

# **CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE**

## **Commentaires des organismes professionnels membres du CSPLA sur le rapport relatif à l'articulation des directives 2000/31 et 2001/29**

### **Plan**

- I°) Commentaires de l'Association des Services Internet Communautaires (ASIC)**
- II°) Commentaires de la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Sacem)**
- III°) Commentaires du Syndicat des Éditeurs de la Presse Magazine (SEPM)**

**Décembre 2015**

## **I°) Commentaires de l'Association des Services Internet Communautaires (ASIC)**

### **L'ASIC, la voix des acteurs internet**

L'ASIC est la première organisation française à réunir les acteurs du web communautaire et vise à promouvoir le développement du « nouvel internet ». Elle a été fondée en décembre 2007 par AOL, Dailymotion, Google, PriceMinister et Yahoo! Qui ont été rejoints depuis notamment par blogSpirit, Deezer, Ebay, Exalead, Facebook, Microsoft, Skype, Skyrock, Spotify ou Wikimedia.

La diversité de ses membres marque la volonté d'accueillir au sein de l'ASIC des acteurs de l'internet communautaire, français ou étrangers, « petits » ou « gros », mais qui tous cherchent à développer l'internet dans l'intérêt de l'ensemble de ses utilisateurs.

Les nouveaux usages posent en effet un certain nombre de questions légitimes concernant notamment la compétitivité de l'industrie culturelle française, le développement de la création et la lutte contre la contrefaçon, questions auxquelles les acteurs que nous sommes doivent apporter des réponses concrètes et efficaces.

Au cours de ces dernières années, notre association et ses membres ont été auditionnés au Parlement, par le gouvernement ou des autorités administratives et ont participé aux très nombreux travaux lancés par le Ministère de la Culture et de la Communication ou le CSPLA. Outre les travaux menés par Pierre LESCURE et Mireille IMBERT-QUARETTA, l'ASIC a soutenu activement l'élaboration d'une charte entre les plateformes de vidéos et les industries culturelles, charte qui n'a jamais pu être menée à son terme malgré les dizaines d'engagements pris par les acteurs du numérique en contrepartie du seul engagement mis à la charge des ayants droit, celui de se servir des outils mis à leur disposition.

### **Le rapport sur l'articulation des directives commerce électronique et droit d'auteur, rapport à sens unique**

Après une lecture attentive de nouveau rapport du CSPLA, l'ASIC ne souhaite pas faire de commentaire sur chaque point du rapport, tant ces commentaires seraient nombreux, le rapport reflétant la volonté de remettre en cause plusieurs des règles fondamentales, adoptées voici plus d'une dizaine d'années, et qui ont permis et permettent encore le développement de l'économie numérique, secteur dont la France aujourd'hui attend tant.

L'ASIC s'étonne ainsi d'une nouvelle - et énième - remise en cause du statut de l'hébergeur et du régime de responsabilité aménagé dont ces acteurs peuvent bénéficier. Cette remise en cause est d'autant plus étonnante qu'à plusieurs reprises, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont confirmé son application aux acteurs des services communautaires.

Ainsi, et au regard des enjeux soulevés par le présent quant au devenir de l'économie numérique et étant donné que le Ministère de la culture semble souhaiter faire du présent rapport une clé de voûte de la position française lors des prochaines négociations qui s'ouvrent à Bruxelles, l'ASIC souhaite qu'une meilleure information soit apportée.

### **Un rapport élaboré dans un contexte critiquable**

En effet, dans le souci d'une plus grande transparence, utile au regard des enjeux posés, l'ASIC souhaite que des précisions soient apportées quand aux liens, notamment financiers, qui pourraient exister entre le ou les auteurs des rapports et les divers secteurs industriels impliqués dans ces discussions ou les cabinets d'avocats pour lesquels ils travaillent. Cette transparence permettrait ainsi d'informer, au mieux, les diverses autorités communautaires qui seront amenés à en analyser le contenu.

En outre, lors de la séance plénière du CSPLA du 3 novembre 2015, il a été précisé que les

nouvelles règles de déontologie applicables au sein du CSPLA (information du Président du CSPLA par les personnalités qualifiées sur leurs liens notamment financiers avec les autres membres du CSPLA) ne s'appliqueraient pas au présent rapport. Nous nous en trouvons désolés car nous aurions aimé avoir la confirmation que le rapport avait été rédigé dans une parfaite neutralité et sans parti-pris contre notre industrie - ou pour une autre.

De même nous nous étonnons que la liste des personnes rencontrées ne soit pas annexée au rapport : l'ASIC représente par exemple l'ensemble des acteurs du web communautaire et la liste des personnes rencontrées n'étant donc pas annexée au rapport, il est de fait omis de mentionner que les principaux intéressés n'ont pas rencontré l'auteur du rapport puisqu'ils ne souhaitaient pas cautionner son approche partisane.

\*

\* \*

### **Des propositions funestes pour l'économie numérique**

Quant au fond du rapport, cette nouvelle attaque contre le régime de responsabilité des intermédiaires de l'internet n'est pas neutre. Sous le respectable argument de la volonté partagée de lutte contre le piratage des œuvres, la fin du régime de responsabilité aménagée aurait des effets collatéraux substantiels, qui pourtant sont systématiquement ignorés.

Reconnaître une responsabilité a priori pour tous les contenus hébergés par des services communautaires de vidéos, de blogs, d'encyclopédie en ligne, etc. c'est imposer à ces acteurs soient d'avoir un contrôle a priori des contenus, soit de ne plus permettre aux internautes et individus d'être à l'origine de la diffusion des œuvres.

La Directive 2000/39/CE qui a mis en place le régime de responsabilité aménagée au profit des intermédiaires de l'internet s'appelle d'ailleurs fort à propos "commerce électronique" et non "propriété intellectuelle". Et sa transposition en droit français se dénomme, a-t-on besoin de le rappeler - "loi pour la confiance dans la l'économie numérique". Or c'est la défiance absolue envers cette économie que prêche l'auteur du rapport soumis au CSPLA.

### **Des propositions contraires aux droits fondamentaux**

Le législateur européen avait le souci de faire entrer l'ensemble du régime de responsabilité des intermédiaires dans un seul texte. Quand, plus récemment, il a décidé de traiter à part un cas spécifique de responsabilité, ce fut à l'occasion de l'adoption de la directive du 13 décembre 2011 sur la pédopornographie. A l'occasion de cette disjonction entre le régime général de responsabilité des intermédiaires et ces règles spéciales, intervenue il y a moins de quatre ans, le législateur européen n'a pas jugé utile de « sortir » du champ de la directive commerce électronique d'autres sujets. On s'étonne donc qu'il soit estimé dans ce rapport que le droit d'auteur et lui seul devrait faire l'objet d'un traitement particulier. Rapporté à la lutte contre les violences sexuelles sur les enfants, l'un des plus abjects des crimes, qui nécessite évidemment un traitement juridique particulier, on ne voit pas ce qui pourrait justifier que des mesures comparables soient prises pour dans le domaine du droit d'auteur, pour lequel la directive 2001/29 garantit déjà un haut niveau de protection, et dont la Cour de Justice rappelle décision après décision qu'il doit être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux. Les rapporteurs balaient d'ailleurs ce nécessaire équilibre lorsqu'ils se hasardent à proposer des amendements à la directive 2001/29.

La plus sommaire des études d'impact qui viendrait précéder l'adoption de tels amendements montrerait clairement à quel point ceux-ci mettrait en péril l'exercice des libertés fondamentales et entraînerait en outre de phénoménaux coûts de transaction. On l'illustrera par deux illustrations

seulement, mais en indiquant que c'est à chaque utilisation par chaque utilisateur d'internet que se poseraient des problèmes insurmontables :

- Le rapport propose qu'une « autorisation préalable » soit requise pour le « mise en œuvre » des droits économiques des auteurs. Cela voudrait donc dire que tout texte critique mis en ligne devrait d'abord être précédé de l'autorisation de la personne auteur de l'œuvre qui va être critiquée, que toute vidéo parodique devra être précédée de l'accord de l'ensemble des ayants droit dont la vidéo originale sera parodiée, etc. Bienvenue dans un monde où il faut demander une autorisation avant de s'exprimer ! Inutile de dire que cela serait contraire à la charte sur les droits fondamentaux, en particulier en ce qui concerne la liberté d'expression...

- Les ayants droit représentés au CSPLA objecteront qu'il suffirait de passer une licence avec eux pour obtenir une fois pour toute une autorisation. Ce serait ignorer qu'ils ne représentent qu'une fraction des œuvres et des auteurs existants. Pour l'ensemble des autres œuvres et auteurs, autrement dit pour l'immense majorité de ces auteurs et œuvres (on rappellera que rien que sur YouTube sont mises en ligne chaque minute 400 heures de vidéo), il faudrait identifier le ou les auteurs, puis demander une autorisation, avant même de se lancer dans, par exemple, une parodie ou une critique. Il suffit de lire les arrêts Scarlet, Sabam ou Telekabel de la CJUE pour comprendre immédiatement que cela serait contraire aux droits fondamentaux. Tiens, au fait, s'étonnera-t-on qu'AUCUN de ces arrêts ne soient cités dans le rapport ... ?

### **Un rapport qui passe sous silence l'importante contribution des acteurs internet à la création**

Enfin, alors que le financement par d'autres acteurs est clairement évoqué, l'ASIC s'étonne de l'absence de toute référence à la participation des acteurs de l'internet communautaire au financement de la culture. En effet, il convient de rappeler qu'en matière de financement de la culture, deux méthodes coexistent : le préfinancement, sous la forme de perception de taxes et/ou d'acquisition de droits de diffusion et le financement "ex-post". Ces deux modèles économiques de la Culture cohabitent actuellement. Contrairement aux idées reçues et à ce qu'indique le rapport page4 (etce n'est pas là, malheureusement, sa seule erreur, il en est truffé), l'ASIC souhaite rappeler que les hébergeurs de vidéo, par exemple, contribuent d'ores et déjà au financement de la création en reversant, à un niveau sans précédent, une quote-part des revenus publicitaires aux ayants droit ou via des accords volontaires conclus avec des sociétés de gestion collective. Plus de la majorité des revenus sont ainsi reversés aux créateurs et ayants droit.

A ce jour, il convient de noter que rares sont les acteurs à reverser plus de 50% de leur chiffre d'affaires au profit du financement de la culture. Même la part des taxes versées par les fournisseurs d'accès à l'internet et les opérateurs de télécommunication n'atteint pas ce pourcentage.

C'est pourquoi, l'ASIC conteste fortement l'idée selon laquelle les acteurs de l'internet ne contribuent pas au financement de la culture et demande que soit sacralisé le fait que le statut de l'hébergeur n'empêche pas d'apporter la plus forte contribution au financement de la création.

Dans le même ordre d'idée, il importe d'insister sur la nécessité de générer des empreintes nécessaires au fonctionnement des outils dits de fingerprinting, seuls à même de protéger les œuvres de l'esprit en amont de leur diffusion, dans le cadre des aides à la numérisation des œuvres pour leur exploitation.

L'ASIC estime que cette mesure devrait être étendue : il semblerait en effet particulièrement utile que dans le plus proche avenir, les aides à la production et à la distribution soient attribuées en

tenant compte de la génération effective des empreintes numériques des œuvres pour lesquelles une demande d'aide est faite auprès des services de l'Etat.

### **Un rapport biaisé, et tout simplement inacceptable**

En conclusion, la Mission du CSPLA a dressé un portrait véritablement biaisé du régime existant.

Selon les conclusions de cette Mission, les tribunaux français appliqueraient à tort le régime de responsabilité des intermédiaires. L'ordre judiciaire dans son ensemble, des tribunaux de grande instance à la Cour de cassation, appréciera l'anathème, jeté dans un document qui ne cite pourtant aucune - AUCUNE - décision judiciaire française !

Cette même Mission se borne à faire le procès de certains passages d'un arrêt rendu par la CJUE en 2010, afin de pouvoir appliquer son programme politique et tirer ses conclusions anti-intermédiaires. Elle ignore donc l'ensemble des décisions rendues par les juridictions françaises en application de cet arrêt européen, dans lesquelles les juges ont appliqué aux faits les lignes directrices fixées par la CJUE et lui ont donné consistance.

La Mission prétend qu'existerait une exonération de responsabilité des intermédiaires alors qu'ils bénéficient d'un mécanisme de responsabilité spécifique.

Les tribunaux n'hésitent d'ailleurs pas à les sanctionner, lourdement si besoin (par exemple, CA Paris, 2 déc. 2014 ; TGI Paris, 15 mars 2015). La France est aussi le seul pays d'Europe où plusieurs moteurs de recherche ont été condamnés à bloquer l'accès à des sites contrefaisants (TGI Paris, réf., 28 nov. 2013), décision sans équivalent. C'est dire si les droits des auteurs sont déjà particulièrement bien protégés en France à droit constant.

Qu'elles retiennent ou non la responsabilité des intermédiaires, toutes ces décisions de justice, par leur existence même, montrent bien que les ayants droit n'hésitent pas à poursuivre les acteurs de l'internet afin de faire respecter la propriété littéraire et artistique. En écrivant que les ayants droit renonceraient à le faire, la Mission a, là aussi, une approche à charge.

**Tout au long de son rapport, la Mission a travesti la vérité pour parvenir à ses fins. Ce qui discrédite sa proposition de réviser le régime de responsabilité des intermédiaires, qu'elle prétend avoir étudié mais qu'en réalité elle méprise.**

L'ASIC considère que le Gouvernement français se doit de préserver le statut de l'hébergeur, toute remise en cause n'ayant pour effet que d'imposer une censure des contenus diffusés sur l'internet et pourrait jeter un discrédit sans précédent sur la France.

## **II°) Commentaires de la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Sacem)**

A titre liminaire, la Sacem entend saluer l'excellence du travail accompli par la mission tant au regard de l'analyse des enjeux liés à l'articulation des directives Commerce Electronique et DADVSI que de ses propositions de rédaction.

### **I. Sur le diagnostic effectué par la mission**

La Sacem est favorable à l'idée selon laquelle il conviendrait de modifier les effets de la jurisprudence, européenne et/ou nationale, qui tend à considérer que certains nouveaux acteurs de l'internet peuvent bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité édicté par l'article 14 de la directive Commerce Electronique. La Sacem considère à cet égard que le régime juridique de l'hébergeur ne doit s'appliquer qu'aux simples prestataires techniques dont l'activité est limitée au stockage d'œuvres et/ou objets protégés en vue d'une mise à disposition en ligne de ceux-ci. En aucun cas l'article 14 n'a vocation à s'appliquer à des entités dont l'activité consiste, en sus du stockage de ces œuvres et/ou objets, à mettre à disposition ceux-ci au public.

Ainsi, certaines plateformes communautaires, comme Youtube, Dailymotion ou Soundcloud, ou certains réseaux sociaux, comme Facebook, ne doivent pouvoir invoquer le statut de l'hébergeur à leur profit étant donné que leur activité dépasse très largement le simple stockage des données et consiste principalement à donner accès à des œuvres et/ou objets, protégés par les droits d'auteur et les droits voisins, au public.

En revanche, la Sacem considère, à l'instar de la mission, que le régime juridique des fournisseurs d'accès ou des fournisseurs de cache (articles 12 & 13 de la directive Commerce Electronique) n'a pas vocation à être modifié.

En effet, la seule raison qui justifie une clarification dans l'articulation des directives Commerce Electronique et DADVSI réside dans une application erronée, car trop large et imprécise, du régime juridique de l'hébergeur à des entités dont l'activité va bien au-delà de la simple fourniture d'une prestation d'hébergement.

Outre la difficulté pour la Sacem de mettre en œuvre les droits patrimoniaux dont elle est cessionnaire qui résulte d'une telle situation, une intervention législative s'impose pour des raisons de rectitude juridique - une application inappropriée du statut de l'hébergeur à des entités qui se comportent en réalité comme des diffuseurs - étant précisé que la Sacem est disposée à délivrer des licences auprès de tous les exploitants qui en font la demande et qui acceptent de négocier de bonne foi avec elle.

### **II. Sur des modalités d'intervention**

La Sacem rejoint les conclusions de la mission qui considère que cette clarification doit être effectuée à un niveau européen et qu'elle doit prendre la forme, non pas d'une simple recommandation interprétative, mais d'une modification législative.

Sur ce point, la Sacem rappelle que les communications interprétatives relèvent, selon la Commission européenne, de la catégorie des recommandations et avis visés à l'alinéa 5 de l'article 288 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE. Par conséquent, l'adoption d'une simple recommandation et/ou avis n'aurait aucune force contraignante et ne préjugerait pas de l'interprétation par la CJUE des directives en question. Un document de nature interprétative ne permettrait donc pas de corriger les errements jurisprudentiels dénoncés ci-dessus.

En outre, la Sacem partage l'analyse de la mission qui considère qu'il est préférable de clarifier les dispositions figurant dans la directive DADVSI plutôt que celles de la directive Commerce Electronique. Ce choix est justifié par le fait que la Sacem n'entend pas remettre en cause l'application de l'article 14 de la directive Commerce Electronique aux prestataires techniques qui se contentent d'offrir une simple prestation de stockage. En outre, la spécificité de cette problématique justifie de ne pas intervenir au niveau de la directive Commerce Electronique, qui constitue une norme transversale, mais bien au niveau de la directive DADVSI qui traite spécifiquement des questions des droits de propriété littéraire et artistique sur Internet.

### III. Sur les propositions de texte de la mission

Comme précisé ci-avant, la Sacem approuve le critère retenu par la mission qui estime que l'article 14 de la directive Commerce Electronique n'a pas vocation à s'appliquer à des entités dont l'activité consiste à mettre à disposition du public des œuvres et objets protégés. Contrairement aux prestations purement techniques d'hébergement de sites web par exemple, qui sont véritablement agnostiques en matière de contenus, le modèle économique de ces nouveaux acteurs repose, non sur une prestation de pur stockage, mais sur la mise à disposition de contenus. Une telle utilisation des œuvres génère pour ces entités des profits, notamment sous la forme de revenus publicitaires, auxquels les titulaires de droits doivent être associés.

De même, la Sacem partage l'analyse selon laquelle il est indifférent que les infrastructures ou fonctionnalités grâce auxquelles ces entités donnent au public accès aux œuvres revêtent un caractère automatisé. Cette caractéristique, consubstantielle au mode de fonctionnement de l'Internet, n'a jamais permis par elle-même d'écarter l'existence d'un acte d'exploitation qu'il s'agisse d'un acte de reproduction ou de communication au public.

La SACEM estime totalement pertinent le raisonnement retenu par la mission qui considère, notamment dans le cadre des plateformes UGC, que l'acte de communication au public est à la fois unique et conjointement réalisé par deux personnes : l'internaute qui poste le contenu et la plateforme qui le met à disposition du public. La Sacem approuve donc la rédaction du considérant 16 bis et de l'article 9 bis qui vont dans ce sens.

Elle approuve également la rédaction du considérant 24 bis dont l'objectif est de permettre, dans le cadre d'un acte de communication au public subséquent à un premier acte de communication au public (exemple un lien profond sur un site B pointant vers une première mise à disposition d'une œuvre sur un site A), de s'affranchir du critère de nouveau public tel qu'exigé par la CJUE dans ses décisions Svensson et Bestwater. Un tel critère de nouveau public est manifestement contraire aux dispositions de la Convention de Berne et des Traités OMPI pour retenir l'existence d'un acte de communication au public dans ce cas spécifique.

En revanche, la Sacem considère qu'il n'est pas justifié que les clarifications apportées par la mission fassent l'objet d'une application différée dans la mesure où ces dernières ne créent pas de nouvelles règles de droit mais ont pour objectif de respecter la façon selon laquelle les directives Commerce Electronique et DADVSI doivent se coordonner depuis leur origine.

Par ailleurs, la Sacem tient à préciser que la possibilité, telle qu'envisagée par la mission, sous une forme au demeurant très générale, d'instituer un devoir de collaboration entre les ayants droit et les entités concernées par ces clarifications ne saurait constituer un quelconque préalable à la mise en œuvre de ces dispositions légales sauf à en remettre en cause leur portée.

De plus, un tel devoir de collaboration n'aurait aucun sens dans le cadre de la délivrance d'une licence d'autorisation par des ayants droit à ces entités. Dans ces conditions, la Sacem estime ne pas être concernée par une telle mesure.

Enfin, la Sacem souhaite apporter quelques précisions aux propositions de rédaction de la mission.

Tout d'abord, elle considère que la règle proposée par la mission selon laquelle l'autorisation donnée par les titulaires de droits au service doit couvrir les actes d'exploitation accomplis par les utilisateurs dudit service ne doit s'appliquer que lorsque ces utilisateurs agissent à titre non professionnel. En effet, contrairement à ces derniers, les utilisateurs professionnels ont tous les moyens d'identifier et d'approcher les titulaires de droits des œuvres et/ou objets protégés qu'ils utilisent afin d'obtenir de ces derniers les autorisations nécessaires aux actes d'exploitation accomplis.

Ensuite, elle estime préférable de rapprocher la rédaction de l'article 9bis de celle retenue pour le considérant 16bis.

Ainsi le dernier paragraphe du considérant 16 bis pourrait être rédigé de la manière suivante :

« Cette autorisation couvre les actes accomplis par les utilisateurs de leurs services, lorsqu'ils n'agissent pas à titre professionnel, aux fins de donner au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés. »

De même, le dernier paragraphe de l'article 9 bis rédigé comme suit :

« Cette autorisation couvre les actes accomplis par les utilisateurs de ces services, lorsqu'ils n'agissent pas à titre professionnel, aux fins de donner au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés. »

### **III°) Commentaires du Syndicat des éditeurs de la presse magazine (SEPM)**

Le SEPM salue le rapport et les propositions de la Mission présidée par M. Pierre Sirinelli, portant sur l'articulation des directives 2000/31 et 2001/29.

Ses conclusions apportent une réponse attendue par les éditeurs de presse magazine, dans le contexte des menaces qui pèsent sur leurs contenus dans l'univers numérique. Mobilisés contre ces risques de dissémination, les éditeurs de presse soutiennent la volonté de clarification des statuts des acteurs de l'internet, qui participe à l'établissement de solutions adéquates pour la défense de leurs droits et le partage de la valeur.

Le SEPM appuie également la démarche en faveur d'un retour à une interprétation des textes en conformité avec les principes du droit d'auteur de la Convention de Berne. La jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union Européenne et en particulier la décision « Svensson » du 13 février 2014 qui concerne un site de presse en ligne, et rendue en matière d'hyperliens, met en risque la capacité des éditeurs de presse à maîtriser leurs contenus dans la mesure où l'opposabilité du droit d'auteur est désormais soumise à une nouvelle exigence, celle d'un « public nouveau ». La presse magazine s'inquiète de la possibilité ainsi offerte aux prestataires dont l'activité serait la fourniture de bases de liens, de reprendre des articles de presse sans avoir à se préoccuper des droits attachés aux contenus protégés. Dans le contexte de la réforme annoncée de la directive européenne « société de l'information », la préservation du système de droit d'auteur passera également par un infléchissement de cette interprétation faite en contradiction avec les principes de droit d'auteur.