

Droit d'auteur et marché unique numérique II.

Conséquences pour les hébergeurs et la liberté d'expression

[observation] Le projet de directive européenne sur le droit d'auteur entend renforcer la responsabilité de certains prestataires de services en ligne. Ces dispositions auraient un impact tant sur le plan économique que sur celui de la liberté d'expression.

L'article 13 de la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique¹ vise à imposer à certains prestataires de services la mise en place de mesures destinées à empêcher la diffusion au public d'œuvres de l'esprit sans l'accord des titulaires de droits. Mesures nécessaires afin d'endiguer la contrefaçon sur Internet pour certains, cette disposition est vécue comme une entrave disproportionnée à la liberté d'expression pour d'autres. Qu'en est-il réellement ?

Les mesures envisagées

Cette disposition vise les prestataires de services qui « *stockent un grand nombre d'œuvres ou d'autres objets protégés chargés par les utilisateurs et qui donnent accès à ces œuvres* ». Comme toute disposition issue d'une directive, sa compréhension doit être éclairée à l'aune des considérants qui s'y réfèrent.

En substance, il apparaît que ces prestataires de services doivent mettre en place des mesures destinées à empêcher la mise à disposition d'œuvres protégées, d'une part, et conclure, sauf à ce qu'ils bénéficient « *de l'exemption de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive n° 2000/31/CE* »², des contrats de licence avec les titulaires de droits³, d'autre part.

On l'aura compris, il résulte de la lecture du considérant 38 que les hébergeurs, prestataires de service

bénéficiant de l'exemption de responsabilité prévue par l'article 14 de la directive e-commerce, ne seront pas soumis à l'obligation de négocier des contrats de licence avec les titulaires de droits même s'ils sont encouragés à coopérer avec ces derniers⁴. Leur seule obligation consiste donc à mettre en place des « *mesures telles que le recours à des techniques efficaces de reconnaissance des contenus* »⁵.

A priori, rien de très nouveau. Il s'agit simplement d'appliquer une disposition parfois oubliée de la directive e-commerce permettant d'imposer une obligation de prévention aux hébergeurs⁶. *A posteriori* pourtant, cette disposition semble être, à de nombreux niveaux, attentatoire aux libertés individuelles dont l'effectivité sur Internet est notamment garantie par le régime de responsabilité des hébergeurs.

Le risque de déqualification de certains business model

La question de la qualification des plateformes collaboratives ou participatives a fait l'objet de nombreux débats dans les prétoires depuis la transposition de la directive e-commerce par la Loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004⁷.

Pour postuler à la qualité d'hébergeur, et donc au régime de responsabilité limitée prévu par l'article 14 de la directive e-commerce, la CJUE avait considéré, dans une

affaire Google Adwords c. Vuitton⁸, que le postulant devait démontrer son rôle passif par rapport aux contenus. Seule difficulté, l'interprétation de cette notion était renvoyée aux juridictions nationales qui, en France, ne se sont jamais réellement prononcées sur ce qu'il fallait entendre par « passivité ».

En tout état de cause, la jurisprudence française avait toutefois exclu que la qualification d'hébergeur soit rejetée du seul fait que ces derniers dressent une architecture organisationnelle de leur site ou encore du fait que leur *business model* était fondé sur des rémunérations publicitaires.

Nombre de services en ligne ont donc construit leur *business model* sur cette jurisprudence leur permettant de ne pas être responsable, sous réserve du respect de certaines obligations propres aux hébergeurs⁹, des contenus fournis par les utilisateurs de leur service. En d'autres termes, faire entrer les plateformes participatives ou communautaires dans la catégorie des hébergeurs a permis de les rassurer quant à la mise en jeu de la responsabilité relative aux contenus tiers. Partant, ce type de

1. Ci-après « la proposition de directive »
2. Plus connue sous le nom de directive e-commerce
3. Voir le considérant 38
4. Article 13 al. 3 de la proposition de directive
5. Art. 13
6. Art. 14.3 : Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.
7. Voir à ce titre : L. Thoumyre. « Hyperdossier – La responsabilité des acteurs du web 2.0 entre 2006 et 2010 ». Juriscom.net, 1^{er} février 2010, <http://juriscom.net/2010/02/hyperdossier-la-responsabilite-des-acteurs-du-web-2-0-entre-2006-et-2010-actualisation-10-mai-2010>
8. CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08
9. *i.e.* retirer les contenus promptement dès lors qu'ils en ont connaissance par un tiers par le biais d'une décision de justice ou d'une notification en la forme de l'article 6-I-5 de la LCEN

//// service permet donc, sans avoir à pratiquer une quelconque censure, à tout un chacun de s'exprimer sur la Toile et favorise dès lors l'exercice de la liberté d'expression.

Or, la lettre de la proposition de directive et plus particulièrement son considérant 38 pourraient remettre en cause l'équilibre entre obligation de retrait et effectivité des libertés individuelles. En effet, le législateur européen précise dans cette disposition que le rôle actif¹⁰ du prestataire de service sera caractérisé « *notamment en optimisant la présentation des*

œuvres ou autres objets protégés mis en ligne ou en assurant leur promotion, indépendamment des moyens employés à cet effet ».

Cette formulation quelque peu ambiguë pourrait permettre à certains plaideurs de s'engouffrer dans une brèche en considérant qu'une plateforme collaborative qui organise un classement des contenus, sans que cela ne soit révélateur d'un véritable choix éditorial mais seulement d'un processus automatique, d'arguer que les moyens utilisés, quels soient-ils, sont révélateurs d'un rôle actif. Il est donc permis

de penser que ce type de services pourrait, eu égard aux risques juridiques, se réduire à peau de chagrin et, partant, ne plus permettre l'effectivité de la liberté d'expression sur Internet de manière optimisée.

La mise en place de mesures de filtrages inconditionnelles

La galaxie des hébergeurs répond à des *business model* très hétéroclites. Un hébergeur peut à la fois être un blogueur qui accueille sur ses pages les commentaires de ses amis mais aussi un service tel que Youtube fourni par une multinationale.

À vrai dire, la question du filtrage des contenus illicites n'est pas nouvelle. Elle est même remontée jusqu'à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui, de notre point de vue, avait trouvé une réponse proportionnée en considérant que ces mesures ne pouvaient porter atteinte aux libertés individuelles et en réglant la question des coûts quant à la mise en place de solutions techniques permettant d'éviter la mise en ligne de contenus illicites sur la Toile¹¹. En d'autres termes, il semble que la CJUE avait pris en compte le fait que tous les hébergeurs ne sont pas Youtube et ne disposent pas tous de la même puissance financière pour mettre en place des mesures de filtrage efficaces.

Malheureusement, la proposition de directive ne semble pas adopter les mêmes nuances. Une fois de plus, sans modification ou atténuation du texte, c'est la liberté d'expression qui risque d'en pâtir. En effet, imaginons qu'un hébergeur n'ait tout simplement pas les moyens financiers de mettre en place des mesures de filtrage « *efficaces de reconnaissance des contenus* ». Sa responsabilité pourrait être engagée directement pour ne pas avoir mis en place de telles solutions. Partant, il y a tout lieu de penser que l'activité d'hébergeur sera soumise à une sorte de barrière à l'entrée ouverte aux seuls prestataires disposant de moyens économiques leur permettant de répondre à ce type d'obligations.

Le propos n'est pas de remettre en cause l'obligation de prévention incombant aux hébergeurs mais plutôt de trouver des solutions permettant de prendre en

compte la galaxie et la diversité des hébergeurs. À ce titre, on ne peut s'empêcher de citer Lionel Thoumyre, précurseur sur les questions de responsabilité des hébergeurs, qui, dès 2000, plaideait pour l'application aux hébergeurs d'une clause de bon samaritain¹². En substance, cette notion se rapproche de celle de « bon père de famille », bien connue en droit français, permettant d'examiner le comportement fautif ou non d'un acteur de l'économie numérique en fonction des moyens (financiers, humains, techniques) qu'il a à sa disposition et de déduire si oui ou non sa responsabilité peut être engagée.

On le voit, la proposition de directive, concernant le volet « intermédiaires techniques » tout du moins, est sujette à caution, interrogations, voire craintes, susceptibles d'atténuer l'effectivité des libertés sur Internet, ce que dénonce par ailleurs l'Internal Market and Consumer Protection¹³.

Au final, même si on peut noter la volonté affichée du législateur européen d'intégrer dans la procédure un principe du « contradictoire » dès lors que l'alinéa 2 de l'article 13 énonce que « *les États membres veillent à ce que les prestataires de service visés au paragraphe 1 mettent en place des dispositifs de plaintes et de recours à l'intention des utilisateurs pour les litiges relatifs à l'application des mesures visées au paragraphe 1* », on regrettera néanmoins que la proposition de directive, certainement sous l'influence d'un *lobbying* appuyé des ayants droit, propose des solutions pour lutter contre la contrefaçon au travers du seul spectre des acteurs les plus importants. ■

> Ronan Hardouin,

Docteur en droit et avocat au barreau de Paris au sein du cabinet Ulys
Chargé d'enseignement à l'université de Versailles-St Quentin
Rédacteur en chef de Juriscom.net
ronan.hardouin@ulyys.net

Il faut trouver des solutions permettant de prendre en compte la galaxie et la diversité des hébergeurs.