

Droit d'auteur: la Suisse a-t-elle besoin d'une lex Google?

Protection des publications de presse et responsabilité des plateformes de partage

A ses art. 15 et 17, la Directive UE/2019/790 instaure un nouveau droit voisin en faveur des entreprises de presse et oblige les plateformes de partage à faire leurs meilleurs efforts pour obtenir des licences relatives aux œuvres téléversées par leurs utilisateurs. La LDA doit-elle reprendre ces règles?

Art. 15 der Richtlinie (EU) 2019/790 sieht ein neues Schutzrecht für Presseunternehmen vor. Nach Art. 17 sollen Online-Sharing-Plattformen alle Anstrengungen unternehmen, um Lizenzen für die von ihren Nutzerinnen und Nutzern hochgeladenen Inhalte zu erwerben. Sollen diese neuen Regeln ins URG übernommen werden?

I. Introduction

II. Droit des entreprises de médias (publications de presse)

1. Justification d'un nouveau droit en faveur des entreprises de médias
2. Possible transposition helvétique de l'art. 15 de la Directive DAMUN

III. Responsabilité des plateformes de partage

1. Justification d'une responsabilité particulière
2. Le système de la Directive DAMUN

IV. Règles contractuelles impératives prévues par la Directive

V. Conclusion

I. Introduction

Par la Directive UE 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (Directive DAMUN), l'Union européenne a adopté un texte qui instaure notamment un nouveau droit voisin en faveur des entreprises de presse (art. 15 de la Directive) et qui oblige les plateformes de partage à faire leurs meilleurs efforts pour obtenir des licences relatives aux œuvres téléversées par leurs utilisateurs (art. 17). Sans le dire, cette Directive vise ici des services de Google en particulier, à savoir ses pages d'actualités et sa plateforme de partage YouTube. L'art. 17 de la Directive, qui octroie un traitement de faveur pour de nouveaux services de partage, du moins lorsqu'il s'agirait d'acteurs de moindre importance, renforce cette impression. En outre, il a été remarqué que YouTube est largement utilisé pour écouter de la musique en streaming, mais que les redevances versées par YouTube étaient bien inférieures à celles qui sont payées par les autres acteurs du streaming

musical,¹ et l'une des raisons avancées pour expliquer ce phénomène était que le régime d'exonération de responsabilité en faveur des hébergeurs, tel qu'instauré par l'art. 14 de la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, permettait aux plateformes de partage de demeurer passives face aux contenus partagés illégalement (du moins aussi longtemps qu'elles n'en avaient pas une connaissance effective et pour autant ensuite qu'elles agissent promptement pour les faire retirer). La Directive DAMUN a donc un peu d'une *lex Google*, même si cette dénomination est réductrice, on le concède bien volontiers.

Reste que la Directive DAMUN poursuit des objectifs légitimes. Pour les entreprises de presse, il s'agit de les protéger contre une nouvelle forme d'exploitation de leurs prestations. Pour les auteurs et les artistes, le but est d'améliorer leur rémunération, notamment face à la *value gap*, à savoir la différence de rémunération entre les utilisations traditionnelles, hors ligne, et les nouvelles formes d'exploitation numérique, en ligne, pour lesquelles auteurs et interprètes peinent à recevoir des compensations équivalentes. Le législateur helvétique est donc confronté à la question de savoir s'il lui faut une législation similaire.

II. Droit des entreprises de médias (publications de presse)

1. Justification d'un nouveau droit en faveur des entreprises de médias

a) But visé

A son considérant 54, la Directive DAMUN rappelle que la disponibilité de publications de presse en ligne a fait émerger de nouveaux services numériques, tels que les agrégateurs d'informations, pour lesquels la réutilisation de publications de presse constitue une partie importante de leur

IVAN CHERPILLOD, Prof. Dr iur., avocat-conseil, Lausanne.

¹ Source: RIAA, MiDIA Research, chiffres 2017. La tendance paraît s'être inversée depuis lors, si l'on prend en considération ce qui est payé pour YouTube Music.

modèle économique. Or, les entreprises de médias peinent à obtenir une rémunération en contrepartie de cette exploitation de leurs publications. Certes, les œuvres journalistiques sont protégées (y compris les photographies, même lorsqu'elles ne sont pas individuelles, art. 2 al. 3^{bis} LDA) et les éditeurs peuvent se faire céder tout ou partie des droits exclusifs, de sorte qu'ils peuvent les invoquer à l'encontre de ceux qui copieraient leurs publications. Mais les formes d'exploitation numériques sur Internet ont fait apparaître une problématique nouvelle: la reprise de quelques phrases, généralement dépourvues de caractère individuel au sens de la loi et dont la reproduction ne tombe donc pas sous le coup du droit d'auteur, combinée avec l'insertion d'un lien pointant vers l'article en question, permet de fournir des services d'informations complets (par le nombre de publications ainsi indexées) sans avoir à requérir l'autorisation des ayants droit (et sans les rémunérer pour leur travail et leurs investissements). De la sorte, les fournisseurs de services de la société de l'information parviennent à mettre à disposition de leurs utilisateurs des pages d'actualité qui recensent les articles publiés en ligne par les entreprises de médias, sans que celles-ci ne soient en mesure de s'y opposer sur la base du droit d'auteur.²

b) Arguments à l'encontre d'un nouveau droit exclusif

Les fournisseurs de services de la société de l'information ont fait valoir que leurs pages d'actualités augmentent la visibilité et la fréquentation des sites des éditeurs. Cette affirmation, en soi juste, ne change rien au fait que ces fournisseurs de services exploitent la prestation d'autrui sans contribuer à sa rémunération. Si l'on suivait cet argument, on pourrait considérer que la mise en ligne d'œuvres sans l'assentiment de leurs auteurs devrait échapper à tout droit exclusif puisqu'elle augmente la visibilité de ces œuvres ainsi que la notoriété de leurs auteurs, comme si l'on pouvait s'affranchir du droit d'auteur par la publicité ainsi procurée aux œuvres que l'on a illicitement reproduites.

En réaction à l'instauration d'un droit exclusif sur les publications de presse, les exploitants de moteurs de recherche pourraient cesser d'indexer les publications des médias, et pour éviter ce risque, les éditeurs pourraient alors être amenés à concéder des licences gratuites. Mais à supposer que cette situation en vienne à se concrétiser à grande échelle, il y aurait matière à s'interroger, sous l'angle du droit de la concurrence, sur le comportement d'un fournisseur de services qui serait en position dominante et qui en profiterait pour faire une sorte de chantage à la désindexation (ou sur un tel comportement qui résulterait d'un accord exprès ou tacite entre les fournisseurs de services). Il faut cependant bien concéder que le droit de la concurrence est d'une application difficile, et que le risque de désindexation est sérieux.

2. Possible transposition helvétique de l'art. 15 de la Directive DAMUN

a) Principes

Pour l'essentiel, le droit suisse pourrait reprendre les règles de l'art. 15 de la Directive DAMUN: droit exclusif sur la reproduction et la mise en ligne des publications de presse (art. 15 ch. 1 al. 1), protection limitée à deux ans (art. 15 ch. 4), indépendance des droits d'auteur (art. 15 ch. 2), exceptions et limitations (art. 15 ch. 3), et partage des revenus avec les auteurs (art. 15 ch. 5).

b) Différences envisageables

Par rapport à la Directive, la définition de la publication de presse pourrait être simplifiée. Le terme «presse» est par ailleurs trop lié aux publications imprimées, alors que les publications en ligne doivent être mises au bénéfice de la protection. On pourrait ainsi définir la publication protégée comme une collection composée principalement d'œuvres journalistiques, quel qu'en soit le support, qui forme une unité dans une publication régulièrement actualisée sous un titre unique, qui est faite sous la responsabilité éditoriale d'une entreprise de médias.

Par ailleurs, la Directive confère aux entreprises de médias des droits exclusifs de reproduction et de mise en ligne à l'encontre de l'utilisation de leurs prestations par des «fournisseurs de services de la société de l'information» au sens de l'article 1^{er} ch. 1 b) de la directive (UE) 2015/1535, ce qui recouvre tous les services prestés normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services. Une telle définition n'est guère limitative. On pourrait plutôt limiter le droit exclusif aux seules utilisations dans les affaires, étant entendu que l'on viserait ainsi non seulement les services payants mais aussi ceux qui se financent (en tout ou en partie) par la publicité ou qui procèdent à la collecte de données personnelles à des fins publicitaires, ou encore de tels services lorsqu'ils cherchent à augmenter leur attractivité grâce à l'utilisation des prestations élaborées par des entreprises de médias.

A ce propos, l'art. 15 ch. 1 al. 2 et 3 de la directive prévoit que les droits exclusifs «ne s'appliquent pas aux utilisations, à titre privé ou non commercial, de publications de presse faites par des utilisateurs individuels». Autrement dit, la Directive n'autorise pas l'utilisation à des fins non commerciales par des personnes morales. Pourtant, il peut se justifier de permettre des utilisations à des fins non commerciales par des associations, des fondations ou même des sociétés commerciales (p.ex. pour permettre à de telles personnes morales de faire figurer sur une page de leur site

2 En droit suisse, l'art. 5 lit. c LCD aurait pu fournir une certaine protection, mais cette disposition est d'une application difficile (cf. not. F. THOUVENIN, Art. 5 lit. c UWG reloaded, sic! 2018, 595 ss) et convient mal aux cas dans lesquels l'auteur de la prestation est confronté à des utilisations de masse.

Internet des extraits d'articles de presse les concernant, avec un lien qui pointe vers le site de l'entreprise de médias).

On relèvera aussi que l'exception en faveur des «très courts extraits» (art. 15 ch. 1 al. 4 de la Directive) peut interdire: couplée à l'autorisation des hyperliens, ne risque-t-elle pas de vider de son sens l'efficacité du droit exclusif, en permettant de reprendre les titres et les accroches et de renvoyer à l'article par un lien? Le considérant 58 de la Directive déclare que cette exception doit être «interprétée de manière à ne pas affecter l'efficacité des droits prévus dans la présente directive», ce qui est peu éclairant.

c) Adaptation de l'art. 28 al. 2 LDA

En droit suisse, l'art. 28 al. 2 LDA permet notamment la mise en ligne³ «de courts extraits d'articles de presse et de reportages radiophoniques ou télévisés». Par conséquent, il entrerait en conflit avec un droit voisin des éditeurs de médias. L'art. 28 al. 2 devrait donc être aménagé pour réserver ce nouveau droit.

Par ailleurs, si l'on veut que les entreprises de médias (qui produisent des contenus journalistiques propres) puissent continuer à réaliser des miroirs de presse formés d'extraits d'autres publications de presse, l'art. 28 al. 2 devrait alors comporter une réserve en leur faveur.

d) Services de veille médiatique

En Suisse actuellement, la jurisprudence permet la réalisation de services de veille médiatique (sous forme papier ou numérique) sous le couvert de l'art. 19 al. 1 litt. c (usage à des fins d'information interne ou de documentation) en combinaison avec son al. 2 (la personne autorisée à se prévaloir de la limitation en faveur de l'usage privé peut en charger un tiers)⁴ contre paiement d'une rémunération soumise à l'approbation de la Commission arbitrale.⁵ De tels services ne devraient-ils pas relever du droit exclusif qui serait accordé aux entreprises de médias? Il est bien singulier qu'ils puissent se prévaloir de l'exception en faveur de l'usage privé de leurs clients.⁶

e) Droit à rémunération plutôt qu'un droit exclusif?

Dès lors que le but est en fin de compte d'assurer une juste rémunération aux entreprises de médias pour l'exploitation en ligne de leurs prestations, on pourrait être tenté d'instaurer un simple droit à rémunération. Ce n'est pas la solution du droit européen. En outre, on n'est pas ici en présence d'utilisations de masse impliquant de très nombreux acteurs, et il ne s'agit pas non plus de formes d'exploitation secondaires (comme à l'art. 22 LDA). Par ailleurs, les règles de l'art. 60 LDA seraient inadaptées: en l'absence de recettes liées à une page d'actualités, et compte tenu de la modicité des frais d'une telle utilisation, un calcul de la redevance en proportion des recettes ou des frais ne déboucherait pas sur une rémunération appropriée. Enfin, une surveillance de la Commission arbitrale ne semble en soi pas nécessaire (le

risque d'un tarif excessif paraît peu vraisemblable, compte tenu de la position occupée par les fournisseurs de services de l'information tels que Google, et à l'inverse, le risque d'une rémunération insuffisante est peut-être plus élevé dans le cas d'un simple droit à rémunération). Reste que l'objectif du nouveau droit exclusif est d'obtenir une rémunération, et non de bloquer la mise en ligne de contenus, et qu'un droit à rémunération, «encadré» par une surveillance (qui devrait alors suivre des règles *ad hoc* et non celles de l'art. 60 LDA), pourrait constituer une solution.

III. Responsabilité des plateformes de partage

1. Justification d'une responsabilité particulière

a) Responsabilité des plateformes de partage: état du droit suisse

En droit suisse, la question n'est pas définitivement tranchée. Le Tribunal fédéral semble être d'avis que les exploitants de portails et les hébergeurs (qui rendent des films accessibles sans le consentement des ayants droit) commettent une violation du droit d'auteur.⁷ Une telle affirmation est sans doute trop générale, et n'a d'ailleurs pas été faite dans un arrêt relatif à la responsabilité d'une plateforme de partage, si bien qu'elle ne peut guère être considérée comme définitive.

Reste qu'elle paraît juste si l'on parle de plateformes dont la seule finalité tient dans la mise en ligne d'œuvres sans égard aux règles du droit d'auteur. Peu importe à cet égard que les œuvres soient alors téléversées par les utilisateurs et qu'elles soient accessibles par des liens ou d'autres moyens techniques (fichiers pour permettre l'échange pair à pair, p.ex.): la LDA est technologiquement neutre, et il faut tenir compte du résultat visé par de telles plateformes. Dans un tel cas, la plateforme utilise simplement des astuces techniques et commerciales (en incitant les utilisateurs à partager des films, des séries, etc.) pour se constituer en portail où sont en accès les contenus les plus divers et surtout les plus demandés (et finalement pour engranger des recettes, notamment publicitaires, ou encore pour promouvoir une

3 Même si le texte légal ne mentionne pas la mise à disposition, les travaux préparatoires (BBl. 1989 III 547, FF 1989 III 531) et la doctrine (D. BARRELET/W. EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, 4. Aufl., URG 28 N 15; S. MACCHIACHINI/R. OERTLI, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), *Stämpflis Handkommentar zum Urheberrechtsgesetz (URG)*, 2. Aufl., Bern 2012, URG 28 N 33 avec d'autres références; I. CHERPILLOD, *SIWR II/1*, 3. Aufl., Basel 2014, 306) confirment que l'art. 28 vise également cette forme d'utilisation. Le Message montre que l'énumération de l'art. 28 était censée englober toutes les prérogatives mentionnées à l'art. 10 al. 2 (et à l'époque déjà, on considérait que la transmission par un réseau relevait de l'art. 10 al. 2 litt. c).

4 ATF 133 III 473 ss.

5 Perçue en application des tarifs TC 8 et 9 de ProLitteris.

6 Voir les critiques recensées par C. GASSER, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), *Stämpflis Handkommentar zum Urheberrecht (URG)*, 2. Aufl., Bern 2012, URG 19 N 27.

7 ATF 145 III 72 ss: «Dass den Portalbetreibern und Hostern, welche die fraglichen Filme auf dem Internet zugänglich machen, eine Urheberrechtsverletzung vorzuwerfen ist, stellt auch die Beschwerdegegnerin nicht in Abrede».

«culture libre», en réalité une culture du piratage, ce que fait p.ex. The Pirate Bay). Dans de tels cas, il serait juste de considérer que la plateforme effectue une mise à disposition elle-même, avec la participation de ses utilisateurs.

Sous réserve des cas que l'on vient d'évoquer, la responsabilité de la plateforme devrait être appréhendée sous l'angle de la participation à un acte illicite. La jurisprudence a récemment consacré la thèse selon laquelle c'est l'art. 50 CO, et non l'art. 28 CC, qui détermine les conditions de la responsabilité du participant à une violation d'un droit de propriété intellectuelle.⁸ Elle a également consacré l'exigence d'un lien de causalité adéquate entre le comportement du participant et l'acte illicite.⁹ Auparavant, la jurisprudence en matière de brevets avait montré que l'usage de dispositifs particuliers, qui peuvent être utilisés à des fins aussi bien licites qu'illicites, ne pourra constituer un acte de participation illicite que s'il s'inscrit dans le cadre d'un acte illicite principal (caractère accessoire de la participation), d'une part, et si le participant sait ou doit savoir que les moyens qu'il met à disposition sont propres à être utilisés de manière illicite et qu'ils sont effectivement destinés à une telle utilisation par l'auteur principal, d'autre part.¹⁰ Cette exigence ne se confond pas avec celle de la faute: il s'agit ici non pas de savoir si le participant est fautif ou non, mais de déterminer les conditions auxquelles la participation est illicite. C'est pourquoi l'on parle à son propos d'élément subjectif de l'illicéité.

Appliqué aux plateformes de partage, le lien de causalité adéquate est sans doute réalisé. Toutefois, les conditions liées à l'accessoriété et à l'élément subjectif de l'illicéité font obstacle à une responsabilité en dehors des cas dans lesquels la plateforme a connaissance (ou aurait dû avoir connaissance) d'une violation dans un cas particulier (à savoir la violation commise par l'auteur principal – sans qu'il soit nécessaire de connaître l'identité de l'auteur principal).

Une plateforme de partage pourrait donc être vue tantôt comme effectuant une mise à disposition, tantôt comme un simple participant dont la responsabilité ne serait engagée qu'en présence de violations concrètes dont elle aurait eu connaissance, ou dont elle aurait dû avoir connaissance.

b) Nécessité d'une nouvelle réglementation

Tant que les plateformes de partage pourront faire valoir qu'elles ne sont pas responsables des violations dont elles ne devaient pas avoir connaissance dans un cas concret, elles demeureront dans cette position où des contenus seront téléversés en violation du droit d'auteur, ce qui leur permet de gagner en audience et de faire croître leurs recettes publicitaires, tout en restant passives jusqu'à ce qu'un ayant droit se manifeste. En effet, elles pourront attendre une réaction, et se contenter de retirer le contenu mis en ligne sans le consentement de l'ayant droit (lequel n'est par ailleurs pas indemnisé pour l'utilisation illicite de son œuvre ou de sa prestation).

C'est donc l'application du régime de la participation (éventuelle) à un acte illicite qui permet aux plateformes de

laisser proliférer des contenus portant atteinte au droit d'auteur et d'en profiter largement. On pourra rétorquer qu'il s'agit là d'une simple conséquence du régime de la participation à un acte illicite, dans une situation où l'auteur (principal) de la violation est celui qui téléverse les contenus sur la plateforme. Mais c'est précisément ce qu'il s'agit de changer, pour éviter les violations massives dans une situation de quasi-impunité (résultant du fait que les auteurs principaux sont des individus opérant généralement sous des pseudonymes, et dont la poursuite se heurte à de nombreux obstacles pratiques, tandis que la plateforme peut faire valoir qu'elle n'avait ni ne devait avoir connaissance de chacune des violations concrètes, et qu'elle a promptement agi pour faire retirer le contenu litigieux dès qu'elle en avait connaissance).

Certes, le droit suisse connaît déjà des procédures de *notice and take down/stay down* (art. 39d LDA). Mais si l'ayant droit parvient à faire retirer des contenus illicitement mis en partage, c'est au prix d'un effort de surveillance sans cesse renouvelé, et sans obtenir de rémunération pour la mise en ligne de ses œuvres ou de ses prestations. A cet égard, les procédures de *notice and take down* sont certes bienvenues, mais insuffisantes. Et sachant que des plateformes telles que YouTube sont largement utilisées pour l'écoute de musique (de la même manière que des services de streaming payants), il est légitime que leurs obligations soient similaires. Dès lors, le mécanisme choisi par la Directive DAMUN, qui entend contraindre les plateformes de partage à obtenir des licences, paraît justifié.

Il faut cependant souligner que des plateformes comme YouTube ne sont pas restées insensibles au respect du droit d'auteur. Aujourd'hui, YouTube facilite le retrait de vidéos mises en ligne, par les programmes de vérification de contenu et l'outil Copyright Match Tool,¹¹ et le système Content-ID permet à ceux qui y seraient éligibles de bloquer ou de monétiser une vidéo en ajoutant des annonces.¹² Reste que ces systèmes ne permettent pas aux ayants droit d'obtenir une rémunération (sous réserve de ceux qui sont éligibles au système Content-ID).

8 ATF 145 III 72 ss.

9 Même arrêt.

10 ATF 129 III 588 ss, repris dans ATF 143 III 666 ss.

11 Outil qui permet d'analyser les vidéos mises en ligne sur YouTube pour détecter les correspondances potentielles avec une vidéo qui a valablement fait l'objet d'une demande de retrait.

12 Pour les titulaires qui détiennent les droits exclusifs sur une partie significative d'un contenu régulièrement mis en ligne, ce service permet de détecter la correspondance entre des vidéos mises en ligne avec une base de données de vidéos fournies par les titulaires. Lorsqu'une correspondance est établie entre une vidéo et du contenu qui leur appartient, les titulaires de droits d'auteur peuvent choisir de bloquer la vidéo, de la monétiser en y ajoutant des annonces (et parfois en partageant les revenus avec l'utilisateur ayant mis en ligne la vidéo), ou encore simplement de suivre les statistiques de visionnage de la vidéo.

2. Le système de la Directive DAMUN

a) Limitation de responsabilité et meilleurs efforts

Le droit européen avait introduit une limitation de responsabilité pour les hébergeurs à l'art. 14 de la Directive sur le commerce électronique (directive 2000/31/CE). L'art. 17 ch. 3 de la Directive DAMUN prévoit désormais que cette exonération ne s'applique pas aux plateformes de partage lorsqu'elles mettent en ligne des contenus téléversés par leurs utilisateurs. Le droit suisse n'a jamais connu telle exonération.

L'art. 17 de la Directive DAMUN consacre le principe selon lequel les plateformes de partage font elles-mêmes un acte de mise à disposition (ou de communication au public), et qu'elles doivent en conséquence obtenir des licences pour les contenus mis en ligne par leurs utilisateurs.

Toutefois, la situation des plateformes de partage est particulière: ce ne sont pas elles qui décident des contenus, mais leurs utilisateurs. C'est pourquoi la Directive prévoit qu'elles doivent obtenir des licences qui couvrent les actes des utilisateurs (art. 17 ch. 2). Mais les plateformes ne peuvent savoir à l'avance quelles œuvres et prestations protégées seront téléversées par les utilisateurs, pour obtenir une autorisation des ayants droit. Elles ne peuvent donc être certaines d'obtenir les licences nécessaires – et même lorsque les ayants droit sont identifiés et prêts à concéder des licences, le risque d'un désaccord sur la rémunération à verser demeure. Par ailleurs, la Directive indique que les plateformes ne sont pas soumises à une obligation générale de surveillance (art. 17 ch. 8). C'est pourquoi la Directive introduit une limitation de responsabilité des plateformes à leurs meilleurs efforts pour obtenir des licences.

En outre, elle oblige les plateformes à faire leurs meilleurs efforts «pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires», à agir promptement pour faire retirer les contenus illicites, et à faire leurs meilleurs efforts pour éviter qu'ils ne soient à nouveau remis en ligne, en bref.

b) Appréciation critique

Une responsabilité limitée aux *best efforts* est bien connue des rédacteurs de contrats, mais elle ne l'est guère en droit suisse de la responsabilité civile. On peut certes tenter un parallèle avec des obligations de diligence lorsque la Directive DAMUN oblige les plateformes à faire leurs meilleurs efforts pour garantir que les contenus retirés suite à une plainte des ayants droit ne soient ensuite téléversés à nouveau par les utilisateurs. Par contre, comment apprécier si la plateforme a fait ses meilleurs efforts pour obtenir une licence, lorsque les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur les conditions de la licence, notamment de prix? On pourra se référer aux licences conclues par d'autres acteurs, tels que Spotify, mais les modèles d'affaires ne sont pas entièrement comparables. Peut-on dire d'une plate-

forme qu'elle n'a pas fait ses meilleurs efforts pour obtenir une licence si elle a refusé un prix qui lui paraissait excessif? Et surtout, est-ce bien la tâche du juge civil de dire qu'une plateforme aurait dû accepter de payer le prix demandé par les ayants droit? Car la Directive DAMUN ne fait pas naître une simple obligation de négocier: elle entend bien fonder une responsabilité des plateformes si elles n'ont pas fait leurs meilleurs efforts pour obtenir des licences (art. 17 ch. 4: «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 ...»). En outre, on le voit, c'est à la plateforme de prouver qu'elle a fait ses meilleurs efforts pour obtenir les autorisations nécessaires. Là aussi, on s'écarte du régime usuel de la responsabilité civile.

En outre, le ch. 5 de l'art. 17 montre qu'il faut tenir compte du type, de l'audience et de la taille du service, ainsi que du type d'œuvres téléversées, de la «disponibilité de moyens adaptés et efficaces», et de leur coût, le tout «à la lumière du principe de la proportionnalité». Là aussi, le but est louable, mais quelles que soient les formulations choisies par le législateur national, le juge sera confronté à des difficultés d'application qui le conduiront à n'admettre la responsabilité de la plateforme que dans les cas où cette dernière est manifestement restée en deçà des standards qui pouvaient être exigés. Le risque, dans une telle situation, est que le standard le plus bas ne devienne la règle, car les ayants droit ne se lanceront guère dans des actions en justice, non seulement pour des questions de coût, mais aussi en raison des aléas d'une procédure où il sera question de meilleurs efforts, et de proportionnalité des moyens mis en œuvre. Dès lors, il est possible que les obligations mises à la charge des plateformes ne les contraignent pratiquement qu'au strict minimum pour ne pas s'exposer à des risques juridiques manifestes ...

De plus, rendre les plateformes responsables pour les contenus illicitement mis en ligne (si elles ne parviennent pas à démontrer avoir fait leurs meilleurs efforts) va les pousser à recourir à des moyens automatisés de filtrage de contenus, pour limiter leurs risques juridiques. Or, le recours massif à des tels moyens risque de rendre inopérantes les exceptions en faveur des citations, des parodies et autres manifestations humoristiques que l'art. 17 ch. 7 consacre expressément. Car le risque d'*overblocking* ne doit pas être sous-estimé: selon une analyse du Transparency Report publié par Google,¹³ sur les 700 millions d'opérations traitées avec l'outil ContentID, YouTube aurait reçu 3,7 millions de plaintes des utilisateurs ayant téléversé les contenus, dont 60% de plaintes justifiées (sans parler des cas dans lesquels les utilisateurs n'ont pas réagi). Les orientations données

13 Source: Paul Keller, YouTube Copyright Transparency Report: Overblocking is real: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/12/09/youtube-copyright-transparency-report-overblocking-is-real/> (2 juillet 22).

par la Commission relatives à la directive 2019/790 donnent bien quelques pistes quant aux meilleures pratiques qui devraient être instaurées,¹⁴ mais créent simultanément des incertitudes, p.ex. sur ce qui constitue une «atteinte manifeste».

En conclusion, l'art. 17 de la Directive DAMUN poursuit un objectif légitime, tout en possédant un certain nombre d'imperfections, et il se peut que le législateur helvétique ait intérêt à attendre avant de légiférer en la matière.

IV. Règles contractuelles impératives prévues par la Directive

En complément, la Directive DAMUN instaure encore des règles impératives en matière contractuelle: le droit à une rémunération proportionnelle (art. 18), un droit à une information complète sur les résultats de l'exploitation d'œuvres et de prestations protégées (art. 19), la possibilité d'une révision si la rémunération convenue se révèle exagérément faible par rapport aux revenus de l'exploitation (art. 20), et un droit de révocation en cas de non-exploitation (art. 22). Là aussi, l'objectif est légitime, sans qu'il faille trop attendre de telles dispositions.

Cependant, peut-on introduire de telles règles en Suisse sans faire simultanément resurgir le débat sur l'utilité d'une cession légale en faveur du producteur ou de l'employeur? Or, il a toujours été impossible d'adopter une telle disposition en droit suisse: pour les auteurs, toute proposition qui irait dans ce sens est vécue comme une tentative d'expropriation, et pour les producteurs, une telle règle ne leur apporterait rien de plus que ce qu'ils obtiennent déjà par contrat. Quant aux employeurs, une cession légale en leur faveur pourrait sans doute leur procurer un surcroît de

sécurité juridique, mais une telle règle se heurte à l'opposition des auteurs. Et tout compromis qui consisterait en une cession avec rémunération ne satisfait personne: pour les employeurs qui ont l'habitude de se faire céder les droits sans rémunération proportionnelle, ce compromis reviendrait à péjorer leur situation; pour les employés, il y a la crainte qu'un tel système ne fasse baisser la rémunération qu'ils obtiennent par les régimes existants, voire qu'il ne compromette la validité des cessions aux sociétés de gestion et qu'il ne mette en cause par là le système de la gestion collective pour les œuvres de salariés. En fin de compte, une telle disposition entrerait en conflit avec les pratiques contractuelles existantes, qui peuvent varier d'un secteur à l'autre, et ne satisferait personne. Dans ces conditions, vouloir instaurer des règles impératives en matière contractuelle serait pour le moins problématique.

V. Conclusion

Le nouveau droit voisin en faveur des éditeurs de presse et la responsabilité des plateformes de partage paraissent constituer des sujets bien différents. Mais tant l'art. 15 que l'art. 17 de la Directive témoignent d'une volonté du législateur européen de reprendre l'initiative vis-à-vis des plateformes, et ne plus subir leurs pratiques. Malgré les imperfections que l'on peut reprocher à la Directive, on doit saluer cette volonté de faire appliquer les règles du droit d'auteur et de protéger les œuvres et prestations.

Reste que ce n'est pas un objectif en soi. En fin de compte, il s'agit bien de tenter d'améliorer la rémunération des ayants droit. C'est d'ailleurs l'objectif des dispositions précédemment commentées, et notamment de celles qui instaurent des règles impératives en droit des contrats.

14 Obligation de diligence particulière, pouvant nécessiter un contrôle préalable par une personne physique, pour les contenus particulièrement sensibles au facteur temps, tels qu'un morceau de musique ou un film sorti en avant-première ou les temps forts d'événements sportifs diffusés récemment; blocage automatisé seulement pour les téléversements «qui portent manifestement atteinte au droit d'auteur», avec possibilité de créer des mèmes, et d'utiliser de courts extraits.

Résumé

Les services d'agrégateurs d'informations ont fait apparaître une nouvelle forme d'exploitation des publications des médias en ligne, contre laquelle le droit d'auteur est en principe inopérant (la reprise d'un titre et d'une ou deux phrases porte en règle générale sur des éléments dépourvus de caractère individuel au sens du droit d'auteur, et les articles ne sont pas reproduits sur les serveurs des agrégateurs, mais rendus accessibles par un lien hypertexte). L'art. 15 de la Directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique instaure ainsi un nouveau droit voisin en faveur des entreprises de médias, qui pourrait être repris en droit suisse, avec quelques adaptations.

Cette Directive traite aussi de la responsabilité des plateformes de partage à son art. 17, qui les oblige à faire leurs meilleurs efforts pour acquérir des licences pour les contenus protégés qui sont téléversés par leurs utilisateurs. Cette disposition soulève néanmoins d'évidentes difficultés d'application, et le législateur helvétique pourrait gagner à attendre avant de légiférer sur ce point, même si le régime actuel (celui de l'art. 50 CO, en principe) n'est pas satisfaisant.

Enfin, les règles contractuelles impératives (obligation de prévoir une rémunération appropriée et proportionnelle aux résultats de l'exploitation, transparence, possibilité de révision du contrat en cas de disproportion entre la rémunération et les revenus obtenus, droit de révocation des cessions portant sur des formes d'exploitation qui sont inexploitées) poursuivent un objectif louable, mais leur reprise en droit suisse risque de faire resurgir l'insoluble débat sur l'introduction d'une cession légale en faveur des producteurs et des employeurs.

Zusammenfassung

Die von Nachrichtenaggregatoren angebotenen Dienste haben eine neue Art der Verwertung von Online-Medienveröffentlichungen entstehen lassen, bei denen das Urheberrecht im Prinzip nicht greift. Der Grund liegt darin, dass die Wiedergabe eines Titels und eines oder zweier Sätze in der Regel ein Element ohne individuellen Charakter im Sinne des Urheberrechts darstellt und die Artikel nicht auf den Servern der Aggregatoren vervielfältigt, sondern lediglich über einen Hyperlink zugänglich gemacht werden. Art. 15 der Europäischen Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt führt nun ein neues verwandtes Schutzrecht zugunsten der Medienunternehmen ein. Mit einigen Anpassungen könnte dieses auch ins schweizerische Recht überführt werden.

Art. 17 der Richtlinie behandelt ausserdem die Haftung von Sharing-Plattformen. Diese werden verpflichtet, alle Anstrengungen zu unternehmen, um Lizenzen für die von ihren Nutzerinnen und Nutzern hochgeladenen geschützten Inhalte zu erwerben. Die praktische Anwendung dieser Bestimmung ist jedoch aus offensichtlichen Gründen schwierig, und der Schweizer Gesetzgeber könnte gut beraten sein, mit einer gesetzlichen Regelung dieser Frage zuzuwarten, auch wenn das aktuelle System (im Prinzip Art. 50 OR) nicht zufriedenstellend ist.

Schließlich verfolgen die zwingenden Vertragsbestimmungen (Pflicht zur Einführung einer angemessenen, zu den Erträgen aus der Auswertung im Verhältnis stehenden Vergütung, Transparenzpflicht, Möglichkeit der Vertragsanpassung im Fall eines Missverhältnisses zwischen Vergütung und erzielten Einnahmen, Recht auf Widerruf der Rechtsübertragung in Bezug auf nicht genutzte Verwertungsarten) zwar ein anerkennenswertes Ziel, aber eine Übernahme ins schweizerische Recht könnte die unlösbare Debatte über die Einführung einer Legalzession zugunsten der Hersteller und Arbeitgeber wieder aufleben lassen.