

Vol. 28, n° 1

La construction du marché unique numérique et le droit d'auteur : quelle stratégie pour l'Union européenne ?

Céline Castets-Renard*

INTRODUCTION	147
1. La réforme du droit d'auteur pour améliorer l'accès au contenu numérique protégé	150
1.1 Améliorer l'accès transfrontière aux œuvres.	153
1.2 Mieux harmoniser les exceptions au droit d'auteur	155
1.3 Mieux lutter contre la contrefaçon commerciale par des procédures civiles plus efficaces	158
2. Le cadre réglementaire des plateformes et intermédiaires pour mieux lutter contre la contrefaçon des contenus protégés	162
CONCLUSION	166

© Céline Castets-Renard, 2016.

* Membre de l'Institut Universitaire de France, professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole et co-directrice du Master 2 Droit et Informatique.
[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

INTRODUCTION

Le marché intérieur s'est construit au sein de l'Union européenne (UE) depuis de nombreuses années (Traité de Rome, 25 mars 1957) et s'étend aujourd'hui au secteur du numérique. La création d'un marché unique numérique consiste à faire en sorte que les libertés qui fondent le marché intérieur de l'Union européenne¹ (liberté de circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux²) s'appliquent également au numérique et en particulier aux services de l'Internet. Un marché unique numérique est un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités. Les particuliers et les entreprises peuvent, quels que soient leur nationalité et leur lieu de résidence, accéder et se livrer à des activités en ligne dans un cadre garantissant une concurrence loyale et un niveau élevé de protection des consommateurs³ et des données à caractère personnel⁴.

1. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), version consolidée à [2012-10-16] JO C/326-47, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR>>.
2. TFUE, art 26§2.
3. TFUE, art 169.
4. TFUE, art 16§1 et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, [2000-12-18] JO C/364-1, art 8, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf>. En droit dérivé, les données personnelles sont protégées par la directive 95/46/CE. L'ancienne commission européenne a présenté en janvier 2012 une réforme de la directive sous la forme d'une *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données)* (25 janvier 2012), COM(2012)11, en ligne : <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_fr.pdf> et d'une *Proposition de directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données* (25 janvier 2012), COM(2012)10, en ligne : <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_10_fr.pdf>. Ces textes ont été adoptés en première lecture par le Parlement européen en mars 2014 et sont en cours de discussion au sein du Conseil de l'UE (voir le Conseil Justice et Affaires Intérieures des 15 et 16 juin 2015, en ligne : <<http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/06/15-jha-data-protection>>).

À l'heure actuelle cependant, des obstacles entravent l'accès des citoyens aux biens et services en ligne, limitent l'horizon des entreprises et des *start-ups* du secteur de l'Internet et empêchent les entreprises et les États de tirer pleinement parti des outils numériques. C'est pourquoi dans une Communication du 6 mai 2015⁵, la nouvelle Commission européenne, en place depuis novembre 2014, souhaite améliorer le fonctionnement du marché unique numérique en Europe et a révélé sa stratégie en ce sens⁶. Son président, Jean-Claude Juncker, en a fait sa priorité politique n° 2⁷. La Commission estime qu'il est temps d'adapter le marché unique de l'UE à l'ère numérique, de faire tomber les barrières réglementaires et de transformer les 28 marchés nationaux en un marché unique. On considère que l'ampleur et la rapidité de ces bouleversements offrent des perspectives extrêmement prometteuses pour l'innovation, la croissance et l'emploi. L'objectif économique est clairement affiché puisqu'on estime que ce marché pourrait générer 415 milliards d'euros par an et créer 3,8 millions d'emplois. Comme toujours en la matière, on ignore comment un tel chiffrage précis est effectué puisque les chiffres divergent d'une source à une autre. En outre, l'objectif économique domine et le droit est souvent vu comme un obstacle à la croissance⁸. Il s'agit ainsi de prendre acte du fait que « le passage de l'économie mondiale au numérique s'accélère. Les technologies de l'information et des communications (TIC) ne sont plus un secteur économique parmi d'autres, mais elles constituent désormais la

5. *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe* COM(2015) 192, en ligne : <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_fr.pdf>.

6. Notons qu'une stratégie numérique a été élaborée dès 2010 dans une Communication du 19 mai 2010 de la Commission européenne intitulée : *Une stratégie numérique pour l'Europe*, COM(2010) 245, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245&from=FR>> [Stratégie numérique].

7. Voir Jean-Claude Juncker, *Un nouvel élan pour l'Europe : Mon programme pour l'Emploi, la Croissance, l'Équité et le Changement démocratique* (Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne – Discours d'ouverture du 15 juillet 2014 de la session plénière du Parlement européen), en ligne : <http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_fr.pdf>.

8. *Ibid*, aux pp 5 et 19 :

Je pense que nous devons tirer un meilleur parti des grandes possibilités offertes par des technologies numériques qui ne connaissent aucune limite. Pour cela, nous devons avoir le courage de briser les barrières nationales en matière de réglementation des télécommunications, de droit d'auteur et de protection des données, ainsi qu'en matière de gestion des ondes radio et d'application du droit de la concurrence. [...]

Nous devons briser les barrières nationales en matière de réglementation des télécommunications, de droit d'auteur et de protection des données, ainsi qu'en matière de gestion des ondes radio. Nous devons faire tomber ces barrières, ces freins à la croissance.

base sur laquelle reposent tous les systèmes économiques novateurs modernes ». On assiste en effet non plus simplement à l'émergence d'une économie numérique mais à une numérisation de l'économie dans son ensemble.

Quant à la compétence de l'Union européenne pour intervenir dans ce domaine, la Commission précise que les bouleversements technologiques posent aux pouvoirs publics de multiples problèmes politiques qui exigent une action coordonnée de la part de l'UE. Tous les États membres sont confrontés à des difficultés similaires, mais l'échelle nationale ne leur permet pas de tirer parti de toutes les occasions liées à ces changements refondateurs ni d'en relever tous les défis. Dans bien des cas, le cadre le plus approprié se situe au niveau européen.

La chose est affirmée plus que démontrée mais il est vrai que, l'outil Internet étant mondial, on n'a pas de mal à penser que la norme doit avoir un champ territorial le plus large possible. Si le marché intérieur est une compétence partagée entre l'Union et ses États membres⁹, l'Internet génère des situations transfrontières pour lesquelles l'Union sera compétente.

La stratégie pour un marché unique numérique énoncée par la Commission repose sur trois piliers :

- améliorer l'accès aux biens et services numériques dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises : il convient d'éliminer rapidement les différences entre l'environnement en ligne et l'environnement physique pour faire disparaître les obstacles à l'activité en ligne transfrontière ;
- mettre en place un environnement propice au développement des réseaux et services numériques : il faut disposer d'infrastructures et de services de contenu ultra-rapides, sûrs et fiables, soutenus par un ensemble de conditions réglementaires qui favorisent l'innovation et l'investissement et garantissent une concurrence loyale et des règles du jeu identiques pour tous ;
- maximiser le potentiel de croissance de notre économie numérique européenne : il faut investir dans les infrastructures et technologies d'information et de communication, telles que l'infor-

9. TFUE, art 4§2.

matique en nuage et les mégadonnées¹⁰, et dans la recherche et l'innovation, afin de doper la compétitivité industrielle, d'améliorer les services publics et les compétences et de garantir l'inclusion de tous.

Afin d'atteindre ces objectifs généraux, un certain nombre de mesures concrètes sont proposées, de nature technique, sociale et purement juridique. Les mesures techniques visent à dynamiser la compétitivité grâce à l'interopérabilité et la normalisation dans des domaines tels que la santé (télémédecine, santé mobile), les transports (planification d'itinéraires, fret en ligne), l'environnement et l'énergie. Également, dans une volonté de créer une société inclusive, des mesures sociales tendent à améliorer la formation pour développer des compétences et expertises numériques. L'administration en ligne sera par ailleurs développée en vue de réaliser une interopérabilité transfrontière et une interaction des citoyens. Enfin, des mesures purement juridiques sont prévues. Le numérique touche à tous les secteurs d'activité, et donc des branches du droit¹¹, mais nous nous concentrerons sur les droits de propriété intellectuelle dont la protection a été explicitement érigée en droit fondamental de propriété à l'article 17§2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adossée au Traité de Lisbonne¹² entré en vigueur en décembre 2009. Plus spécifiquement, nous étudierons les dispositions relatives au droit d'auteur¹³ et à la lutte contre la contrefaçon en coopération avec les intermédiaires techniques¹⁴.

1. La réforme du droit d'auteur pour améliorer l'accès au contenu numérique protégé

La Commission souhaite améliorer l'accès au contenu numérique en modernisant et « européenisant » le cadre du droit d'auteur.

10. [Ndlr : traduction recommandée pour le néologisme *big data* ou données massives, c'est-à-dire, selon l'OQLF, « Ensemble des données produites en temps réel et en continu, structurées ou non, et dont la croissance est exponentielle ».]
11. Nous n'évoquerons pas les mesures relatives au commerce électronique, à la protection des données, à l'ouverture des données publiques (*open data*), aux services de médias audiovisuels, aux contrats de *cloud computing*, à la concurrence, à la fiscalité, à la sécurité (infractions d'interception des données, de fraude aux paiements en ligne, de vol d'identité, de vol de secrets d'affaires) et aux télécommunications.
12. Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, [2007-12-17] JO C/306-1, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=FR>>.
13. Stratégie numérique, *supra* note 6 au §2.4.
14. *Ibid*, au §3.3.

On voit bien que l'objectif est d'ouvrir le droit d'auteur, souvent considéré comme un obstacle au développement du marché unique numérique. Néanmoins, la Commission reconnaît que le droit d'auteur est l'un des fondements de la créativité et de l'industrie culturelle en Europe, essentielles à la compétitivité de l'UE sur le plan international. En outre, de nombreux secteurs dans lesquels l'Europe est numéro un mondial font un usage intensif du droit d'auteur. Au final, le contenu numérique est l'un des principaux moteurs de la croissance de l'économie numérique¹⁵, aussi mérite-t-il une protection.

Au-delà de l'objectif de parachever le marché intérieur, l'Union européenne doit trouver un compromis entre deux approches normatives bien différentes de la protection des œuvres : la logique personaliste du droit d'auteur et la logique pragmatique du *copyright*.

Les logiques personalistes sont traditionnellement de droit romain et germanique (France, Espagne, Italie, Allemagne) ; c'est pourquoi on désigne parfois les systèmes qui en relèvent de « droit d'auteur continental », même si des divergences notables existent par exemple entre le droit français et le droit allemand¹⁶. Néanmoins, ces différences sont bien moindres que celles les séparant du Royaume-Uni et de l'Irlande, pays insulaires de *copyright*, proches du droit américain.

Pour prendre quelques exemples des divergences entre ces deux grandes familles de droits, on peut noter que le titulaire du *copyright* peut être une personne morale, tel le producteur, alors qu'il ne pourra l'être qu'à titre exceptionnel en droit d'auteur français, dans le cas des œuvres collectives. Plus encore, la titularité des droits est accordée à l'investisseur, selon la doctrine du *work made for hire*, qui veut que celui qui finance soit titulaire du *copyright*.

En droit d'auteur continental, l'auteur est au centre de sa création et titulaire des droits d'auteur, patrimoniaux et surtout moraux qui sont, du reste, incessibles. Ce droit moral est, en outre, ignoré du *copyright*. Le droit international du droit d'auteur (Convention de Berne) a poussé les systèmes anglo-saxons à reconnaître un embryon

15. 56 % des Européens utilisent l'Internet à des fins culturelles et on prévoit un taux de croissance à deux chiffres (autour de 12 %) pour les dépenses consacrées aux divertissements et aux médias numériques dans les cinq prochaines années.

16. Voir notamment la thèse d'Agnès Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand* (Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – P.U.A.M., 2002).

de prérogatives morales mais limité à la paternité des œuvres et la protection de la réputation de l'auteur, ce qui ne correspond pas parfaitement à l'essence du droit d'auteur continental.

Enfin, une autre différence majeure réside dans le système d'exceptions. Le *copyright* reconnaît uniquement l'exception large de *fair use*, c'est-à-dire l'usage loyal d'une œuvre, alors que le droit d'auteur continental reconnaît des exceptions limitées précisément, énumérées par la loi et strictement encadrées.

Pour sa part, le droit européen du droit d'auteur emprunte plus ou moins à l'un ou l'autre des deux systèmes dans une quête d'un difficile compromis. Mais surtout, l'Union européenne cherche principalement à suivre sa logique propre qui est celle du marché intérieur et évite de prendre parti sur les questions non directement liées à cet objectif. Ainsi, ni le droit primaire (textes fondateurs) ni le droit dérivé (directives et règlements) ne prévoient de dispositions sur la titularité des droits et le droit moral, ces questions n'ayant jusqu'à présent pas eu d'impact direct sur le marché intérieur. En effet, la dimension sociale et personnaliste du droit moral n'interfère pas directement avec le marché. L'Union européenne se contente de reconnaître et harmoniser les droits patrimoniaux (droit de reproduction, droit de communication au public, droit de distribution), en particulier dans la directive 2001/29/CE relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Quant aux exceptions au monopole, cette même directive consacre le système continental suivant une liste stricte d'exceptions, néanmoins fort nombreuses¹⁷. Le « test trois étapes »¹⁸ pourrait se rapprocher un peu de la logique du *fair use* mais il n'est pas autonome et s'applique lors de la mise en œuvre d'une exception¹⁹.

17. Directive 2001/29/CE du Parlement 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, [2001-06-22] JO L167-10, art 5, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:FR:PDF>> [directive 2001/29/CE].

18. Les exceptions et limitations « ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit » (Directive 2001/29/CE, art 5§5).

19. Notons que des propositions s'élèvent pour en faire une exception large à part entière : Pierre Sirinelli *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* (décembre 2014), en ligne : <<http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/108376/1263727/version/2/file/Rapport%20CSPLA%20-%20Directive%202001-29-C-2.pdf>> [Rapport Sirinelli].

Dans ce contexte d'harmonisation, on voit très clairement que la logique de marché intérieur pousse dans le sens d'un droit économique et pragmatique, au détriment du droit personnaliste. Même en France, le droit d'auteur tend à évoluer et être pris dans une approche marchande, de plus en plus dégagée de l'empreinte d'un droit moral. De fait, le modèle des systèmes de *copyright* influence la matière, ce que confirme ici sans surprise la communication de la Commission. Cette dernière propose trois séries de mesures touchant au droit d'auteur : améliorer l'accès transfrontière aux œuvres, mieux harmoniser les exceptions au droit d'auteur, mieux lutter contre la contrefaçon par des procédures civiles plus efficaces.

1.1 Améliorer l'accès transfrontière aux œuvres

La Commission européenne cherche à améliorer le fonctionnement du marché intérieur mais aussi à renforcer la protection des consommateurs par un meilleur accès aux œuvres. La Commission relève ainsi que les consommateurs sont de plus en plus nombreux à accéder aux contenus à partir d'appareils mobiles et s'attendent à pouvoir le faire de partout, où qu'ils se trouvent. Mais une première difficulté se pose alors, dans la mesure où sont constatés des obstacles à l'accès transfrontière aux services de contenus protégés par le droit d'auteur et à leur portabilité, notamment en ce qui concerne les programmes audiovisuels. Pour ce qui est de la portabilité, lorsqu'un consommateur franchit une frontière entre deux États membres de l'Union européenne, il n'a souvent plus la possibilité, pour des motifs liés au droit d'auteur, d'utiliser les services de contenu qu'il a achetés dans son État membre de résidence. En outre, il arrive parfois qu'un consommateur qui tente d'accéder à du contenu protégé par le droit d'auteur d'un autre État membre ou d'en acheter en soit empêché parce que ce contenu est indisponible ou inaccessible dans son pays. Cette situation s'explique en partie par la territorialité du droit d'auteur et les difficultés associées à l'autorisation des droits. Il peut aussi arriver que le contenu soit indisponible ou inaccessible en raison de restrictions contractuelles entre les titulaires de droits et les distributeurs, ou en raison de décisions commerciales prises par les distributeurs. Cette situation peut parfois être due au rôle que joue l'exclusivité territoriale dans le financement de certains types d'œuvres (audiovisuelles). En tout état de cause, ces blocages géographiques (*geoblocking*) sont la plupart du temps injustifiés aux yeux de la Commission qui vient de présenter en décembre 2015 des propositions législatives pour garantir la portabilité des contenus acquis de manière licite et l'accès transfrontière aux services achetés

en ligne de manière licite dans une proposition de règlement (COM 2015)627).

Ces obstacles à la portabilité des contenus sont utilisés par la Commission européenne pour justifier des mesures de renforcement du marché intérieur. Mais au-delà, on se demande s'il ne pourrait pas y avoir aussi un argumentaire pour remettre en cause la territorialité des droits de propriété intellectuelle et pousser à l'adoption d'un titre européen du droit d'auteur, à l'instar de la marque communautaire et du brevet unitaire de l'UE²⁰. En ce sens, le fondement de l'article 118 du Traité de Lisbonne²¹ introduit désormais une base juridique spécifique permettant la création de titres européens de propriété intellectuelle. On peut penser que la Commission cherche à montrer les difficultés liées à la territorialité des droits pour pousser à la création d'un titre européen en droit d'auteur. Il en a d'ailleurs déjà été question dès 2011 dans une Communication précédente de la Commission²² qui évoque un cadre global pouvant aller jusqu'à l'adoption d'un Code européen du droit d'auteur. Suivant la Commission,

un code aiderait ainsi à clarifier la relation entre les divers droits exclusifs conférés aux titulaires, ainsi que la portée des exceptions et limitations à ces droits.

La Commission pourrait également étudier la faisabilité d'un droit d'auteur optionnel « à effet unitaire », qui serait fondé sur l'article 118 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et de son incidence potentielle sur le marché unique, les titulaires de droits et les consommateurs.²³

20. Céline Castets-Renard, « L'accord historique du conseil européen des 28 et 29 juin 2012 pour la création d'une juridiction EU en matière de brevet », (2012) 85 *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2843.

21. TFUE, art 118 :

dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union.

22. *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle : doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix*, Comm(2001) 287 du 24 mai 2011, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0287&from=FR>> [Doper la créativité].
COM(2011) 287 : <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_fr.pdf>.

23. *Ibid*, au §3.3.1.

La doctrine française s'est montrée assez hostile à ces propositions²⁴, aussi la Commission évite-t-elle de faire référence à une codification, chargée de lourds symboles en France²⁵. À l'inverse, est parfois défendue l'idée selon laquelle l'octroi de licences paneuropéennes permettrait aisément de dépasser le problème de territorialité du droit, sans qu'il soit besoin de remettre en cause les systèmes nationaux de droits de propriété intellectuelle²⁶. Au final, la Commission est plus prudente dans le choix de la terminologie mais semble poursuivre encore aujourd'hui un objectif d'harmonisation, voire d'unification. En atteste la question de l'opportunité d'un tel titre européen posée publiquement aux parties prenantes dans sa consultation²⁷, lancée pour précéder la révision de la directive 2001/29/CE²⁸.

L'objectif d'harmonisation est omniprésent dans la communication de la Commission et apparaît très clairement s'agissant des exceptions au droit d'auteur.

1.2 Mieux harmoniser les exceptions au droit d'auteur

La Commission souhaiterait aussi réduire les différences de régimes nationaux d'exceptions au droit d'auteur, afin de faire bénéficier d'un accès élargi aux œuvres. La révision en cours de la directive 2001/29/CE concernant l'harmonisation de certains aspects de droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information est un outil privilégié pour ce faire. Elle se traduira notamment par l'adoption d'exceptions harmonisées (et non plus simplement facultatives pour les États membres). À l'heure actuelle, l'article 5 de la directive 2001/29/CE consacre pas moins de 20 exceptions et limita-

24. Tristan Azzi, Valérie-Laure Benabou, Alexandra Bensamoun, Nathalie Martial Braz, Edouard Treppoz et Célia Zolynski, « Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur ? », [2012-06-29] 130 *Les petites affiches*, n° 130, p 55 ; Céline Castets-Renard, « La réforme du droit d'auteur en Europe : vers un code européen ? », [2012] 15 *Recueil Dalloz* 955.

25. Voir note Gérard Cornu, « Codification contemporaine : valeurs et langage », dans *L'art du droit en quête de sagesse* (Paris, Presses universitaires de France, PUF, 1998) à la p 366.

26. Rapport Sirinelli, *supra* note 19.

27. *Consultation publique sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur*, en ligne : <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_fr.htm>.

28. Voir Directorate General Internal Market and Services Directorate D – Intellectual property D1 – Copyright, *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules* (juillet 2014), en ligne : <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf>.

tions facultatives, une seule étant obligatoire (exception dite de copie « cache » à l'article 5§1). Le nombre impressionnant d'exceptions s'explique par le défaut d'harmonisation, chaque État ayant voulu conserver les siennes. L'article 5 rassemble donc toutes les exceptions nationales, les États ayant simplement l'obligation de se contenter de cette liste limitative. Il y a donc là une première difficulté liée au défaut réel d'harmonisation et au maintien des régimes nationaux.

À cette première difficulté s'en ajoute une seconde, liée au fait que l'évolution des technologies a pu faire apparaître de nouveaux usages des œuvres, pour lesquels il n'est pas forcément opportun de donner prise au droit d'auteur. Certaines activités présentent un intérêt général et pourraient justifier une exception qui n'a pu être prévue en 2001. La question de nouvelles exceptions se pose donc, en dépit de la liste impressionnante d'exceptions déjà consacrées. Ainsi, le secteur de la recherche et de l'éducation pourrait bénéficier de nouvelles exceptions. En effet, la Commission considère que

dans le domaine de la recherche à des fins commerciales et non commerciales, l'absence de cadre juridique clair et les approches nationales divergentes risquent de freiner l'innovation fondée sur l'utilisation de l'exploration de textes et de données (recherche de corrélations ou d'occurrences significatives dans des textes ou des ensembles de données).

C'est la raison pour laquelle est évoquée la possibilité de créer une exception de *text and data mining* (fouille de textes et de données), confirmé par le plan d'action publié le 9 décembre 2015. Plus encore, le rapport de l'eurodéputée Julia Reda²⁹ a suscité beaucoup de critiques en France et en Allemagne, précisément par le fait qu'il préconise de rendre obligatoires toutes les exceptions, de les élargir³⁰ voire d'en créer de nouvelles³¹.

29. Julia Reda (rapporteuse), *Rapport sur la mise en œuvre de la 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 (2014/2256(INI))* (24 juin 2015), en ligne : < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0209+0+DOC+XML+V0//FR> > [Rapport Reda].

30. *Ibid*, au §17 : « exception de caricature, de parodie et de pastiche devrait s'appliquer quelle que soit la finalité de l'utilisation parodique ». Voir aussi le point 20 du rapport « demande l'adoption d'une exception obligatoire permettant aux bibliothèques de prêter des livres au public sous format numérique, quel que soit le lieu d'accès ».

31. *Ibid*, au §19 « demande une large exception à des fins de recherche et d'éducation, qui devrait couvrir non seulement les établissements d'enseignement mais

Il est également proposé de consacrer un système ouvert d'exceptions, comparable au *fair use* anglo-saxon sur la base du test en trois étapes³² mais il est fort probable que l'on reste sur une technique législative fermée et ciblée sous forme de liste, ce que confirme le plan d'action adopté le 9 décembre 2015.

Ce rapport invite enfin à accroître la sécurité juridique par la précision du régime de la copie privée³³ et la consécration de solutions jurisprudentielles relatives à l'inapplicabilité du droit de reproduction en l'absence de public nouveau visé par l'utilisation de certaines techniques comme les hyperliens³⁴.

Ces préconisations font pencher la balance des intérêts du côté des usagers, au détriment des titulaires de droits, d'autant qu'est prônée une interdiction à l'adresse des États membres d'introduire des licences légales visant à compenser les titulaires de droits du préjudice causé par des actes permis par une exception³⁵. Cette absence de contrepartie est particulièrement discutable. Il semble toutefois que la tendance du Parlement européen soit plus nuancée et les premières versions des différentes commissions du Parlement proposent d'amender le rapport Reda en conservant la marge d'appréciation des États dans le choix des exceptions. La version définitive du rapport servira de base à la Commission pour proposer sa réforme de la directive 2001/29. Le commissaire Oettinger, en charge de l'économie numérique, a effectivement adopté une version ambiguë en envisageant seulement la consécration d'une nouvelle exception de fouille de données à des fins de recherche et l'extension

également tout type d'activité éducative ou de recherche, y compris l'enseignement non formel ».

32. *Ibid*, au §13 :

demande l'adoption d'une norme ouverte introduisant une souplesse dans l'interprétation des exceptions et limitations dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ou du titulaire du droit.

33. *Ibid*, au §22 :

demande l'adoption de critères harmonisés en ce qui concerne la définition du préjudice causé aux titulaires de droits à l'égard des reproductions effectuées par une personne physique pour un usage privé et de mesures de transparence harmonisées concernant les redevances pour copie privée mises en place dans certains États membres.

34. Le rapport Reda, *supra* note 29 au §15 invite ainsi à consacrer légalement la solution de l'arrêt *Svensson*, CJUE 13 février 2014, aff C-466/12, en ligne : <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147847>> « demande au législateur européen de clarifier que la référence à des œuvres par le biais d'un hyperlien n'est pas soumise aux droits exclusifs ».

35. Rapport Reda, *supra* note 29 au §21.

du champ d'application d'exceptions déjà existantes. À n'en pas douter, cette révision retiendra toute l'attention de la doctrine et des politiques, particulièrement en France³⁶ et en Allemagne, dont les ministères en charge de la culture sont très mobilisés pour la défense de la conception du droit d'auteur continental. Globalement, on assiste à une ouverture des exceptions au droit d'auteur et conséquemment une réduction du monopole des titulaires de droits.

Si le champ de l'exclusivité se réduit, l'objectif est toutefois de renforcer sa vigueur en luttant mieux contre la contrefaçon grâce à des procédures civiles plus efficaces.

1.3 Mieux lutter contre la contrefaçon commerciale par des procédures civiles plus efficaces

La politique du législateur européen aussi bien que français ne vise plus seulement à punir le petit contrefacteur qui télécharge des œuvres (films, musiques) pour ses besoins personnels, tel que visé par les lois Hadopi (2009)³⁷, mais à sanctionner aussi et surtout lourdement les gros réseaux de contrefaçon bien organisés et générateurs de bénéfices commerciaux³⁸. Les lois Hadopi ont d'ailleurs

36. Voir note de la ministre française de la Culture Fleur Pellerin à l'appui du rapport Sirinelli, *Note des Autorités françaises Re Propositions des autorités françaises pour la modernisation du droit d'auteur dans le marché unique numérique*, en ligne : <<https://cdn.nextinpact.com/medias/note-modernisation-droit-d-auteur-fr.pdf>> [Note Pellerin].

37. Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&categorieLien=id>> et Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id>>.

38. Voir les propos de Michel Barnier, ancien commissaire au marché intérieur, tenus le 1^{er} juillet 2014 lors de l'adoption du Plan d'action de la Commission *La Commission présente des mesures pour mieux protéger et faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, au 3^e para, en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-760_fr.htm> :

plutôt que de sanctionner les particuliers qui enfreignent des droits de propriété intellectuelle, souvent sans le savoir, les actions présentées ici ouvrent la voie à une approche dite « *follow the money* », qui vise à priver de leurs revenus les contrevenants agissant à une échelle commerciale.

Voir aussi Mireille Imbert-Quaretta, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne – Rapport remis à la ministre de la culture et de la communication* (12 mai 2014) à la p 3, en ligne : <http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/94294/846505/version/1/file/201405_Rapport-outils-operationnels_Imbert-Quaretta.pdf> [Rapport Quaretta] :

trois composantes sont déjà bien connues, à savoir le développement d'une offre légale attractive, la répression pénale des acteurs responsables d'actes de contrefaçon graves et avérés et la pédagogie à l'égard des internautes sur le

d'ores et déjà connu un changement d'orientation puisque l'objectif pédagogique prime désormais sur l'objectif punitif. Une loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 vient également renforcer la lutte contre la contrefaçon commerciale en augmentant les sanctions et améliorant l'efficacité des procédures³⁹. Les nouvelles pistes proposées en France et en Europe consacrent ainsi un traitement de la contrefaçon à deux vitesses en considération de son ampleur : d'une part, la petite « contrefaçon domestique » contre laquelle on espère lutter par un renforcement de l'attractivité de l'offre légale plutôt que par la sanction et, d'autre part, la grande « contrefaçon commerciale » qui se verra activement recherchée et sévèrement punie.

La Commission européenne rejoint ce deuxième axe et souhaite améliorer les procédures civiles pour lutter contre la contrefaçon commise à une échelle commerciale. En effet, « l'existence d'un système efficace et équilibré de procédures civiles pour la lutte contre les infractions au droit d'auteur commises à une échelle commerciale est cruciale pour les investissements dans l'innovation et la création d'emplois ». De telles atteintes sont les plus préjudiciables et souvent liées à la criminalité organisée. En outre, en matière de contrefaçon, la faute est fréquemment lucrative, dans la mesure où les bénéfices retirés de l'infraction sont souvent plus élevés que les sanctions. Le meilleur moyen d'éviter cette dérive est d'augmenter ces dernières, au point même de consacrer des dommages et intérêts punitifs, en violation du principe de réparation intégrale, pourtant principe cardinal du droit français de la responsabilité civile. Telle est déjà la solution retenue par la directive 2004/48/CE dont l'article 13§1 prévoit que les États membres doivent veiller à ce que le titulaire du droit reçoive des dommages-intérêts adaptés au préjudice réellement subi du fait de l'atteinte, en prenant en considération « tous les aspects appropriés tels que les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner, subies par la partie lésée, *les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant* et, dans des cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte » [Les italiques sont nôtres.] Une réforme de cette directive est annoncée

nécessaire respect du droit d'auteur. Il s'agit désormais d'ajouter une quatrième dimension : l'implication des intermédiaires qui, sans être responsables d'actes de contrefaçon, engendrent des revenus aux sites engagés massivement dans des actes de contrefaçon.

39. Les améliorations portent sur les dédommagements civils, clarifiant la procédure du droit à l'information et du droit de la preuve (alignement de la procédure de saisie-contrefaçon en droit d'auteur sur les droits de propriété industrielle), le renforcement des moyens d'action des douanes (retenues douanières notamment) et la modification des délais de prescription.

et, suivant les communications⁴⁰ et consultation publique⁴¹ menées par la Commission, la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises à une échelle commerciale est la principale priorité. Au demeurant, l'approche *follow the money* (« suivez l'argent » ou « frappez au portefeuille »), prônée aujourd'hui, vise à priver les contrevenants agissant à une échelle commerciale des revenus les incitant à se livrer à de telles activités. Cette approche est également proposée en France par Mireille Imbert-Quaretta⁴². Au final, les gros réseaux de contrefaçon commerciale seront à l'avenir de plus en plus sanctionnés, soit directement par le versement de dommages et intérêts punitifs, soit indirectement par la privation des revenus de la publicité.

Dans le cadre de cette contrefaçon à grande échelle sur l'Internet, il convient de distinguer deux types d'activités⁴³. On trouve d'abord des sites hébergeant un très grand nombre d'œuvres contrefaisantes, accessibles à la consultation en ligne (*streaming*) ou au téléchargement ou, encore, des annuaires de liens renvoyant vers ces œuvres, dont les revenus proviennent de la publicité ou des abonnements. Ces sites « massivement contrefaisants » doivent être distingués des sites participatifs, hébergeant des contenus générés par les utilisateurs (sites UGC ou *user generated content*), comme YouTube, Dailymotion ou les réseaux sociaux, confrontés incidemment à la présence de contenus contrefaisants mis en ligne par des utilisateurs. Dans ce second cas, l'action menée doit être ciblée à l'égard des seuls contenus contrefaisants⁴⁴, alors que dans le premier, il s'agira de tenter d'assécher les ressources financières de ces sites en impliquant les acteurs de la publicité et du paiement en ligne grâce à

40. Doper la créativité, *supra* note 22. Cette communication a été complétée par une autre trois ans plus tard : *Vers un consensus renouvelé sur la protection des droits de propriété intellectuelle : un plan d'action de l'UE*, COM (2014) 392 (1^{er} juillet 2014), en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com%282014%290392_/com_com%282014%290392_fr.pdf>. Ce plan d'action a été approuvé par le Conseil le 10 novembre 2014, en ligne : <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15321-2014-INIT/fr/pdf>>. Notons que précédemment, la Commission avait adopté une autre Communication intitulée *Renforcer l'application des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur*, COM(2009) 467 (11 septembre 2009), en ligne : <http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/ip-09-1313/communication_fr.pdf>.

41. Voir la synthèse *Synthesis of the Responses "Civil Enforcement of Intellectual Property Rights : Public Consultation on the Efficiency of Proceedings and Accessibility of Measures"*, en ligne : <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/intellectual-property-rights/summary-of-responses_en.pdf>

42. Rapport Quaretta, *supra* note 38.

43. Comme y invite le Rapport Quaretta, *supra* note 38.

44. Voir titre 2 ci-dessous.

des clauses contractuelles⁴⁵ et des chartes sectorielles dans une approche de droit souple d'autorégulation⁴⁶. Plusieurs chartes ou déclarations impliquant les acteurs de la publicité et du paiement en ligne ont déjà été conclues, en France⁴⁷ et à l'étranger⁴⁸, et de nouvelles pourraient l'être encore.

L'autorégulation ici préconisée repose sur l'idée que la collaboration des acteurs est plus efficace que la contrainte. Pour renforcer encore cette direction, une coopération est aussi attendue des intermédiaires et plateformes.

-
45. L'action des acteurs de la publicité ou du paiement est parfois rendue difficile par la multiplication des intermédiaires, mais est techniquement et juridiquement possible du fait de la chaîne de contrats qui les relie un à un. Des clauses contractuelles prévoient souvent explicitement la faculté pour les acteurs de paiement et de publicité en ligne d'agir en cas de constatation d'une violation, y compris d'une violation de droits de propriété intellectuelle de tiers.
 46. Cette idée était déjà énoncée par l'Hadopi dans son « Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites » du 15 février 2013, en ligne : <http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_streaming_2013.pdf>.
 47. Le Syndicat des Régies Internet (SRI) a adopté une « Charte qualité » qui pose « les engagements du SRI en matière de bonnes pratiques concernant la diffusion de publicité digitale » au titre desquels les membres du syndicat « garantissent à leurs partenaires des consignes claires et strictes en matière de qualité de service, de transparence, de déontologie et de confort d'utilisation pour les internautes ». Cette charte a été modifiée en 2013, notamment pour viser spécifiquement la protection de la propriété intellectuelle. Ainsi, au titre de leur « déontologie vis-à-vis de l'annonceur », les membres du syndicat s'engagent à « empêcher la diffusion de messages publicitaires sur les sites coupables de manquements répétés aux droits de propriété intellectuelle ».
 48. Au Royaume-Uni, la police de Londres s'est associée avec les ayants droit (*Federation Against Copyright Theft, British Recorded Music Industry, International Federation of the Phonographic Industry – IFPI – Publishers Association*) et a conclu des accords avec des intermédiaires de paiement (Visa, MasterCard et PayPal) et les acteurs de la publicité en ligne (*Internet Advertising Bureau local – IAB-, Incorporated Society of British Advertisers et Institute of Practitioners in Advertising*). Dans le cadre de ces accords, des intermédiaires de paiement ont fermé des comptes de sites dédiés à la contrefaçon de droits d'auteur. Aux États-Unis, des accords ont été conclus en mai 2011, avec le soutien de l'administration Obama, par les ayants droit d'une part (*Best Practices for Rights-holders with Payment Processors*) et les intermédiaires de paiement (American express, Discover, MasterCard, PayPal et Visa) d'autre part (*Best Practices to address copyright infringement and the sale of counterfeit products on the Internet*). Un accord avec des acteurs de la publicité (*Association of National Advertisers* et l'*American Association of Advertising Agencies*) a également été conclu le 3 mai 2012 (*Statement of best practices to address online piracy and counterfeiting*).

2. Le cadre réglementaire des plateformes et intermédiaires pour mieux lutter contre la contrefaçon des contenus protégés

Pour donner plus d'efficacité au droit d'auteur, il convient aussi de réfléchir à la coopération attendue des intermédiaires techniques, en particulier des plateformes, dans la lutte contre la diffusion illicite sur l'Internet de contenus protégés. L'objectif est ici de clarifier les règles applicables aux activités des intermédiaires en ligne en ce qui concerne les œuvres protégées par le droit d'auteur compte tenu, notamment, de la participation croissante de ces intermédiaires à la distribution du contenu incidemment contrefaisant. La responsabilité des fournisseurs d'accès à l'Internet et des hébergeurs est régie par les articles 12 à 14 de la directive 2000/31/CE dite « commerce électronique ». Ces dispositions prévoient un régime favorable d'irresponsabilité conditionnelle, selon lequel ces acteurs ne sont pas en principe responsables civilement et pénalement des contenus illicites, tant qu'ils n'en ont pas connaissance. Mais dès qu'ils acquièrent cette connaissance, ils doivent alors réagir promptement pour en suspendre l'accès. Aucune obligation générale de surveillance des contenus ne leur est par ailleurs imposée. En résumé, le principe est que ces prestataires de services intermédiaires sur l'Internet ne doivent pas être tenus pour responsables du contenu qu'ils transmettent, stockent ou hébergent tant qu'ils se cantonnent à un rôle strictement passif.

Ce principe fut un pilier du développement de l'Internet en Europe mais tout le débat est de savoir si ces règles doivent perdurer aujourd'hui. La tendance actuelle est de faire de plus en plus coopérer ces acteurs à la régulation de l'Internet. Lorsque des contenus illicites sont détectés, qu'il s'agisse d'informations relatives à des activités illégales telles que le terrorisme/la pédopornographie ou d'informations portant atteinte aux droits de propriété d'autrui comme le droit d'auteur, les législateurs nationaux et européens considèrent de plus en plus que les intermédiaires doivent prendre les mesures qui s'imposent pour les supprimer. La difficulté est que ces mesures de retrait peuvent s'avérer lentes et compliquées, rendant la protection moins effective, alors qu'à l'inverse des contenus licites risquent d'être supprimés par erreur. Les mesures ainsi prises sont donc souvent jugées inefficaces et manquent de transparence. Ensuite, des pratiques nationales divergentes peuvent entraver le contrôle de l'application des règles (et, partant, la répression de la cybercriminalité) et susciter la défiance à l'égard des environnements en ligne. En outre, les pressions qui s'exercent sur le système

actuel risquent de s'accroître à mesure que le volume des contenus numériques disponibles sur l'Internet augmente. Pour finir, la Commission européenne estime que les conflits de jurisprudence au niveau national et la fragmentation des règles de notification et retrait des contenus illicites à travers l'Europe ont un impact négatif sur la sécurité et la prédictibilité des règles. L'efficacité de ces règles est donc clairement remise en cause.

Par ailleurs, les intermédiaires sont nombreux et exercent des activités multiples et variées, si bien que l'on peut se demander s'ils entrent véritablement tous dans une même catégorie et s'il faut les soumettre au régime favorable de responsabilité des hébergeurs. Certains d'entre eux sont en particulier qualifiés de « plateformes »⁴⁹, comme *Google* ou *Amazon*, que l'on peut définir comme des facilités basées sur des logiciels offrant deux ou même plusieurs faces de marchés sur lesquels les fournisseurs et les utilisateurs de contenus, biens ou services, peuvent se rencontrer⁵⁰. Pour le Conseil d'État⁵¹, il s'agit de « services de référencement ou de classement de contenus, biens ou services édités ou fournis par des tiers, partagés sur le site de la plateforme ». Ces acteurs mettent à disposition les œuvres sans se contenter de les stocker et tirent un bénéfice économique de leur circulation par les revenus de la publicité ainsi générés. Le modèle économique repose sur la gratuité de services ou contenus proposés aux usagers⁵², financés par la captation de

49. Rapport d'information n° 296 des sénateurs Laurent Béteille et Richard Yung, *Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007* (9 février 2011), en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf>> ; Conseil national du numérique, *Neutralité des plateformes – Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable* (mai 2014), en ligne : <http://www.cnumerique.fr/wp-content/uploads/2014/06/CNNNum_Rapport_Neutralite_des_plateformes.pdf>.

50. Voir *Document de travail des services de la Commission accompagnant le document : Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et aux Comités des régions sur la politique de concurrence 2014* (4 juin 2015), SWD(2015) 113 final à la p 52, en ligne : <http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2014/part2_fr.pdf>.

51. Étude annuelle du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux* (Paris, La documentation française, 2014) (septembre 2014), en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf>>.

52. La gratuité des services [...] ne remet pas en cause la qualification de « services de société de l'information » et l'applicabilité de la directive 2000/31/CE : CJUE, 11 septembre 2014, *Sotiris Papasavvas*, aff C-291/13, en ligne : <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157524&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=66667>>.

données personnelles ou de contenus protégés par le droit d'auteur sans contribution au financement des œuvres ou infrastructures.

Dès lors, si l'on veut réviser la directive 2001/29/CE et lutter efficacement contre la contrefaçon ne doit-on pas aussi réformer la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique ? Telle est la position défendue en France par la ministre de la Culture⁵³ et en Allemagne, à l'appui du rapport du professeur Pierre Sirinelli⁵⁴. Néanmoins, la Commission européenne semble refuser de réexaminer la directive 2000/31/CE, alors que le Parlement européen paraît plus ouvert⁵⁵. La Commission prévoit pour le moins d'évaluer les plateformes en ligne et d'analyser la pertinence d'élaborer de nouvelles mesures contre les contenus illicites sur l'Internet en tenant pleinement compte de leur incidence sur le droit fondamental à la liberté d'expression et d'information, telles que des procédures strictes pour retirer les contenus illicites en épargnant les contenus licites.

Les avis semblent ainsi converger sur la nécessité de mieux faire contribuer les plateformes à la lutte contre la contrefaçon. La révision de la directive 2000/31/CE n'est alors pas forcément requise, puisqu'une troisième catégorie d'acteurs, aux côtés des hébergeurs dont le statut serait inchangé, pourrait être créée pour ce faire. Dans cet ordre d'idées, la Commission indique vouloir examiner s'il y a lieu d'imposer aux plateformes une obligation de responsabilité et de vigilance accrues dans la gestion de leurs réseaux et systèmes, c'est-à-dire un devoir de diligence. Le Conseil d'État évoque pour sa part une obligation de loyauté et de transparence, notamment dans l'usage des algorithmes. Cette idée est également reprise par le Conseil National du Numérique⁵⁶.

En l'absence de consensus politique en Europe pour réviser la directive 2000/31/CE, mieux vaut s'emparer de ces propositions pour leur donner corps. Il reste ainsi à préciser les contours de cette catégorie de « plateformes » car on peine à croire qu'il sera aisé de trouver

53. Note Pellerin, *supra* note 36.

54. Rapport Sirinelli, *supra* note 19. Une nouvelle mission du CSPLA a été confiée au professeur Sirinelli sur une meilleure articulation entre les directives 2001/29/CE « société de l'information » et 2000/31/CE « commerce électronique ».

55. Voir les débats autour du vote du Rapport Reda, *supra* note 29, qui doit formaliser la position du Parlement en vue de guider l'action de la Commission.

56. *Rapport Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, issu d'une large consultation participative pendant 5 mois et remis au premier ministre le 18 juin 2015, en ligne : <<http://contribuez.cnnumerique.fr/sites/default/files/media/CNNum—rapport-ambition-numerique.pdf>> [Rapport Ambition].

un régime commun de responsabilité pour encadrer des activités très diverses des réseaux sociaux, moteurs de recherche, plateformes de contenus culturels (musiques et vidéo), plateformes de e-commerce...

Une régulation par type d'activités semblerait plus pertinente, en considération des risques avérés d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. De même, il restera à définir ces nouvelles obligations de diligence, vigilance, loyauté ou autre transparence qui ne sont pas sans rappeler les obligations pesant sur le professionnel en droit de la consommation. Plus spécifiquement, on peut se demander si la transparence algorithmique est possible et si elle est vérifiable.

Les mécanismes de contrôle doivent être effectifs et les sanctions suffisamment dissuasives (en termes financiers ou réputationnels) si l'on veut espérer une utilité de la norme⁵⁷. L'idée proposée par le Conseil National du Numérique⁵⁸ de créer des agences de notation de ces plateformes est certainement à creuser mais il conviendra aussi de bien contrôler les procédés de *ranking* utilisés. D'autres dispositifs techniques se généralisent aujourd'hui à l'initiative des parties prenantes, tel le marquage des œuvres (*finger-print*). Une obligation systématique de notification et retrait définitif des contenus illicites (*notice and stay down*) reposant sur un système de filtrage des contenus et non des URL pourrait aussi être envisagée⁵⁹. Par ailleurs, les sociétés de gestion collective proposent de créer une compensation équitable au profit des ayants droit dont les œuvres seraient utilisées⁶⁰. Cette proposition doit être interrogée car si elle paraît juste pour les auteurs, elle pourrait aussi devenir contre-productive si elle s'avère excessive au risque pour la compétitivité des entreprises européennes souhaitant entrer sur le marché ou en créer de nouveaux.

57. La lenteur et l'échec des négociations en droit de la concurrence entre *Google* et la Commission européenne ont montré au final la nécessaire vigueur d'une procédure de sanction.

58. Rapport Ambition, *supra* note 57.

59. Rapport Quareta, *supra* note 38. Cette proposition est toutefois en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation *X c Google France* (Cass civ 1^{ère} Civ ; 2012-07-12), 11-15.165 ; 11-15.188, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026181921&fastReqId=696263492&fastPos=2>>.

60. L'idée émane de la SACEM et a aussi les faveurs du GESAC : voir l'étude d'Agnès Lucas-Schloetter, *Étude à la demande du GESAC relative à la compensation équitable à la charge de certains prestataires de services de la société de l'information* (avril 2014).

CONCLUSION

À l'évidence, la construction du marché unique numérique est loin d'être achevée, d'autant que d'autres sujets viendront encore occuper le législateur européen dans les prochains mois (adoption du règlement données personnelles, réexamen des directives sur les « services de média audiovisuels », « satellite et câble », « vie privée et communications électroniques »...), ainsi que le régulateur (enquêtes de la Commission sur la concurrence dans le secteur du commerce électronique). La France devrait aussi adopter une loi sur le numérique en 2016, à l'appui du rapport du Conseil National du Numérique. Les débats restent donc largement ouverts et passionnés en Europe. Gageons qu'il en soit de même au Canada.