-de-la-cre%CC%81ation.pdf> (Consulté le 5 avril 2019).

IFPI, *Digital Music Report 2015: Charting the path to sustainable growth*, I.F.P.I., 2015, pp. 1-44, disponible sur <https://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2015.pdf> (Consulté le 15 mars 2020).

MADIEGA, T., *Copyright in the Digital Single Market, Briefing-EU legislation in Progress*, European Parliamentary Research Service, juin 2019, disponible sur [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593564/EPRS_BRI\(2016\)593564_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593564/EPRS_BRI(2016)593564_EN.pdf).

OCDE Stat, *Accès et utilisation des TIC par les ménages et les individus*, disponible sur https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=ICT_HH2&lang=fr.

ROLAND BERGER, *Contenus culturels dans un environnement en ligne : analyse du transfert de valeur*, Paris, Roland Berger, 2016, pp. 1-36, disponible sur https://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/rapport_intermediaires_ligne_synthese_france-2.pdf.

SPF ECONOMIE, *Baromètre de la société de l'information 2019*, 4 décembre 2019, pp. 1-118, disponible sur <https://economie.fgov.be/fr/publications/barometre-de-la-societe-de-0> (Consulté le 11 avril 2020).

SPOTIFY, *2020 A.G.M. Annual Report on Form 20F.*, 2020, pp. 1-157, disponible sur <https://investors.spotify.com/financials/default.aspx> (Consulté le 4 avril 2020)

Communications, rapports et recommandations européens

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'examen à mi-parcours de la mise en œuvre de la stratégie pour le marché unique numérique - Un marché unique numérique connecté pour tous, COM (2017) 228 final, 10 mai 2017, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteId=1&year=2017&number=228&language=FR>.

Commission Staff Working Document, impact assessment on the modernisation of the EU copyright rules, SWD (2016) 301 final, Bruxelles, 14 septembre 2016, disponible sur <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules> (Consulté le 10 avril 2020).

Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité Économique et Social européen - Premier rapport sur l'application de la 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"), 21 mars 2003, COM/2003/0702 final, p. 14.

Recommandation de la Commission européenne sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, COM (2018) 1177 final, 01 mars 2018.

Recommandation de la Commission concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le numéro C(2003) 1422], 6 mai 2003, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32003H0361>.

Pages internet

CASTILLO, M., « Spotify IPO filing reveals how insanely complicated it is to license music rights », *CNBC*, 28 février 2018, disponible sur <https://www.cnbc.com/2018/02/28/how-spotify-licenses-and-pays-for-music-rights.html> (Consulté le 29 mars 2020).

DUFFEZ, O., « YouTube : plein de chiffres et de stats incroyables », *WebRankInfo*, 8 juillet 2019, disponible sur <https://www.webrankinfo.com/dossiers/youtube/chiffres-statistiques> (Consulté le 24 mars 2020).

« Fonctionnement de Content ID - Aide YouTube », s.d., disponible sur <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=fr> (Consulté le 29 mars 2020).

« Google buys YouTube for \$1.65bn », 10 octobre 2006, disponible sur <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6034577.stm> (Consulté le 28 mars 2020).

« Google Transparence des informations », s.d., disponible sur <https://transparencyreport.google.com/> (Consulté le 30 mars 2020).

« L'accord entre YouTube et la Sacem, une révolution ? », *L'Expansion.com*, 1 octobre 2010, disponible sur https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/l-accord-entre-youtube-et-la-sacem-une-revolution_1345816.html (Consulté le 30 mars 2020).

« La Sabam et YouTube signent un nouvel accord de licence numérique », *RTBF Culture*, 27 février 2014, disponible sur https://www.rtbf.be/culture/musique/detail_la-sabam-et-youtube-signent-un-nouvel-accord-de-licence-numerique?id=8211586 (Consulté le 30 mars 2020).

« Le nouvel accord YouTube-Sacem inclut des futurs services de streaming payant », *L'Expansion.com*, 3 avril 2013, disponible sur https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/le-nouvel-accord-youtube-sacem-inclut-des-futurs-services-de-streaming-payant_1346876.html (Consulté le 30 mars 2020).

« People & businesses online », *Digital economy and society in the EU*, s.d., disponible sur <http://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/ict/bloc-1a.html> (Consulté le 12 avril 2020).

« Présentation du Programme Partenaire YouTube et éligibilité - Aide YouTube », s.d., disponible sur <https://support.google.com/youtube/answer/72851?hl=fr> (Consulté le 11 avril 2020).

« What is a Backbone Provider? - Definition from Techopedia », *Techopedia.com*, s.d., disponible sur <https://www.techopedia.com/definition/5146/backbone-provider> (Consulté le 8 mai 2020).

Contrat :

SONY MUSIC et SPOTIFY USA INC., « Digital audio/video distribution agreement », 10 janvier 2011, disponible sur https://fr.scribd.com/document/266262470/Sony-Spotify-2011-Contract#from_embed.

Législation :

Projets de transposition

Wetsvoorstel houdende wijziging van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet in verband met de implementatie van de richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende auteursrecht in de digitale eengemaakte markt (Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt) : Memorie van toelichting, Ministerie van Justitie en Veiligheid, 2 juillet 2019, p. 35, disponible sur <https://www.internetconsultatie.nl/auteursrecht>.

Projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, (Procédure accélérée), Assemblée Nationale, 5 octobre 2019, n°2488, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2488_projet-loi.

Avis sur un projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, Conseil d'Etat, 2 décembre 2019, n°398829, disponible sur

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-communication-audiovisuelle-et-a-la-souverainete-culturelle-a-l-ere-numerique> (Consulté le 16 avril 2020).

Directives de l'Union européenne

Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.C.E.*, L 204, 21 juillet 1998. (abrogée).

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.*, L178, 17 juillet 2000.

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.*, L 167/10, 22 juin 2001.

Directive (UE) 2014/26 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L84, 20 mars 2014.

Directive 2015/1535/UE du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 241, 17 septembre 2015.

Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte) (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 321, 17 décembre 2018.

Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *J.O.*, L130, 17 mai 2019.

Jurisprudence :

Jurisprudence belge

Cass., 22 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2005.

Bruxelles (9^e chambre), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 2011/44, p. 35, note A. DE FRANQUEN.

Jurisprudence française

T.G.I. Paris, 13 avril 2010, *Hervé G. c. Facebook*.

T.G.I. Paris, ord. réf., 22 juin 2007, *Lafesse c. MySpace*.

Jurisprudence européenne

C.J.C.E., arrêt *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, 07 décembre 2006, C-306/05, EU:C:2006:764, points 37-38, 40 et 42.

C.J., Aff. Jointes, arrêts *Google France et Google*, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159

C.J., arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2010:757.

C.J., arrêt *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et autres*, 01 décembre 2011, C-145/10, EU:C:2011:798.

C.J., arrêt *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL*, 24 novembre 2011, C-70/10, EU:C:2011:77.

C.J., arrêt *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, 16 février 2012, C-360/10, EU:C:2012:85, points 37–38.

C.J., arrêt *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, 27 mars 2014, C-314/12, EU:C:2014:192.

C.J., arrêt *Sotiris Pappasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e.a.*, 11 septembre 2014, C-291/13, EU:C:2014:2209, point 30.

C.J., arrêt *SBS Belgium NV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM)*, 19 novembre 2015, C-325/14, EU:C:2015:764, point 15.

C.J., arrêt *Reha Training Gesellschaft für Sport-und Unfallrehabilitation mbH c. Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, 31 mai 2016, C-117/15, EU:C:2016:379, point 46.

C.J., arrêt *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689, point 42.

C.J., arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, 14 juin 2017, C-610/15, EU:C:2017:456.

C.J., arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, 20 décembre 2017, C-434/15, EU:C:2017:981.

C.J., arrêt *procédure pénale c. Uber France SAS*, 10 avril 2018, C-320/16, EU:C:2018:221.

C.J., arrêt *Funke Medien NRW GmbH contre Bundesrepublik Deutschland*, 29 juillet 2019, C-469/17, EU:C:2019:623.

C.J., arrêt *Pelham GmbH e.a. contre Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben*, 29 juillet 2019, C-476/17, EU:C:2019:624.

C.J., arrêt *Spiegel Online GmbH contre Volker Beck*, 29 juillet 2019, C-516/17, EU:C:2019 :625.

C.J., arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, 3 octobre 2019, C-18/18, EU:C:2019:821.

Annexes

Annexe I : Les articles pertinents de la directive sur le commerce électronique

Article 12 : Simple transport

1. Les Etats membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire:

a) ne soit pas à l'origine de la transmission;

b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission

et

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Article 13 : Forme de stockage dite «*catching*»

1. Les Etats membre veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que:

a) le prestataire ne modifie pas l'information;

b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information;

c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;

d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information

et

e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Article 14 : Hébergement

1. Les Etats 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 Etats 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 Etats membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.

Article 15 : Absence d'obligation générale en matière de surveillance

1. Les Etats membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

2. Les Etats membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.

Annexe II : Les articles pertinents de la directive 2019/790

Article 2 : définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

(...)

6. «fournisseur de services de partage de contenus en ligne», le fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives.

Ne sont pas des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne au sens de la présente directive les prestataires de services tels que les encyclopédies en ligne à but non lucratif, les répertoires éducatifs et scientifiques à but non lucratif, les plateformes de développement et de partage de logiciels libres, les fournisseurs de services de communications électroniques au sens de la directive (UE) 2018/1972, les places de marché en ligne, les services en nuage entre entreprises et les services en nuage qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage.

Article 17 : Utilisation de contenus protégés par des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne

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

Un fournisseur de services de partage de contenus en ligne doit dès lors obtenir une autorisation des titulaires de droits visés à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE, par exemple en concluant un accord de licence, afin de communiquer au public ou de mettre à la disposition du public des œuvres ou autres objets protégés.

2. Les États membres prévoient que, lorsqu'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne obtient une autorisation, par exemple en concluant un accord de licence, cette autorisation couvre également les actes accomplis par les utilisateurs des services relevant du champ d'application de l'article 3 de la directive 2001/29/CE lorsqu'ils n'agissent pas à titre commerciale ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs.

3. Quand un fournisseur de services de partage de contenus en ligne procède à un acte de communication au public ou à un acte de mise à la disposition du public, dans les conditions fixées par la présente directive, la limitation de responsabilité établie à l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE ne s'applique pas aux situations couvertes par le présent article.

Le premier alinéa du présent paragraphe n'affecte pas l'éventuelle application de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE à ces fournisseurs de services pour des finalités ne relevant pas du champ d'application de la présente directive.

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

- a) ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation; et
- b) ils ont fourni leurs meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires; et en tout état de cause
- c) ils ont agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites internet, et ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur, conformément au point b).

5. Pour déterminer si le fournisseur de services a respecté les obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 4, et à la lumière du principe de proportionnalité, les éléments suivants sont, entre autres, pris en considération:

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

6. Les États membres prévoient que, à l'égard de nouveaux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne dont les services 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 calculés conformément à la recommandation 2003/361/CE de la Commission (20), les conditions au titre du régime de responsabilité énoncé au paragraphe 4 sont limitées au respect du paragraphe 4, point a), et au fait d'agir promptement, lorsqu'ils reçoivent une notification suffisamment motivée, pour bloquer l'accès aux œuvres ou autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs site internet.

Lorsque le nombre moyen de visiteurs uniques par mois de tels fournisseurs de services dépasse les 5 millions, calculé sur la base de l'année civile précédente, ils sont également tenus de démontrer qu'ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour éviter d'autres téléversements des œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification pour lesquels les titulaires de droits ont fourni les informations pertinentes et nécessaires.

7. La 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 d'auteur et aux droits

voisins, y compris lorsque ces œuvres ou autres objets protégés sont couverts par une exception ou une limitation.

Les États membres veillent à ce que les utilisateurs dans chaque État membre puissent se prévaloir de l'une quelconque des exceptions ou limitations existantes suivantes lorsqu'ils téléversent et mettent à disposition des contenus générés par les utilisateurs sur les services de partage de contenus en ligne:

- a) citation, critique, revue;
- b) utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche.

8. L'application du présent article ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance.

Les États membres prévoient que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne fournissent aux titulaires de droits, à leur demande, des informations adéquates sur le fonctionnement de leurs pratiques en ce qui concerne la coopération visée au paragraphe 4 et, en cas d'accords de licence conclus entre les fournisseurs de services et les titulaires de droits, des informations sur l'utilisation des contenus couverts par les accords.

9. Les États membres prévoient 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 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.

Lorsque des titulaires de droits demandent à ce que l'accès à leurs œuvres ou autres objets protégés spécifiques soit bloqué ou à ce que ces œuvres ou autres objets protégés soient retirés, ils justifient dûment leurs demandes. Les plaintes déposées dans le cadre du dispositif prévu au premier alinéa sont traitées sans retard indu et les décisions de blocage d'accès aux contenus téléversés ou de retrait de ces contenus font l'objet d'un contrôle par une personne physique. Les États membres veillent également à ce que des mécanismes de recours extrajudiciaires soient disponibles pour le règlement des litiges. Ces mécanismes permettent un règlement impartial des litiges et ne privent pas l'utilisateur de la protection juridique accordée par le droit national, sans préjudice du droit des utilisateurs de recourir à des voies de recours judiciaires efficaces. 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.

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, et n'entraîne aucune identification d'utilisateurs individuels ni de traitement de données à caractère personnel, excepté conformément à la directive 2002/58/CE et au règlement (UE) 2016/679.

Les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne informent leurs utilisateurs, dans leurs conditions générales d'utilisation, qu'ils peuvent utiliser des œuvres et autres objets protégés dans le cadre des exceptions ou des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins prévues par le droit de l'Union.

10. À compter du 6 juin 2019, la Commission organise, en coopération avec les États membres,

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

Annexe III : Les clauses pertinentes du contrat entre SONY et SPOTIFY

4. Advances; Non-Recoupable Sums

(a) Company shall pay the following amounts to Label as non-refundable but recoupable (subject always to subparagraphs (c) and (f) below) advances against Label Fees payable in respect of different parts of the Term and in respect of all parts of the Services (the "Advances"):

- (i) **Contract Period 1:** nine million US dollars (\$9,000,000), becoming due and payable in four equal instalments in accordance with the following schedule:

Start of Contract Period 1	\$2,250,000
3 months after Start of Contract Period 1	\$2,250,000
6 months after Start of Contract Period 1	\$2,250,000
9 months after Start of Contract Period 1	\$2,250,000

(in aggregate, the "Contract Period 1 Advance")

- (ii) **Contract Period 2:** sixteen million US dollars (\$16,000,000), becoming due and payable in four equal instalments in accordance with the following schedule:

Start of Contract Period 2	\$4,000,000
3 months after Start of Contract Period 2	\$4,000,000
6 months after Start of Contract Period 2	\$4,000,000
9 months after Start of Contract Period 2	\$4,000,000

(in aggregate, the "Contract Period 2 Advance")

- (iii) **Contract Period 3** (provided Label exercises its right to extend the Term under Paragraph 2(a) above): seventeen million five hundred thousand US dollars (\$17,500,000), becoming due and payable in four equal instalments in accordance with the following schedule:

Start of Contract Period 3	\$4,375,000
3 months after Start of Contract Period 3	\$4,375,000
6 months after Start of Contract Period 3	\$4,375,000
9 months after Start of Contract Period 3	\$4,375,000
(in aggregate, the "Contract Period 3 Advance")	

(b) Notwithstanding sub-paragraph (a) above, in the event that Label has issued a Territory Removal Notice covering any part of the Territory pursuant to Paragraph 2(b), the Contract Period 2 Advance will be set at an amount equal to THE GREATER OF (A) five million US dollars (US\$5,000,000), pro-rated by the number of months remaining in Contract Period 2, and (B) the product of (x) aggregate Label Fees derived solely from the Subscription Service in respect of the whole Territory during the three (3) months prior to the Test Date, multiplied by (y) four (4). The adjusted Contract Period 2 Advance shall be paid in equal quarterly instalments on the dates stated in Paragraph 4(a)(ii) above, but solely to the extent that each such date has not yet passed. By way of example only, if Label issues a Territory Removal Notice in the fourth month of Contract Period 2, and the Adjusted Contract Period 2 Advance is \$6,000,000, then \$1,500,000 will be payable by Company to Label at 6 months after the Start of Contract Period 2, and \$1,500,000 will be payable by Company to Label at 9 months after the Start of Contract Period 2. Notwithstanding sub-paragraph (a) above, in the event that Label has issued a Territory Removal Notice covering any part of the Territory pursuant to Paragraph 2(b), the size of the Contract Period 3 Advance will be set at an amount equal to THE GREATER OF (A) five million US dollars (US\$5,000,000), pro-rated by the number of months remaining in Contract Period 3, and (B) the product of (x) aggregate Label Fees derived solely from the Subscription Service in respect of the whole Territory during the final three (3) months of Contract Period 2, multiplied by (y) four (4). The adjusted Contract Period 3 Advance shall be paid in equal quarterly instalments on the dates stated in Paragraph 4(a)(iii) above, but solely to the extent that each such date has not yet passed.

(c) The Contract Period 1 Advance, Contract Period 2 Advance and Contract Period 3 Advance shall be recoupable solely against Label Fees payable in respect of each corresponding contract period. Notwithstanding the previous sentence, in the event that, upon expiry of Contract Period 1, total aggregate Label Fees across the Territory are less than the Contract Period 1 Advance, an amount equal to the lesser of three million US dollars (\$3,000,000) and the value of such shortfall (the "Transferred Advance") shall become recoupable during Contract Year 2 in addition to the Contract Period 2 Advance. For the avoidance of doubt, any Label Fees payable in respect of Contract Year 2 shall be applied to recoup the Transferred Advance first, and subsequently the Contract Year 2 Advance,

(d) For the avoidance of doubt, Label Fees and, if any, Top-Up Fees paid or payable by Company in connection with the Territory shall not apply in reduction of, or be cross-recoupable against, any minimum revenue guarantee or advance payment made or required to be made by Company or any affiliate of Company in respect of countries or geographical regions outside the Territory during any period. Amounts paid or payable by Company or any affiliate of Company in any period in connection with countries or geographical regions outside the Territory shall not apply in reduction of, or be cross-recoupable against the Advances.

(e) If any incremental Label Fees become payable at any time as a result of the cumulative Label Fees within each contract period exceeding the aggregate instalments of the Advance paid during such contract period, such incremental Label Fees shall be applied as a credit against the next instalment of the relevant Advance (if any).

(f) *Label Fees from Third Party Acquired Subscribers and Indirectly Acquired Subscribers.* Unless otherwise agreed as a condition of Label providing approval to Company in relation to any proposed Authorised Distributor hereunder, Label Fees generated in connection with Third Party Acquired Subscribers shall be recoupable against the Advances but shall be reported and accounted for as separate line items as part of any Financial Statements in connection with any consumed months and in accordance with any schedule agreed by the parties in connection with guaranteed but non-consumed months. Furthermore, unless otherwise agreed by Label, Label Fees generated in connection with Indirectly Acquired Subscribers shall be reported and

accounted for as separate line items as part of any Financial Statements and paid through to Label, without regard to any non-recouped Advances.

(g) Solely in the event of Company's material failure to render or deliver, as applicable, fees payable pursuant to Section 2 of the Agreement, Weekly Reports, Monthly Reports or any other payments or reports required under this Agreement, as and when required pursuant to this Agreement (e.g., late accountings, accountings rendered in a format other than as required hereunder), Label reserves the right to impose a non-recouped content preparation and delivery fee (the "Content Preparation Fee") in the amount of €750 (seven hundred and fifty Euros) in respect of each calendar month in which Company has failed in accordance with this clause, which will be payable, if ever, within fifteen (15) business days after its receipt of a notice from Label that accurately confirms that any such fees payable pursuant to Section 2, Weekly Reports, Monthly Reports or any other payments or reports required under this Agreement were not rendered as and when required; provided, however, that Company will have two (2) opportunities to cure the failure concerned each, respectively, within five (5) business days following notice from Label which describes, with reasonable particularity, the failure concerned, before the failure concerned may be deemed a Default Event that gives rise to payment of the Content Preparation Fee hereunder.

10. Label Fees:

(a) In consideration of the rights granted to Company in respect of the use and exploitation of Label Materials in connection with the Services, Company shall pay to Label at the end of each calendar month (and in accordance with the provisions of this paragraph 10) the fees, calculated and reported on a territory-by-territory basis (the "Label Fees") as follows:

(1) In respect of the use and exploitation of Label Audio Recordings in connection with the Ad Supported Service: Subject to Paragraph 10(c) below, an amount equal to the greater of the amounts prescribed in sub-paragraphs (i) and (ii) below:

- (i) Revenue Share Calculation. Label's Usage Percentage during such month multiplied by sixty percent (60%) of Gross Revenues in the relevant part of the Ad Supported Territory during such month; or
- (ii) Usage Based Minimum.

In the event that Company has attained both the Conversion Goal and the Subscriber Goal (as measured across the Territory immediately prior to the end of the

calendar month concerned): the sum of \$0.02250 for each and every Royalty Bearing Play of a Label Audio Recording via the Ad Supported Service in the relevant part of the Territory in the calendar month concerned. Solely by way of a non-precedential introductory discount, the aforementioned rate shall be discounted during the Term to \$0.00225.

In the event that Company has not attained both the Conversion Goal and the Subscriber Goal (as measured across the Territory immediately prior to the end of the calendar month concerned): the sum of \$0.02500 for each and every Royalty Bearing Play of a Label Audio Recording via the Ad Supported Service in the relevant part of the Territory in the calendar month concerned. Solely by way of a non-precedential introductory discount, the aforementioned rate shall be discounted during the Term to \$0.00250.

(2) In respect of the use and exploitation of Label Audio Recordings and Label Video Recordings via Online Subscriptions and Online Day Passes: An amount equal to the greater of the amounts prescribed in sub-paragraphs (i) and (ii) below:

(i) Revenue Share Calculation. Label's Usage Percentage during such month multiplied by sixty percent (60%) of Gross Revenues in the relevant part of the Territory during such month; or

(ii) Per Subscriber Minimum. Label's Usage Percentage during such month multiplied by the number of End Users with an Online Subscription in the relevant part of the Territory in the calendar month concerned multiplied by amount C, PLUS Label's Usage Percentage during such month multiplied by the number of Online Day Passes sold in the relevant part of the Territory in the calendar month concerned multiplied by amount D.

(3) In respect of the use and exploitation of Label Audio Recordings and Label Video Recordings via Premium Subscriptions: An amount equal to the greater of the amounts prescribed in sub-paragraphs (i) and (ii) below:

(i) Revenue Share Calculation. Label's Usage Percentage during such month multiplied by sixty percent (60%) of Gross Revenues in the relevant part of the Territory during such month; or

(ii) Per Subscriber Minimum. Label's Usage Percentage during such month multiplied by the number of End Users (excluding for the avoidance of doubt End Users who have registered for a Free Trial with a duration not exceeding seven (7) days only) with a Premium Subscription in the relevant part of the Territory in the calendar month concerned multiplied by amount E.

For the avoidance of doubt, all End Users with a subscription to a Subscription Service shall be included in the calculations in sub-sub-paragraphs (a)(2) and a(3), whether or not they access or use the service via one or more device types in the relevant month.

The values of C, D and E in this sub-paragraph (a) shall vary according to the part of the Territory in which End Users are based, in accordance with the following table:

Service		US	Canada
Online Service	C	US\$3.00	CA\$3.00
Online Day Pass	D	US\$0.60	CA\$0.60
Premium Subscription	E	US\$6.00	CA\$6.00