

Le droit d'auteur face à la liberté d'expression et ses dérivés à l'ère numérique – étude comparée

Laura Geyer*

RÉSUMÉ/ABSTRACT	849
INTRODUCTION	851
I- LE DROIT D'AUTEUR ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION : DEUX FONDEMENTS ÉLEVÉS AU MÊME RANG ?	852
A- Le droit d'auteur, d'une philosophie romantique à pécuniaire	853
1. L'élévation du droit d'auteur au rang des libertés fondamentales	853
a) La consécration du droit d'auteur en droit international, européen et interne	853
b) Une légère dichotomie entre la philosophie européenne et américaine	856
2. La recherche d'équilibre au sein du régime du droit d'auteur	858
B- La liberté d'expression : fondement essentiel à l'évolution sociétale	860

© Laura Geyer, 2022.

* Avocate au sein de Sarrazin Plourde, s.a. L'auteure détient une maîtrise en droit français et allemand, ainsi qu'une formation universitaire en droit québécois.
[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

1.	La protection de la liberté d'expression en tant que liberté fondamentale	860
2.	Les libertés issues ou rattachées à la liberté d'expression	861
II- LES ENJEUX CONTEMPORAINS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN LIGNE 863		
A-	Les usages dérivés : la liberté d'expression comme exception au droit d'auteur ?	863
1.	La liberté d'expression et l'exception d'utilisation équitable.	863
a)	La souplesse des systèmes des pays du Commonwealth	863
b)	Le système d'exceptions strict de l'UE	866
c)	La liberté d'expression comme outil d'une réforme des exceptions.	868
i)	La liberté d'expression : une passerelle vers un nouveau <i>fair use</i> européen	868
ii)	Le risque de l'appréciation des juges.	870
2.	La consécration d'un droit dérivé de la liberté d'expression : le droit du public à l'information.	872
B-	La gestion du conflit tripartite entre les plateformes de contenu numérique, les utilisateurs et les auteurs	875
1.	Un système de responsabilisation des plateformes d'origine américaine	876
2.	L'UE au cœur de la problématique du Web 2.0	879
a)	Une forte immunité : le régime des « safe harbours »	879
b)	La problématique du Web 2.0	880
c)	Une adhésion partielle au nouveau régime	882
3.	Une solution intermédiaire canadienne	885

4. Vers une politique commune à l'encontre de l'emprise des GAFAM ?	889
a) Les perspectives d'évolution de ces réformes ..	889
b) Les enjeux de contenu : vers une diffusion culturelle plus locale	891
CONCLUSION.....	892

RÉSUMÉ

Les géants du numérique encouragent les utilisateurs d'Internet à publier et à diffuser des œuvres en ligne. Cette pratique expose les droits des auteurs à d'importantes violations, que les internautes justifient de plus en plus fréquemment par l'exercice de leur liberté d'expression. En Amérique du Nord et en Europe, les législateurs proposent des solutions pour régler les conflits qui naissent entre les titulaires de droits et les utilisateurs. Bien que certaines décisions de jurisprudence se rapprochent, les solutions législatives, quant à elles, divergent grandement selon leur pays de provenance. Pourtant, cette problématique se pose à même hauteur dans les différents pays et ne connaît pas de frontières territoriales, étant le fruit de l'expansion de l'ère numérique. Que justifie l'importance du droit des utilisateurs face au droit d'auteur ? Jusqu'où la liberté d'expression peut-elle faire chavirer l'idéologie qui fonde la protection de l'auteur ? Le droit des utilisateurs permet-il aux plateformes de se déresponsabiliser ? Cette étude a pour objectif de présenter les enjeux contemporains en lien avec la liberté d'expression en ligne et la façon dont les différentes législations américaine, canadienne et européenne parviennent à y réagir.

MOTS CLÉS

Liberté d'expression – Numérique – Droit d'auteur – Utilisation équitable – Europe

ABSTRACT

Digital giants encourage Internet users to publish and distribute works online. This practice exposes authors' rights to significant infringement, which Internet users increasingly justify as an exercise of their freedom of expression. In North America and Europe, legislators are proposing solutions to resolve conflicts that arise between rights holders and users. Although certain case law decisions are

similar, the legislative solutions differ greatly depending on the country of origin. However, this problem exists in different countries and knows no territorial boundaries, resulting from the expansion of the digital age. What justifies the importance of users' rights in relation to copyright? How far can freedom of expression overturn the ideology that underpins the protection of the author? Do the rights of users allow platforms to disengage themselves from responsibility? The purpose of this study is to present the contemporary issues related to freedom of expression online and how the various American, Canadian and European legislations manage to respond to them.

KEYWORDS

Freedom of expression – Digital – Copyright – Fair dealing – Europe

INTRODUCTION

Le droit d'auteur est au cœur des débats provoqués par les enjeux de son expansion. Ceux-ci englobent les inquiétudes qu'ont les auteurs face à l'évolution du marché numérique. Dans un monde globalisé, le développement des géants du numérique, communément appelés les GAFAM¹, touche l'ensemble des pays. Les plateformes numériques accueillent de nouveaux modes d'utilisation des œuvres et permettent le partage rapide de contenu, sur lequel les auteurs n'ont aucun contrôle. Dans ce contexte, les internautes se prévalent d'un « droit d'utilisateur », découlant de la liberté d'expression, pour exempter leurs actions de toute responsabilité. Se pose alors la question de savoir comment concilier l'importance du droit des utilisateurs face au droit des auteurs, créateurs d'œuvres.

Pour comprendre l'origine de ce conflit, il est intéressant de se pencher sur la nature du droit d'auteur et de la liberté d'expression. Le droit d'auteur, du fait du contrôle qu'il donne à l'auteur sur son œuvre et des avantages qu'il accorde à son titulaire sur le marché des biens immatériels, attire toutes les ambitions marchandes. Pourtant, il rencontre sur son chemin de sérieuses formes d'opposition découlant de la liberté d'expression et de ses dérivés. Cette liberté fondamentale a tendance à être perçue comme un droit intouchable, qui prévaut sur les autres libertés alors qu'une telle hiérarchie n'est pas préconisée dans les textes de loi². La pratique nécessite pourtant que, dans certains cas, la balance des intérêts diffère pour laisser place à un droit plus qu'à un autre. L'avocat général de la Cour de justice de l'Union Européenne (ci-après « CJUE ») a affirmé cette possibilité : « Il peut y avoir des situations exceptionnelles dans lesquelles le droit d'auteur, qui, dans d'autres circonstances, pourrait tout à fait légitimement

-
1. GAFAM est l'acronyme de Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft. Cette expression englobe également dans une interprétation plus large les géants du numérique et les réseaux sociaux tels qu'Instagram, Twitter, mais aussi les plateformes numériques, par exemple Youtube ou Dailymotion.
 2. André Lucas, « Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre ? », dans Alexandra Bensamoun, dir, *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, Sceaux, collection des Presses universitaires de Sceaux, mare&martin, 2016 à la p 34.

bénéficier de la protection légale et juridictionnelle, doit s'estomper devant un intérêt majeur ayant trait à la réalisation d'un droit ou d'une liberté fondamentale. »³ À l'ère numérique, la liberté d'expression s'insère comme outil de pondération dans les débats actuels sur les exceptions d'utilisation aux droits d'auteur. Jusqu'où cette liberté fondamentale peut-elle faire chavirer l'idéologie qui fonde la protection de l'auteur ? L'admission de sa pertinence en tant qu'argument à l'encontre des droits d'auteur sera balisée par la philosophie que cultive chaque pays régulateur.

À l'aune de ces discussions a également mûri la question de la responsabilité des plateformes sur lesquelles le contenu est publié, dont la richesse de contenu est permise par la libre expression des utilisateurs. Ces problématiques, mêlées aux enjeux économiques qu'entraîne l'établissement des plateformes de contenu numérique, ont fait l'objet de solutions qui diffèrent selon leur pays de provenance et l'idéologie dans laquelle le droit d'auteur y évolue. En effet, aux États-Unis, celui-ci est consacré comme un droit économique et dynamique générant des ressources, tandis qu'en Europe, il est né dans une vision orientée sur la protection de la personne de l'auteur⁴. Au Canada, le droit d'auteur, dans sa législation autant que dans son application, est empreint de ces deux philosophies⁵.

Cette étude a pour objectif de présenter les enjeux contemporains en lien avec la liberté d'expression en ligne et la façon dont les différentes législations américaine, canadienne et européenne parviennent à y réagir.

I- LE DROIT D'AUTEUR ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION : DEUX FONDEMENTS ÉLEVÉS AU MÊME RANG ?

Que justifie l'importance du droit des utilisateurs face au droit d'auteur ? Afin de cerner les enjeux et les contours de l'articulation entre le droit d'auteur et la liberté d'expression à l'ère numérique, il est essentiel d'analyser la nature de ces deux droits. Les droits et libertés fondamentales sont d'une telle importance que l'essence même du droit d'auteur doit être mise en lumière pour déterminer quel équilibre ces droits doivent atteindre.

3. *Funke Medien NRW GmbH c Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, [2019] ECLI:EU:C:2019:623 au para 40 (ci-après « *Funke Medien* »).

4. Céline Castets-Renard, *Droit d'auteur*, septembre 2014, Dalloz, à l'introduction.

5. Pour un débat poussé à cet égard, voir Pierre-Emmanuel Moysé, « Le génie du droit d'auteur », (2021) 33:1 CPI 111 à la p 121.

A- Le droit d'auteur, d'une philosophie romantique à pécuniaire

Les lois sur le droit d'auteur, comme toute loi, procèdent à une pondération d'une gamme variée d'intérêts, certains directement antinomiques : ceux des auteurs, des interprètes, des éditeurs, du public et des utilisateurs. En 1791, Le Chapelier proclamait « la plus sacrée, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain [...] »⁶. Aujourd'hui toutefois, cette propriété si « sacrée » affronte un droit tout aussi sacré et puissant : la liberté d'expression. Ces deux droits appartiennent à des ordres différents, mobilisent donc des philosophies différentes. L'un a une fonction de coordination tournée vers une forme optimale d'exploitation des œuvres, l'autre évolue dans les principes démocratiques généraux et protège l'individu des excès de pouvoir de l'État. S'ajoutent à la difficulté de nature et de genre les différences de culture juridique.

1. L'élévation du droit d'auteur au rang des libertés fondamentales

Afin de poser les bases de cette discussion, il est essentiel d'évoquer la conception du droit d'auteur dans les différents systèmes juridiques. Il s'agit en particulier de savoir si le droit d'auteur peut être élevé au niveau d'un droit fondamental⁷. Nous comprenons que cette question conditionne son articulation avec la liberté d'expression. Il convient pour cela d'évoquer les textes internationaux qui ont consacré le droit d'auteur, avant d'aborder la nature du droit à la liberté d'expression.

a) La consécration du droit d'auteur en droit international, européen et interne

Un courant doctrinal considère le droit d'auteur comme un droit fondamental au même titre que les autres droits humains⁸. Certains textes internationaux mentionnent très clairement la protection

6. Isaac Le Chapelier, « Rapport de la loi du 19 janvier 1791 à l'Assemblée constituante », 1791 à la p 117.

7. André R. Bertrand, « Un droit constitutionnel et fondamental devant être "pondéré" », dans *Droit d'auteur*, 2010, Dalloz, section 101.80.

8. Lucas, *supra* note 2 à la p 132.

des intérêts moraux et matériels au sein des droits de l'Homme⁹, il est possible de le déduire pour d'autres. Tout d'abord, la doctrine a particulièrement commenté l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁰ (ci-après « DUDH »). Cet article mentionne en son second paragraphe une protection des intérêts moraux découlant de production littéraire ou artistique, qui seraient considérés comme l'inclusion des droits d'auteur parmi les droits de l'Homme¹¹. Il est important de noter que la ratification de la DUDH en fait une loi d'État dans certains pays, dont la France¹². Par ailleurs, il est important de noter qu'une protection similaire à celle offerte par la DUDH est prévue dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹³. Le droit d'auteur a ici atteint un quasi-statut de droit de l'Homme, qui le place à valeur égale à celle d'un droit fondamental.

Au niveau européen, il fut également affirmé par la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après « CeDH »)¹⁴ que la propriété intellectuelle trouve protection en l'article premier du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après « CEDH »)¹⁵. Cet article prévoit que « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les

9. Voir Alain Strowel et François Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos des libertés de créer et d'user des œuvres », dans Alain Strowel et François Tulkens, dir, *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2006.
10. *Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)*, Rés. AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71 à l'art 27 al 2 : « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. »
11. Certains auteurs considèrent que les deux paragraphes de l'article 17 sont complémentaires pour garantir ce droit, l'un étant la contrepartie de l'autre. Voir Georges Béguin « La Déclaration universelle des Droits de l'homme (du 10 décembre 1948) et la protection de la propriété intellectuelle », (1963) 76:12 *Le droit d'auteur* 317 à la p 318 et Claude Colombet, « La protection des intérêts moraux et matériels des auteurs (art 27 al 2) », dans *Droit d'auteur et droits de l'homme*, Paris, INPI à la p 44.
12. Conseil Constitutionnel const. 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information – Non-conformité partielle*, Décision n° 2006-540 DC, JO 3 août 2006 à la p 11541, n° 15.
13. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966 (entrée en vigueur 3 janvier 1976) à l'art 15(1)(c).
14. Voir la décision *Anheuser-Busch c Portugal* [GC], n° 73049/01 (11 octobre 2005).
15. *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, tel que modifié par le Protocole n° 11, Paris, 20 mars 1952.

principes généraux du droit international. » L'affirmation de la protection de la propriété intellectuelle par la CEDH fut suivie par celle de l'article 17(2) de la Charte des droits fondamentaux¹⁶. Cet article affirme par une mention explicite que « La propriété intellectuelle est protégée ». Il n'est non plus contestable que la Cour de justice elle-même considérait le droit d'auteur comme un droit fondamental¹⁷.

En droit interne, pourtant, la reconnaissance d'une valeur fondamentale au droit d'auteur est souvent indirecte. En Europe, le droit d'auteur trouve une protection au sein des différentes constitutions nationales, majoritairement dans les dispositions concernant le droit de propriété. Il y est parfois garanti directement, ou indirectement dépendamment du pays. En effet, il est par exemple implicitement protégé dans la *Loi fondamentale allemande* en son article 14, qui prévoit que la propriété est une obligation et que son expropriation sera régulée par une loi¹⁸. La Cour constitutionnelle allemande a maintes fois confirmé que les droits économiques des auteurs étaient assurés par cette protection constitutionnelle de la propriété. La Constitution française de 1958 ne les garantit également pas directement, mais indirectement à travers le droit de la propriété¹⁹. La France reconnaît la protection du droit d'auteur par l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (ci-après « DDHC »), qui évoque un droit de propriété inviolable et sacré²⁰. Cet article renvoie au préambule de la *Constitution française*²¹ et a également une valeur constitutionnelle²². La reconnaissance d'une protection du droit d'auteur par de tels pactes et conventions influe ainsi sur l'orientation que prendront certains débats, lorsque le droit d'auteur entre en conflit avec la liberté d'expression.

16. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 7 décembre 2000, JOUE C 303/17 – 14.12.2007 à l'art 17.

17. Voir *Balan c Moldavie*, n° 19247/03 (29 janvier 2008) ; voir aussi *Laserdisken ApS c Kulturministeriet*, C-479/04, [2006] ECR I-08089 au para 65.

18. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (loi fondamentale allemande), 23 mai 1949 à l'art 14.

19. Cons Const, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information – Non-conformité partielle*, Décision n° 2006-540 DC, JO 3 août 2006 à la p 11541 au para 15.

20. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC)*, 26 août 1789 à l'art 17.

21. Constitution du 4 octobre 1958 instituant la V^e République française.

22. Lucas, *supra* note 2. La considération du droit d'auteur comme un droit fondamental a été réfléchi très tard en France, car sa légitimité était garantie par sa fondation sur le droit naturel.

b) *Une légère dichotomie entre la philosophie européenne et américaine*

Nous notons cependant une certaine opposition entre le droit d'auteur en Europe, notamment en France, et le « copyright » américain. Le droit d'auteur français a un caractère de droit de la personnalité, dit « romantique »²³, protégeant plus largement l'auteur ; il est un lien ombilical entre l'auteur et l'œuvre²⁴. Le droit d'auteur est conçu dans un esprit favorable aux auteurs, de sorte que les dispositions sont les plus protectrices possibles de l'auteur²⁵. Cette approche *in favorem auctoris* est également adoptée par les tribunaux dans l'esprit européen favorable aux auteurs. La simple traduction de « copyright » comme étant un droit de copier ou de reproduire souligne cette différence, appuyée par l'assimilation du *copyright* américain à un quasi-monopole accordé aux auteurs pour une période limitée afin d'encourager le développement des arts et de la science²⁶. Cependant, historiquement, l'origine du droit d'auteur en France et aux États-Unis ne peut être totalement dissociée, car le *Statute of Anne* anglais qui a donné naissance au droit d'auteur canadien et américain a fortement inspiré les lois révolutionnaires françaises²⁷. Le droit d'auteur canadien, par son inclusion du droit moral et de son lien personnel avec l'auteur, est teinté d'une vision personnaliste²⁸. Cependant, son esprit civiliste semble s'effacer de plus en plus, érodé par les influences internationales et les questions qui entourent le marché numérique. Ce droit fédéral, fortement orienté vers sa fonction économique, ne pourrait aujourd'hui en réalité plus être considéré comme un équilibre entre le droit d'auteur et le *copyright*. L'opposition entre ces deux droits est en effet désuète et trop simplifiée, ne tenant

23. Castets-Renard, *supra* note 4.

24. Carine Bernault « Liberté de création, plagiat et droit d'auteur », dans *Droit et littérature*, Éditions de l'Université de Shanghai, 2012 à la p 9, en ligne : <halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01004397/document>.

25. *Code de la propriété intellectuelle*, 22^e éd, Paris, Dalloz, 2022 à la p 12 (ci-après « CPI »). En effet, les droits moraux français sont « imprescriptibles et inaliénables », ils sont notamment traités avant les droits patrimoniaux dans le *Code de la propriété intellectuelle*, voir article L.121-1, CPI, Loi 92-597, 1992-07-01.

26. Constitution américaine, 1987 USA, MJP à l'art 1^{er}, sect 8, clause 8 ; voir *Mazer v Stein*, 347 US 219 [1954] à la p 207 débattant de la notion de monopole découlant du droit exclusif garanti par la Constitution.

27. *Loi des 13 et 19 janvier 1791, relative aux spectacles*, créée par la Loi 1791-01-13 Loi et Actes du gouvernement, t II à la p 343.

28. Pierre-Emmanuel Moysse, « Le droit moral au Canada : facteur d'idées », (2013) 25:1 CPI 141 à la p 143.

pas compte de la complexité dans laquelle évolue le droit d'auteur canadien, influencé par des facteurs d'ordres internationaux²⁹.

Il est alors intéressant d'observer que, malgré la philosophie initialement différente des pays qui concernent cette étude, les différents tribunaux peuvent toutefois privilégier le droit d'auteur à une forme d'exercice de la liberté d'expression. Par exemple, l'affaire *Klasen*³⁰ de la Cour de cassation française, se fondant sur l'article 10 CEDH, consacre le droit d'auteur comme un droit fondamental qui n'est pas isolé des autres et qui implique une mise en balance en cas de conflit³¹. Dans cette espèce visant le droit de reproduction de trois photographies, la Cour a cassé un arrêt d'appel sur motif d'insuffisance à démontrer une balance équitable entre la libre expression artistique et les intérêts du titulaire de droits d'auteur³². On assiste ici à un exemple de l'importante protection du droit d'auteur en France, qui ne saurait « céder face à d'autres libertés fondamentales tendant à affaiblir la portée du monopole de l'auteur »³³. Au Canada, dans l'affaire *Michelin*³⁴, au sujet d'une caricature du logo d'une marque, le conflit entre la liberté d'expression et le droit d'auteur a également été résolu en faveur du droit d'auteur. En effet, dans cette décision, la cour fédérale souligne la question de l'utilisation d'un bien privé, soit l'œuvre protégée par le droit d'auteur, comme forme d'expression. Citant l'arrêt *New Brunswick Broadcasting c CRTC*³⁵, la Cour affirme que le droit à la libre expression ne donne pas droit à utiliser le fruit de la propriété intellectuelle d'autrui pour exprimer ses propres idées. En d'autres mots, la liberté d'expression ne justifie pas à elle seule l'utilisation d'une œuvre protégée. Ainsi le droit d'auteur, qui

29. Moysse, *supra* note 5 aux pp 128-129, pour une remise en question de la pertinence et de la justesse des débats entourant l'opposition droit civil et common law au sein du droit d'auteur canadien.

30. Cass civ 1^{re}, 15 mai 2015, [2015] n° 13-27.

31. Caroline Fitzpatrick, « Droit d'auteur et liberté d'expression : un retour sur l'affaire *Klasen* », (24 avril 2018) *Université Paris Saclay* (blogue), en ligne : <master-ip-it-leblog.fr/droit-dauteur-et-liberte-dexpression-un-retour-sur-laffaire-klasen>.

32. Affaire *Klasen*, *supra* note 30 au para 12 : « sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait ».

33. Clara Grudler, « Affaire *Klasen* : de la mise en balance des droits dans un contexte européen d'affirmation des libertés fondamentales », (27 juillet 2018) *Village de la justice* (blogue), en ligne : <<https://www.village-justice.com/articles/affaire-klasen-mise-balance-des-droits-dans-contexte-europeen-affirmation-des,29116.html>>.

34. *Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie c National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada* (CAW-Canada), [1997] 2 CF 306 (ci-après « *Michelin* »). L'exception de parodie n'existait pas dans la loi au moment où cette décision a été rendue.

35. *New Brunswick Broadcasting c CRTC*, [1984] 2 CF 410.

n'a pas textuellement de statut de droit fondamental au Canada, a été privilégié à un droit constitutionnel.

2. *La recherche d'équilibre au sein du régime du droit d'auteur*

Afin d'apprécier l'articulation entre le droit d'auteur et la liberté d'expression, il convient de souligner que l'existence même d'un droit d'auteur peut venir restreindre la liberté d'expression. Pour les œuvres qui n'ont pas une valeur commerciale continue, c'est-à-dire une valeur et un potentiel commerciaux, « le droit d'auteur n'est pas un moteur de liberté d'expression. Le droit d'auteur est un frein. »³⁶ En effet, selon l'auteur Lessig, il incite rarement à la création lorsqu'aucun intérêt économique n'est en jeu.

On parle d'une « dérive du droit d'auteur » pour laquelle il faut maintenir un « cap vers l'équilibre »³⁷. Il convient de noter que le législateur européen a initialement pris en considération les libertés fondamentales en énonçant au 3^e considérant de la Directive InfoSoc³⁸ que « L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général. » La législation sur le droit d'auteur contient ainsi elle-même plusieurs règles qui favorisent le respect de la liberté d'expression³⁹, autant qu'elle la balise.

Tout d'abord, les critères de définition de l'œuvre protégée tel que celui de l'originalité permettent la création indépendante⁴⁰. En France, l'originalité est définie de façon plus sévère ; l'empreinte de la personnalité de l'artiste sur l'œuvre doit être reconnue. On peut dire ici que le droit d'auteur est donc plus sélectif, empiétant moins,

36. Lawrence Lessig, « Free Culture (How Big Media uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity) », New York, *The Penguin Press*, 2004 à la p 227, en ligne : <www.free-culture.cc/freeculture.pdf>, traduit de l'anglais : « Copyright is not an engine of free expression. Copyright is a brake. »

37. Strowel et Tulkens, *supra* note 9 à la p 36.

38. *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*, JO L167/22, juin 2001 (ci-après « Directive InfoSoc »).

39. *Funke Medien*, *supra* note 3, conclusions de l'avocat général au para 36 : « Il est communément admis que le droit d'auteur lui-même comporte des mécanismes permettant de pallier les éventuelles contradictions entre les droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression, et le droit d'auteur. »

40. Voir *Goldner v Canadian Broadcasting Corp.*, (1974) 1 NR 420 (CAF).

en principe, sur la liberté d'expression⁴¹. Au Canada, l'œuvre sera originale si elle n'est pas la copie d'une autre et si elle est « le produit de l'exercice du talent et du jugement d'un auteur »⁴². De même, le critère de la fixation de l'œuvre sur un support tangible variera selon les pays pour garantir une protection plus ou moins large⁴³. Aussi, les pays du Commonwealth, dont les lois sont inspirées du droit britannique, reconnaissent les œuvres selon des catégories définies, qui sont les œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques⁴⁴. Les œuvres devront ainsi tomber dans l'une des catégories selon la définition du pays afin d'être protégées⁴⁵.

De plus, les conditions de titularité des droits peuvent avoir des répercussions sur la liberté d'expression⁴⁶. Bien que la compréhension traditionnelle de la qualité d'auteur n'envisage qu'un humain créateur de l'œuvre⁴⁷, certaines législations prévoient une titularité du droit d'auteur à d'autres acteurs tiers, par exemple les employeurs⁴⁸, pour des raisons « tenant aux nécessités commerciales »⁴⁹. De surcroît, il existe au Canada le droit d'auteur octroyé à la Couronne sur des œuvres préparées ou publiées par elle ou sous son autorité⁵⁰. Cette titularité de la Couronne permet dans certains cas à l'État d'exercer une certaine restriction sur la liberté d'expression d'un individu lorsqu'un intérêt supérieur ou public est en jeu⁵¹. Outre la qualité

41. Cass civ 1^{re}, 4 mai 2012, *La Vague*, n° 11-10763, Propr. intell. 2012 aux pp 331 et 333, obs. André Lucas.

42. *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 au para 18 (ci-après « CCH »).

43. Aux États-Unis par exemple, l'œuvre est fixée sous une forme tangible selon une définition prévue dans le *US Copyright Act of 1976*, 17 USC au para 101. Le droit français n'exige pas de fixation particulière hormis la fixation écrite pour les œuvres gestuelles ou orales, mais l'expression de l'œuvre sous forme tangible est une condition déterminante, voir CPI à l'art L.121-2 al 4.

44. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 à l'art 5.

45. Voir *Cuisenaire v South West Imports Limited*, [1969] SCR 208.

46. Ysolde Gendreau, « Droit d'auteur et liberté d'expression au Canada », dans Alain Strowel, François Tulkens, dir, *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Bruxelles, Larcier, 2006 à la p 146.

47. Voir les débats sur la titularité des œuvres créées par intelligence artificielle : Ana Ramalho, « Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems », (2017) 21:1 J of Internet L 12, en ligne : <dx.doi.org/10.2139/ssrn.2987757>.

48. *Loi canadienne sur le droit d'auteur* à l'art 13(3) ; *Copyright Act*, 17 USC aux art 101 et 201b).

49. Gendreau, *supra* note 46 à la p 148.

50. *Loi canadienne sur le droit d'auteur* à l'art 12 ; voir *Keatley Surveying Ltd. v Teranet Inc.*, 2017 ONCA 748.

51. Gendreau, *supra* note 46 à la p 148. Ysolde Gendreau y fait référence à titre d'exemple au Projet de loi C-220, 36^e Parlement, 1^{re} sess, 46 Elizabeth II, 1997, adopté par la Chambre des communes le 1^{er} octobre 1997. Un projet de loi a été

du titulaire, la durée de la titularité permet que certaines œuvres puissent tomber dans le domaine public⁵². Ainsi, les principes régissant le droit d'auteur englobent la réflexion sur les limites imposées à la liberté d'expression et sa protection.

B- La liberté d'expression : fondement essentiel à l'évolution sociétale

L'étendue et les délimitations de la liberté d'expression sont mises en exergue par sa protection en tant que liberté fondamentale et la détermination des libertés qui en sont issues ou rattachées.

1. La protection de la liberté d'expression en tant que liberté fondamentale

La liberté d'expression a une valeur constitutionnelle incontestée dans les différentes juridictions de cette étude. Dans la philosophie kantienne, la liberté était considérée comme un droit inné de l'individu, comprenant la libre expression⁵³. Elle est aujourd'hui « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès »⁵⁴, laissant agir le marché des idées⁵⁵.

Dans un arrêt *Cohen v California*, la Cour suprême des États-Unis affirme que le premier amendement garantissant la liberté d'expression se fonde sur la « conviction qu'aucune autre attitude ne serait cohérente avec le principe de la dignité et de la liberté de choix de chaque individu, sur lequel repose notre système politique »⁵⁶.

Au niveau européen, la liberté d'expression est un droit fondamental⁵⁷ consacré à l'article 10 CEDH, s'analysant en deux volets : un droit d'opinion et de communication des informations ou des idées.

déposé au Parlement afin d'accorder à la Couronne le droit d'auteur d'œuvres ayant servi de support d'infraction et dont les titulaires initiaux étaient des criminels. La Couronne était reconnue titulaire depuis la création de l'œuvre, pour empêcher les criminels de les publier.

52. Pour une étude poussée de ces critères, voir l'analyse d'Ysolde Gendreau, *supra*, note 46.

53. Emmanuel Kant, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit suivis d'un Essai philosophique sur la paix perpétuelle et d'autres petits écrits relatifs au droit naturel*, trad. J. Barni, Paris, Auguste Durand, Libraire, 1853 aux pp 55-56.

54. *Handyside c France*, (1976), A24 CEDH, 5493/72 au para 49.

55. Voir *Abrams v United States*, 250 U.S. 616 (1919).

56. *Cohen v California*, 403 U.S. 15, 24 (1971).

57. *Oyowe et Traore c Commission*, C-100/88, [1989] ECR I-04285.

Le second volet de la liberté d'expression, moins discuté, est le droit de recevoir ces informations ou idées.

La liberté d'expression, consacrée au Canada à l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁸, repose sur trois principes : la recherche et l'atteinte de la vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique et la contribution à l'enrichissement et l'épanouissement personnel⁵⁹.

Aux États-Unis, la liberté d'expression est plus régulièrement invoquée face au droit d'auteur. Cela s'expliquerait par le fait que la première loi américaine sur le droit d'auteur et le premier amendement à la Constitution ont été consacrés en même temps⁶⁰, de telle sorte qu'ils ont évolué parallèlement. De plus, ces deux droits ont une légitimité constitutionnelle qui est beaucoup moins prononcée au Canada⁶¹. Pour ces raisons, l'évolution des deux droits sera différente en Europe et en Amérique du Nord, mais également entre les États-Unis et le Canada. Cependant, les systèmes français, canadien et américain se rejoignent sur des principes généraux que sont les limites apportées à la liberté d'expression, intégrées à la fois dans les articles consacrés à celle-ci et aux règles de base du droit d'auteur.

Pour analyser l'étendue de la protection de la liberté d'expression, il faut déterminer quelles libertés en sont issues ou s'y rattachent.

2. Les libertés issues ou rattachées à la liberté d'expression

La garantie de la liberté d'expression a une portée large, que ce soit en Europe ou au Canada. Le risque qui s'y présente est qu'elle soit invoquée dans de nombreuses situations par des plaidants essayant de trouver un fondement à leur cause. Ainsi, beaucoup prétendent voir un droit enfreint, qui serait lui-même issu de la liberté d'expression.

Les droits le plus souvent issus de la liberté d'expression sont la liberté de création et la liberté artistique. Elles sont le plus souvent

58. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : [...] b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de presse et des autres moyens de communication. »

59. *R. c Keegstra*, [1990] 3 RCS 697.

60. La première loi sur le droit d'auteur américaine a été adoptée en 1790 et le premier amendement à la Constitution américaine a été adopté en 1791.

61. Gendreau, *supra* note 46 à la p 160.

perçues comme des corollaires de la liberté d'expression⁶². Dans l'expression artistique, on parle également de liberté d'expression artistique, qui est issue de l'article 10 CEDH⁶³. En matière de droit d'auteur, la liberté de création est essentielle à l'expression artistique. Elle est invoquée par les auteurs qui, par exemple, utilisent une œuvre antérieure ou s'en inspirent pour en créer une nouvelle. Le droit d'auteur étant mis en avant pour encourager la création, il est tout à fait cohérent que les auteurs s'en prévalent régulièrement⁶⁴. La liberté de création a été d'abord reconnue au niveau international comme étant rattachée à la liberté d'expression⁶⁵. Toutefois, la liberté de création a également été invoquée à titre individuel pour justifier des violations de droits d'auteur, comme il a été le cas dans un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande⁶⁶, où elle s'est explicitement opposée au droit voisin d'un producteur⁶⁷. Aussi, dans une affaire récente française⁶⁸, la Cour de cassation rappelle aux juges de fond que l'application du droit d'auteur doit s'ajuster à la liberté de création⁶⁹. En France, cette liberté avait primé sur le droit d'auteur dans la célèbre affaire des *Misérables* de Victor Hugo⁷⁰. Dans cette décision, un héritier de Victor Hugo s'oppose à l'écrivain François Cérésa, auteur de deux romans qu'il présentait comme une suite des *Misérables*. La Cour d'appel de Paris soulignait que la liberté de création « prévaut quelles que soient la qualité de l'œuvre, sa place dans le patrimoine littéraire et sa construction » mais qu'il « incombe à l'auteur de la suite d'être fidèle à l'œuvre dont il se réclame, d'en respecter l'esprit, ce qui n'exclut pas pour autant une certaine liberté d'expression et de conception ». La problématique qui survient rapidement en matière de

62. *Müller et aures c Suisse*, (1988), 1073/84 CEDH au pt 27.

63. Voir Cass civ 1^{re}, 15 mai 2015, n° 13-27391 ; TGI Paris, 8 nov. 2018, n° 15/02536, *Davidovici c Koons*.

64. Lucas, *supra* note 2 à la p 43.

65. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *supra* note 13 à l'art 15(3) ; *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2016] JO C 202/02 à l'art 13 ; le lien entre la liberté de création et d'expression a été consacré en France dans la *Loi n° 2016 925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*, JO 8 juillet 2016, aux art 1 et 2.

66. Bundesverfassungsgericht, 31 mai 2016, Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V, 2016 à la p 772 (ci-après « GRUR »).

67. Alexandre Gaschignard et Matthias Louette, « La bataille du sample devant la Cour constitutionnelle allemande : liberté artistique versus propriété intellectuelle » (septembre 2016), *La Revue des Droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, en ligne : <journals.openedition.org/revdh/2521> ; la liberté de création est prévue à l'article 5 alinéa 3 de la loi fondamentale allemande.

68. Cass civ 1^{re}, 22 juin 2017, n°s 15-28467 et 16-11759.

69. André Lucas, « Liberté de création et droit moral » (octobre 2017), *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle* n° 110y4 à la p 3.

70. Cass civ 1^{re}, 30 janvier 2007, n° 04-15543 et CA Paris, 4^e ch. B, 19 décembre 2008.

liberté d'expression est le fait que les défenseurs l'invoquent lorsqu'il n'est pas défini explicitement que le droit en question en fasse partie ou s'y raccroche. Certains se prévalent de la liberté de publier du contenu en ligne ou du droit d'utilisateur comme liberté d'expression. Les différentes cours jugeant au cas par cas ne tranchent pas toujours de la même manière, mais les utilisateurs continuent de prétendre à une violation de leur liberté d'expression malgré l'imprévisibilité des décisions. Jusqu'où la liberté d'expression peut-elle faire chavirer l'idéologie qui fonde la protection de l'auteur ?

II- LES ENJEUX CONTEMPORAINS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN LIGNE

A- Les usages dérivés : la liberté d'expression comme exception au droit d'auteur ?

La liberté d'expression est au cœur des débats européens et nord-américains concernant les exceptions au droit exclusif dont jouissent les auteurs. En effet, les internautes qui utilisent des œuvres peuvent se prévaloir du système d'exception d'utilisation qui les en excuse. Ces dernières années, les tribunaux ont pourtant vu des utilisateurs qui essayaient d'appuyer leurs prétentions sur la liberté d'expression lorsque leur action ne correspondait pas à l'une des catégories d'exceptions. Cet usage dérivé de la liberté d'expression a amené l'Union européenne (ci-après « UE ») et le Canada à se questionner sur la possibilité d'envisager l'insertion d'une nouvelle exception à ce sujet. Aussi, les tribunaux ont connu un nouvel usage dérivé de la liberté d'expression pour justifier une violation du droit d'auteur : le droit du public à l'information.

1. La liberté d'expression et l'exception d'utilisation équitable

a) La souplesse des systèmes des pays du Commonwealth

Les limites au droit d'auteur permettent de favoriser le respect de la liberté d'expression. On a pensé durant longtemps en France comme aux États-Unis que la durée des droits d'auteur et l'appropriation impossible des idées suffiraient à éviter les conflits entre le droit d'auteur et la liberté d'expression⁷¹. Cependant, il s'est rapidement révélé nécessaire d'insérer des exceptions dans les lois sur le droit d'auteur afin d'augmenter la prévention des risques. Un des exemples probants des pays de Commonwealth est l'exception

71. Lucas, *supra* note 2 à la p 41.

d'utilisation équitable des œuvres selon la finalité. La législation américaine se démarque par sa théorie du *fair use*, qui englobe toute activité qui semble justifier une utilisation équitable⁷². Le modèle américain permet une approche très flexible des exceptions au droit d'auteur. La majeure critique que connaît le système américain est alors l'imprévisibilité des décisions, qui s'analysent au cas par cas et qui peuvent se révéler surprenantes⁷³.

Le *fair dealing*⁷⁴, que l'on retrouve au Canada mais également dans d'autres pays du Commonwealth, tels le Royaume-Uni et l'Australie, représente un intermédiaire au *fair use* et au système d'exception européen. L'utilisation doit tomber dans l'une des catégories nommées et doit être équitable à la fois. Il s'agit donc d'une approche en deux volets, dont le premier était assez strictement défini, mais tend à s'élargir⁷⁵. La rigueur du droit canadien repose donc sur la seconde partie de son test, dont l'analyse fut étayée dans le célèbre cas *CCH*, qui a donné naissance à un test de six facteurs pour déterminer si l'utilisation est équitable : « (1) le but de l'utilisation ; (2) la nature de l'utilisation ; (3) l'ampleur de l'utilisation ; (4) les solutions de rechange à l'utilisation ; (5) la nature de l'œuvre ; (6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre »⁷⁶. Comme il sera plus tard analysé dans l'affaire *SOCAN*⁷⁷, la logique canadienne voudrait donc que l'on ouvre le premier critère à une « interprétation généreuse », et « relativement peu stricte », « de sorte que le tamisage analytique n'intervien[ne] qu'au second volet, celui de la détermination du caractère équitable »⁷⁸. La décision *CCH* vient souligner que l'exception d'utilisation équitable est un droit des utilisateurs à part entière, qui ne se résume pas à un simple moyen de défense. À cette occasion, la notion de droit des utilisateurs est ainsi introduite par la Cour :

72. *US Copyright Act of 1976*, 17 U.S.C. § 101-810.

73. Marjorie Heins et Tricia Beckles, *Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control*, A Public Policy Report, The Brennan Center for Justice, 2005 à la p 10, en ligne : <<http://www.fepproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf>>.

74. En français, « utilisation équitable ». Le terme anglais est employé dans le corps du texte à des fins de comparaison avec le terme américain.

75. Voir *Loi canadienne sur le droit d'auteur* à l'art 29. L'arrivée du « Bill C-11 » augmenta encore le nombre de cas prévus par la loi, en ajoutant la parodie, la satire et l'éducation. Voir Bill C-11, *An Act to Amend the Copyright Act*, 1st Sess, 41st Parl, 201, s 29, en ligne : <www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=5144516&File=24#1>.

76. *CCH*, *supra* note 42 au para 53.

77. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Bell Canada*, 2012 CSC 36.

78. *Id* au para 27.

À l'instar des autres exceptions que prévoit la Loi sur le droit d'auteur, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. [...] « [l]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. »⁷⁹

La notion de droit des utilisateurs a également été introduite dans l'article 29.21 de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*, qui prévoit l'utilisation d'œuvres protégées à des fins de production par l'utilisateur, de contenu non commercial diffusé en ligne. Cet article s'inscrit dans la philosophie de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*⁸⁰ de 2012, qui a permis d'élargir les catégories d'exceptions pour s'actualiser sur les nouveaux usages en ligne et pour s'adapter à une génération d'utilisateurs familiarisés avec la manipulation logicielle. Il devra notamment respecter le principe rappelé dans la jurisprudence dite *ESA* : « L'équilibre traditionnel entre auteurs et utilisateurs doit être préservé dans le monde numérique. »⁸¹

La Cour a considéré que le *fair dealing* était « partie intégrante à la loi sur le droit d'auteur »⁸², un droit d'utilisateur. Un arrêt de 2017⁸³ a montré que le *fair dealing* pouvait protéger la liberté d'expression, même lorsqu'un auteur veut se prévaloir de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* pour contrer une expression. En l'espèce, deux individus ont réalisé un documentaire sur l'aquarium de Vancouver, notamment sur les baleines et dauphins en captivité. L'aquarium a poursuivi les réalisateurs pour violation de leur droit d'auteur pour les clichés utilisés. La Cour a procédé à une analyse mettant en scène le rôle d'un tel documentaire dans le débat et le dialogue public sur la problématique des cétacés en captivité. La Cour admet dans cette décision que la liberté d'expression et l'utilisation équitable, en tant qu'arguments d'intérêt public, doivent être prises en considération dans l'évaluation de la prépondérance des inconvénients pour accorder ou non une injonction interlocutoire interdisant

79. *CCH*, supra note 42 au para 48.

80. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, LC 2012, ch 20.

81. *Entertainment Software Association c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34 au para 8.

82. *Id.*

83. *Vancouver Aquarium Marine Science Centre v Charbonneau*, 2017 BCCA 395 (ci-après « *Vancouver* »), en ligne : <<http://canlii.ca/t/hnr04>>.

la diffusion du documentaire⁸⁴. En l'espèce, la Cour d'appel a infirmé la décision de première instance qui avait accordé l'injonction. Cette solution démontre que le *fair dealing* peut également protéger la liberté d'expression, en ce qu'un acte couvert par le *fair dealing*, considéré comme un droit des utilisateurs – un droit à part entière – ne porte pas atteinte au droit d'auteur⁸⁵.

b) *Le système d'exceptions strict de l'UE*

Malgré les avantages qu'offre la flexibilité du système américain, l'UE s'oppose à une transposition du *fair use* en raison des différents fondements philosophiques sur lesquels la common law et le droit civil sont basés⁸⁶. L'avocat général de la CJUE a déjà vivement critiqué cette possibilité en affirmant dans l'affaire *Spiegel Online*, à l'occasion d'une proposition similaire au *fair use*, que celle-ci transformerait « tout effort d'harmonisation en un vœu pieux »⁸⁷. En effet, il estime que chaque violation de droit d'auteur « peut se prévaloir, d'une façon ou d'une autre, de la liberté d'expression »⁸⁸.

En Europe, la Directive InfoSoc a mis en place en son article 5 une liste exhaustive d'exceptions et de limitations au droit de reproduction. La plupart des exceptions sont facultatives, les États membres ont donc la possibilité de n'en transposer que certaines⁸⁹. Lorsqu'un État décide d'adopter une des exceptions, il devra la transposer intégralement, sans marge d'appréciation⁹⁰. Mais en pratique, certains États comme la France ont créé des exceptions en sus de la directive.

84. *Id* au para 82 : « The film is part of a public dialogue and debate on the issue of whether cetaceans should be kept in captivity, and thus, the *Charter* value of freedom of expression must weigh against granting the injunctive relief. »

85. Michael Geist, « Why Fair Dealing Safeguards Freedom of Expression: The Case of the Vancouver Aquarium », (28 février 2018) *Michael Geist* (blogue), en ligne : <<https://www.michaelgeist.ca/2018/02/fair-dealing-safeguards-freedom-expression-case-vancouver-aquarium>>.

86. Christophe Geiger et Elena Izyumenko, « Towards a European “fair use” grounded in Freedom of Expression » (février 2019), Center for International Intellectual Property Studies, Research Paper n° 2019-02 à la p 7.

87. *Spiegel Online GmbH c Volker Beck*, C-516/17, [2019] ECLI:EU:C:2019:625, conclusions au para 67.

88. *Id* au para 63.

89. Directive InfoSoc, *supra* note 38 à l'art 5.

90. *Eva-Maria Painer c Standard VerlagsGmbH et autres*, C-145/10, [2011] I-12533 ; *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c Helena Vandersteen e.a.*, C-201/13, [2014] ECLI:EU:C:2014:2132.

Lors de la transposition de la Directive InfoSoc⁹¹, la liste d'exceptions s'est considérablement allongée. L'article L.122-5 du *Code de la propriété intellectuelle* (ci-après « CPI ») a été modifié pour laisser place à 17 exceptions dites à usage privé et public⁹². À la fin de ces exceptions, on retrouve le « triple test » qui est issu de la Directive InfoSoc⁹³ et était originellement intégré dans différentes conventions notamment à l'article 9.2 de la *Convention de Berne*⁹⁴. Ce triple test avait été initialement créé de façon à ce qu'il soit suffisamment large pour valider les deux grands systèmes d'exceptions, soit le système analytique des listes d'exceptions et le système anglo-saxon. Ce test énonce qu'une exception au droit d'auteur ne peut s'appliquer qu'à condition qu'elle réponde à un cas spécial, qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qu'elle ne cause pas de préjudice injustifié au titulaire du droit. Néanmoins, dans la transposition de la Directive InfoSoc, le test a perdu sa première condition et ne s'adresse non pas aux législateurs nationaux, mais aux juges directement. Ceux-ci auront alors le pouvoir de refuser à l'utilisateur d'une œuvre de reconnaître une exception, même si les conditions de celle-ci sont remplies⁹⁵. Cela rend les décisions plutôt imprévisibles, car le juge doit procéder à une analyse économique prenant en considération l'exploitation normale de l'œuvre et le préjudice injustifié⁹⁶. Les juges français doivent alors faire appel des experts et engager des frais supplémentaires. Pour ces raisons, la doctrine française souhaite que le triple test soit utilisé de manière très limitée, ce test devant limiter

91. *Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JO 3 août 2006 ; *Loi n° 2016 925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*, JO 8 juillet 2016 ; *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, JO 8 octobre 2016.

92. Voici la liste des exceptions prévues : l'exception de copie à usage privé, la représentation dans le cercle familial, la reproduction provisoire, des exceptions concernant les citations, les analyses, les revues de presse et discours officiels, l'exception édictée en faveur des commissaires-priseurs, l'exception pédagogique, d'information, l'exception de pastiche, parodie ou caricature, l'exception pour les personnes souffrant d'un handicap, l'exception de conservation et de consultation, l'exception de procédure et de sécurité, l'exception d'accessoire, l'exception de panorama, le *text and data mining*.

93. Directive InfoSoc, *supra* note 38 à l'art 5 al 5.

94. *Convention de Berne* à l'art 9.2. Plus récemment, l'article 10 du *Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur* à l'art 10 ; et l'article 13 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, adopté dans le cadre de l'OMC et annexé à l'*Accord de Marrakech* du 15 avril 1994 (ADPIC) à l'art 13. En France, à l'article L.122-5 au para 5 du CPI.

95. Voir la section commentée du CPI, édition 2022.

96. Voir décision Cass civ 1^{re}, 28 février 2006, 05-15.824 P: D. 2006. Pan. 2997, obs. Sirinelli, dans laquelle la Cour de cassation met en œuvre le triple test pour refuser la copie privée.

les exceptions mais non en créer de nouvelles, dans une logique *in favorem auctoris*⁹⁷.

c) *La liberté d'expression comme outil d'une réforme des exceptions*

Un des aspects les plus critiqués de la Directive InfoSoc est qu'elle définit les droits exclusifs d'une manière large, alors que les exceptions sont au contraire définies de manière stricte, qu'elles sont optionnelles et exhaustives⁹⁸. La CJUE a spécialement insisté sur le fait que les exceptions devaient être interprétées de manière stricte⁹⁹. Les perspectives d'ouverture de l'UE sur son système d'exception sont limitées. Certains ont proposé de rendre la liste des exceptions non-exhaustive et de déterminer si d'autres catégories seraient acceptées à l'aide d'un triple test plus développé. Une proposition de code européen de droit d'auteur a même été rédigée à cet égard¹⁰⁰. Il s'agirait d'ajouter une exception à la liste relativement à un test de proportionnalité avec la liberté d'expression. Cette possibilité demeure, tel que nous le verrons, encore envisageable.

i) *La liberté d'expression : une passerelle vers un nouveau fair use européen*

Selon l'argumentation de Christophe Geiger, la liberté d'expression serait en réalité une alternative au *fair use* américain¹⁰¹. Il s'appuie sur les similitudes qui existent entre les caractéristiques de l'opposition de la liberté d'expression au droit d'auteur et du *fair use* américain. En effet, les facteurs qui caractérisent la défense par la liberté d'expression sont l'objet et la nature de l'expression, les intérêts contrebalancés de l'auteur et le degré d'interférence entre ces droits, la disponibilité d'autres accès à l'information, l'âge de l'expression, le médium d'expression, la forme active ou passive de l'expression et enfin la nature et l'ampleur des pénalités qui s'y raccrochent. Il existe quatre critères pour le *fair use*, à savoir l'objet de l'utilisation (à but

97. Voir la section commentée du CPI, édition 2022.

98. Geiger et Izyumenko, *supra* note 86 à la p 4 ; Christophe Geiger et Franciska Schönherr, « Limitations to Copyright in the Digital Age », dans Andrej Savin et Jan Trzaskowski, *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014 à la p 110.

99. *Infopaq International A/S c Danske Dagblades Forening*, C-5/08, [2009] I-06569.

100. Wittem Group, European Copyright Code, (2010) 1 JIPITEC 123 au para 1, en ligne : <www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2622/wittem-group-european-copyright-code.pdf>.

101. Geiger et Izyumenko, *supra* note 86.

commercial ou non), la nature de l'œuvre (publiée ou non, caractère fictif ou factuel), la quantité et la qualité de l'utilisation du contenu, et les effets de l'utilisation sur la valeur de l'œuvre¹⁰². Les pratiques judiciaires européennes en droits fondamentaux se rapprochent par analogie à ce qu'applique la justice américaine dans la doctrine du *fair use*. L'ajout d'une exception basée sur la liberté d'expression pourrait être une façon de combler les lacunes du système d'exceptions.

Un exemple qui illustre parfaitement cette problématique est celui des *mashups*, des œuvres « mélange » qui naissent d'autres œuvres dont on a sélectionné des petites parties. En droit français, tel qu'il est transposé de la Directive InfoSoc, ces œuvres ne remplissent pas les critères pour tomber dans les catégories de l'exception de citation¹⁰³ ou de parodie¹⁰⁴. Parmi les solutions se trouve l'invocation de la liberté de création. Par la mise en place d'une clause de *fair use* européen, il serait possible de régler ce conflit. L'affaire *Klasen* encourage à penser que le contrôle de proportionnalité peut amener un tribunal à trancher en faveur des libertés fondamentales. Cet arrêt représenterait un « jalon » dans la réflexion sur la création transformatrice¹⁰⁵. Aux États-Unis, la défense par le *fair use* est considérée comme envisageable en matière de *mashups*¹⁰⁶.

Néanmoins, le Canada fut le premier pays à penser à une autre solution : la création d'une nouvelle exception des contenus créés par des utilisateurs à des fins non commerciales¹⁰⁷, qui permettrait à des utilisateurs de créer des œuvres à partir d'œuvres préexistantes¹⁰⁸. Une telle option serait-elle envisageable pour l'UE ? L'UE pourrait avoir une souplesse pour les *mashups* à caractère non-commercial, créés par des amateurs. Une telle clause avait même été insérée dans la proposition de Code européen du droit d'auteur¹⁰⁹. Cette exception canadienne a donné lieu à beaucoup de critiques et à une demande d'abolissement car elle permettait aux plateformes partageant du

102. *Id* à la p 30.

103. Cette exception exige une citation brève mais également une finalité d'utilisation de critique, polémique, pédagogique ou scientifique, voir CPI à l'art L.122.5 3°.

104. Cette exception exige un caractère humoristique, voir CPI à l'art L.122.5 4°.

105. Laure Marino, « Quand le droit d'auteur rencontre la liberté d'expression artistique » (5 novembre 2015) Gaz Pal n° 245y1 à la p 13.

106. Bernd Justin Jütte, « The EU's Trouble with Mashups: From Disabling to Enabling a Digital Art Form », (2014) JIPITEC 172, en ligne : <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-3-2014/4094>> ; voir *Harper & Row Publishers, Inc. v Nation Enter.*, 471 U.S. 539 (1985).

107. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, *supra* note 80 à l'art 29.21.

108. Nabhan Vincent, « L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur en droit canadien », (2016) 3 Dalloz IP/IT 156.

109. Jütte, *supra* note 106.

contenu de s'enrichir suivant l'exploitation des œuvres, en s'appropriant certains revenus¹¹⁰. Cependant, d'autres défendent l'exception et soutiennent qu'elle encourage la création, bénéfique à la société¹¹¹. Le Comité permanent de l'industrie, des sciences, et de la technologie (ci-après « INDU »), dans son rapport de juin 2019, encourage le gouvernement à analyser cette disposition, afin de s'assurer que l'utilisateur ne soit pas sanctionné pour une violation non intentionnelle du droit d'auteur dans le cas d'une création de contenu non commercial¹¹².

En somme, les solutions discutées actuellement pour réguler les *mashups*, dont l'activité croît exponentiellement, sont à la fois une nouvelle exception pour les contenus créés par des utilisateurs, ou encore l'avancée du projet du *European fair use*¹¹³. La doctrine ne s'aligne pas sur cette perspective et estime en partie que le droit d'auteur en serait fragilisé et que les internautes se serviraient des libertés fondamentales de toutes les façons pour soutenir leurs arguments¹¹⁴. Cet usage dérivé de la liberté d'expression ne fait donc pas unanimité.

ii) Le risque de l'appréciation des juges

Cette solution n'est par ailleurs pas soutenue unanimement par la doctrine, car certains affirment que les droits fondamentaux ne peuvent pas remettre en cause l'équilibre institué par les dispo-

110. Chambre des communes, Témoignages, (9 mai 2018) en ligne : <www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/INDU/reunion-111/temoignages>.

111. INDU (2018), Témoignages, 1635 (Swartz et Haigh, ABRC) ; INDU (2018), Témoignages, 1635, 1620 (McDonald, ACAE) ; INDU (2018), Témoignages, 1410 (Middlemadd et Taylor, BCLA) ; INDU (2018), Témoignages, 1650 (Nair) ; OOT, Mémoire présenté à INDU, 13 juin 2018 ; Université Concordia et coll., Mémoire présenté à INDU, 18 juin 2018 ; CBUC, Mémoire présenté à INDU, 12 octobre 2018 ; BCLA, Mémoire présenté à INDU, 20 novembre 2018 ; Angelstad et coll., Mémoire présenté à INDU, 14 décembre 2018 ; BAnQ, Mémoire présenté à INDU, 14 décembre 2018. Voir aussi Kelln, Mémoire présenté à INDU, 25 mai 2018 ; OpenMedia, Mémoire présenté à INDU, 14 décembre 2018.

112. Canada, Chambre des communes, *Examen prévu par la Loi de la Loi sur le droit d'auteur*, Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, juin 2019 à la p 81, en ligne : <www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INDU/Reports/RP10537003/indurp16/indurp16-f.pdf> : « Recommandation 20 : Que le gouvernement du Canada examine l'article 29.21 de la Loi sur le droit d'auteur pour s'assurer que le créateur de contenu non commercial généré par l'utilisateur ne soit pas tenu responsable des violations involontaires du droit d'auteur. »

113. Jütte, *supra* note 106.

114. André Lucas, « Le droit d'auteur bridé par la liberté d'expression » (juillet 2015), *L'essentiel – Droit de la propriété intellectuelle* n° EDPI-215099-21507 à la p 1.

sitions relatives aux exceptions dans chacun des États membres¹¹⁵. Dans certains arrêts, les tribunaux ont refusé d'accueillir le droit à la liberté d'exception comme restriction au droit d'auteur par l'entremise du système d'exception. Pour éviter que la liberté d'expression soit utilisée comme une « bouée de sauvetage »¹¹⁶, il ne faudrait pas créer de *fair use* européen. En effet, le considérant 3 de la Directive InfoSoc est supposé servir de médiation dans ce conflit :

L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général.

Il conviendrait ici de toujours garder cet équilibre à l'esprit dans la prise des décisions, sans pour autant créer une clause de proportionnalité spéciale pour la liberté d'expression dans une nouvelle exception. Dans plusieurs affaires, les cours de Cassation ont reproché aux juges de fond de ne pas avoir recherché cet équilibre. Ce fut le cas, notamment en matière de liberté d'expression artistique dans l'affaire *Klasen*, où un peintre avait été condamné pour contrefaçon de photographies. Dans cette décision de la Cour de cassation française, il s'agissait de la création d'œuvres dérivées qui ne remplissaient pas les conditions prévues à l'exception de parodie et de citation¹¹⁷. Pareillement, dans un arrêt *GS Media*¹¹⁸ d'origine néerlandaise, la Cour de cassation a cassé un arrêt fondé sur la primauté du droit d'auteur par rapport à la liberté d'expression. Néanmoins, le problème que posent ces solutions est que la mise en place d'un contrôle de proportionnalité pour chaque cas amoindrit la prévisibilité. Il serait alors préférable d'assouplir les conditions des exceptions et de s'éloigner des solutions qui mettent en scène le conflit entre les droits d'auteur et la liberté d'expression directement¹¹⁹.

Un second usage dérivé que les utilisateurs ont tenté de faire valoir à la Cour est celui de la liberté d'expression en tant que droit du public à l'information.

115. Lucas, *supra* note 2 à la p 41.

116. Strowel et Tulkens, *supra* note 9 à la p 36.

117. *Klasen*, *supra* note 30.

118. Arrêt porté devant la CJUE : *GS media BV c Sanoma Media Netherlands BV et autres*, C-160/15, [2016] ECLI:EU:C:2016:644.

119. Lucas, *supra* note 2 aux pp 44-45.

2. La consécration d'un droit dérivé de la liberté d'expression : le droit du public à l'information

Les utilisateurs d'œuvres ont également faire valoir un droit dérivé de la liberté d'expression pour justifier de leur violation de droits d'auteur : le droit du public à l'information. Il ne s'agit pas ici de débattre sur le rapport auteur-public souvent construit en opposition, mais de s'intéresser à ce droit qui prétend découler de la liberté d'expression¹²⁰. La compréhension de la notion de « droit du public à l'information » peut varier. Selon l'auteur Geiger, le droit du public à l'information serait, si on l'approche comme une valeur, le droit de chacun « d'utiliser librement une information, d'exercer pleinement une liberté »¹²¹. Si l'on perçoit l'information comme une communication, le droit du public à l'information est le droit d'être informé sur une œuvre protégée par le droit d'auteur et son contenu, étant donné que seule la forme est protégée. Il y aura de nouveau un conflit au moment de donner une forme à l'information.

Les juges ont alors utilisé les droits fondamentaux pour arbitrer les conflits naissant avec le droit d'auteur. Dans des affaires où l'exception de citation ne pouvait être admise car l'œuvre était représentée en entier, des défendeurs ont alors fait valoir le droit du public à l'information, qui serait issu de l'article 10 CEDH. Il faut cependant faire preuve de réserve quant à son association à la liberté d'expression. En effet, en Europe, l'article 10.1 CEDH admet uniquement que la liberté d'expression comprend « un droit de recevoir et de communiquer des informations ». Comme le souligne l'auteur André Lucas, il faudrait « beaucoup en solliciter la lettre pour y découvrir l'affirmation d'un droit général du public à l'information »¹²². Il estime notamment que le concept d'information serait réducteur d'une liberté à portée si large¹²³. En France par exemple, le droit du public à l'information n'a pas de véritable fondement constitutionnel, de

120. Christophe Geiger, « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique ? », dans Alexandra Bensamoun, dir, *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, collection des Presses universitaires de Sceaux, mare&martin, 2016 à la p 103.

121. *Id* à la p 104.

122. André Lucas, « Droit d'auteur, liberté d'expression et droit du public à l'information », dans Alexandra Bensamoun, dir, *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, collection des Presses universitaires de Sceaux, mare&martin, 2016 à la p 132.

123. *Id* à la p 133.

telle sorte que la doctrine le rattache à l'article 11 DDHC¹²⁴, comme corollaire de la liberté de communication ou de l'article 10 CEDH.

Dans une première affaire *Maurice Urtillo*¹²⁵, une chaîne de télévision avait préparé un reportage sur une exposition de toiles comportant des passages où l'on pouvait voir les peintures en question. L'ayant droit s'est opposé à ce reportage et a exigé une rémunération pour la divulgation de ses œuvres. À la suite de cela, la chaîne de télévision a argumenté que le reportage avait un caractère informatif, se prévalant du droit du public à l'information compris dans l'article 10 CEDH. Le Tribunal de Grande Instance de Paris lui a donné raison, considérant que cette diffusion était à but informatif et ne risquait pas de concurrencer l'exploitation normale des œuvres. Cette décision a finalement été rejetée par la Cour d'appel et la Cour de cassation au motif que la chaîne de télévision disposait d'autres moyens d'informer ses téléspectateurs de l'existence de l'exposition sans dévoiler les œuvres¹²⁶. Maintes fois, les tribunaux français ont rejeté l'argument du droit du public à l'information¹²⁷. Dans une affaire suisse¹²⁸, un journal a publié deux articles écrits par des personnes publiques, en critiquant vivement l'un d'eux. L'auteur de l'article en question s'est alors défendu en argumentant que l'exception de citation n'était pas jouable car l'article était publié dans son entièreté et a exigé le retrait de ce contenu. Ici aussi, la première instance a justifié sa décision par la liberté d'information et le droit du public à cette information, ce que le tribunal fédéral de Suisse condamna, estimant que l'équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'information et d'expression était déjà assuré par le fonctionnement interne du droit d'auteur. Dans ces deux affaires, les utilisateurs d'œuvres ont de nouveau tenté d'utiliser la liberté d'expression comme exception justifiant leur action. Bien que les arguments n'aient pas été accueillis, l'implication de la liberté d'expression dans l'argumentaire a permis aux juges de peaufiner l'encadrement des exceptions au droit d'auteur.

124. Marie-Laure Pavia, « La liberté d'expression des idées et des opinions : une liberté fondamentale », dans Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, dir, *Droits et libertés fondamentaux*, 3^e éd, Paris, Dalloz, 1996 à la p 221.

125. TGI Paris, 23 février 1999 : Juris-Data n° 043673.

126. Cass civ 1^{re}, 13 novembre 2003, 01-14.385.

127. Par exemple, voir TGI Paris, 1^{er} ch 12 juillet 1990, RIDA 1/1991 à la p 359, en ligne : <www.la-rida.com/sites/default/files/2018-04/147-CJP.pdf>, dans cette affaire, le TGI a jugé que « la jouissance du droit d'auteur ne saurait être battue en brèche par aucune des considérations invoquées par la défenderesse, tirées [...] du droit du public à l'information et la culture ».

128. Cour suprême de Zurich, 9 septembre 2004, Médialex, 2004 à la p 231.

Lorsqu'il y a un intérêt du public à être informé, et que la publication partielle ou entière d'une œuvre contribue à un débat public, ne faudrait-il pas envisager la liberté d'expression et par là le droit du public à l'information pour justifier certaines atteintes aux droits d'auteur ? Tel qu'il est mentionné plus haut, dans l'affaire *Vancouver*¹²⁹, l'argument de l'ouverture d'un dialogue public sur la problématique des cétacés en captivité, soit un débat public, fut retenu. Cette balance d'intérêts est également entrée en jeu dans des litiges à grande portée, comme dans l'affaire du *Journal d'Anne Franck*¹³⁰ aux Pays-Bas, même si l'argument du droit du public à l'information n'a finalement pas été retenu¹³¹. D'ailleurs, un débat a resurgi en 2016 autour de cette œuvre, qui devait tomber dans le domaine public, mais dont le fonds exploitant l'œuvre s'y opposait¹³². Pourtant, dans l'affaire allemande *Germania*, la Cour constitutionnelle a souligné que la destination de l'œuvre était d'entrer dans l'espace social pour devenir *in fine* un bien culturel et intellectuel collectif. Elle estimait que les auteurs doivent alors accepter, dans une certaine mesure qu'est la balance des intérêts, les atteintes qui seront portées à leur œuvre par les membres de la société¹³³. Il est cependant primordial de noter que cette décision a été rendue dans un cas très particulier et qu'elle s'oppose à un grand nombre de décisions allemandes à portée contradictoire¹³⁴. Elles peuvent donc être considérées comme exceptionnelles et nous pouvons conclure que la jurisprudence est très réticente à accueillir l'argument du droit public à l'information.

Il s'agit ainsi d'un autre exemple de droit dérivé de la liberté d'expression qui a été amené devant les tribunaux. Il convient alors de se demander si les tribunaux verront à nouveau des droits dérivés ou corollaires de la liberté d'expression entrer en débat, ou s'ils seront directement écartés par réticence relativement à l'adoption d'un *fair use*. Si l'UE venait à rajouter une clause de balance avec la liberté d'expression, il faudrait de nouveau en poser les limites. Cette liberté

129. *Supra* note 83.

130. Cour de district Rechtbank Amsterdam, 12 novembre 1998, Mediaforum 1999 à la p 39 : la Cour procède à une mise en balance de l'intérêt du public à ce que les nouvelles pages découvertes du journal soient divulguées et l'intérêt de la Fondation Anne Franck à protéger la réputation des membres de la famille Franck.

131. Gerechtshof's Amsterdam, 8 juillet 1999, *Informatierecht/AMI* à la p 116.

132. L'Obs, « Empêcher le Journal d'Anne Frank d'entrer dans le domaine public pourrait avoir des effets pervers », (9 octobre 2015) *Bibliobs* (blogue), en ligne : <bibliobs.nouvelobs.com/actualites/20151009.OBS7381/empecher-le-journal-d-anne-frank-d-entrer-dans-le-domaine-public-pourrait-avoir-des-effets-pervers.html>.

133. Bundesverfassungsgericht, 29 juin 2000, *GRUR*, 2001 à la p 149, pt 194.

134. Lucas, *supra* note 122 à la p 128.

fondamentale qui a une portée si vaste n'inciterait-elle pas les défenseurs à chercher à s'y raccrocher par tout moyen ? Une fois encore, le risque d'insécurité juridique apparaît, mais également le manque d'harmonisation au sein des différents États membres.

B- La gestion du conflit tripartite entre les plateformes de contenu numérique, les utilisateurs et les auteurs

Dans un débat contemporain, à l'aune de l'évolution technologique, l'usage dérivé le plus fréquent et actuel de la liberté d'expression se trouve être le droit des utilisateurs. L'avancée technologique encourage la diffusion de contenu en ligne qui devient parfois l'activité principale des entreprises numériques. Leur succès dû à la diversité et à la richesse du contenu donne lieu à une telle attractivité que les annonceurs publicitaires y voient un support très rentable et les privilégient à des supports traditionnels¹³⁵. Or, les plateformes de ce qu'on appelle le Web 2.0, c'est-à-dire les infrastructures permettant « la mise à disposition d'œuvres de l'esprit par le biais de plateformes contributives ou par l'intermédiaire des réseaux sociaux »¹³⁶, sortent des régimes classiques. Dans ce contexte, la liberté d'expression prend la forme d'un droit des utilisateurs. Se pose ainsi la question de la responsabilité des plateformes de partage de contenu lorsqu'une violation de droit d'auteur par un utilisateur a lieu. Comment les différentes législations permettent-elles de réguler ces conflits ? Ainsi, un système de responsabilisation a été mis en place. Tout d'abord aux États-Unis, qui influencèrent le Canada et l'UE, aujourd'hui au cœur de la problématique du Web 2.0.

Les débats ne se centrent plus sur la balance de l'immunité contre la responsabilité, mais s'orientent vers les obligations que les plateformes ont envers les auteurs. On préférera notamment parler de plateformes plutôt que d'intermédiaires dans le cadre du Web 2.0, en raison de la connotation trop neutre et innocente du terme « intermédiaire »¹³⁷. Pour cette raison, le terme plateforme sera employé dans la

135. Le profit créé est alors tellement important que l'accès aux internautes est toujours gratuit, bien qu'ils soient obligés de financer le secteur culturel afin d'encourager la production de nouvelles œuvres. Voir Pierre Sirinelli, « Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne », (2019) 5 Dalloz IP/IT 288.

136. *Id.*

137. Séverine Dusollier, « Intermédiaires et plateformes de l'Internet, cet éléphant dans le salon du droit d'auteur », dans Alexandra Bensasoum, dir, *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, Sceaux, collection des Presses universitaires de Sceaux mare&martin, 2016 à la p 170.

suite de cette étude. Se pose alors la question de savoir si le droit des utilisateurs est un allié des plateformes pour les déresponsabiliser.

1. *Un système de responsabilisation des plateformes d'origine américaine*

L'Internet a été décrit comme une « autoroute de l'information » par le sénateur américain Al Gore en 1994, à l'occasion de son discours à l'Union des télécommunications et d'Internet¹³⁸. Il préconisait alors la construction et l'exploitation d'une infrastructure mondiale de l'information, nécessitant l'implication des législateurs¹³⁹.

La question de la responsabilité des plateformes entre en jeu lorsque des utilisateurs diffusent ou téléchargent un contenu protégé par le droit d'auteur sans l'autorisation de l'ayant droit. Pour réguler ces pratiques, les législateurs devaient trouver un juste équilibre entre la protection des ayants droit, la libre circulation des informations, mais également le respect des internautes et de leur liberté d'expression. L'objectif était d'encourager l'expansion de l'Internet en amoindrissant l'effet dissuasif que pouvait avoir une responsabilité des plateformes trop restrictive¹⁴⁰. Les États-Unis ont initié la transcription de ces ambitions dans leur réglementation. En effet, dès 1996, le *Communications Decency Act*¹⁴¹ a été mis en place. En son article 230¹⁴², il prévoyait une immunité pour les plateformes contre de nombreuses réclamations et avait pour objet de réguler la pornographie sur Internet. Il a été déclaré partiellement anticonstitutionnel en raison de son atteinte à la liberté d'expression en 1997¹⁴³. L'adoption du *Digital Millennium Copyright Act*¹⁴⁴ (ci-après « DMCA »)

138. Voir Vice President Al Gore, « Information Superhighways Speech: International Telecommunications Union », en ligne : (21 mars 1994) <vlib.iue.it/history/internet/algorespeech.html>.

139. *Id* : « To accomplish this purpose, legislators, regulators, and business people must do this: build and operate a Global Information Infrastructure. This GII will circle the globe with information superhighways on which all people can travel. »

140. Martin Husovec, « How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement », dans Tatiana Eleni Synodinou, *Pluralism or Universalism in International Copyright Law*, TILEC Discussion Paper N. 2019-16, juillet 2019 à la p 2.

141. *Communications Decency Act*, 47 USC, 1996.

142. *Id* à l'art 230 : « No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider. »

143. *Reno v American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

144. *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 28 octobre 1998.

en 1998 fut alors un notable progrès dans l'aboutissement législatif à une recherche d'équilibre. Le DMCA prévoit des règles précises sur un système d'avis et retrait¹⁴⁵ qui consiste à permettre aux ayants droit d'envoyer une notification aux plateformes, expliquant que leur droit a été violé par la publication ou l'utilisation d'un internaute. La plateforme devra alors juger de la pertinence de cet avis et retirer le contenu en question. Le DMCA exige une « clause de bonne foi » dans les avis afin d'éviter des plaintes illégitimes¹⁴⁶ et prévoit aussi une procédure de retour lorsqu'un titulaire de droit d'auteur n'intente pas d'action dans un délai donné¹⁴⁷. Ainsi, ce mécanisme innovant permet de mettre en scène les conflits entre les internautes qui usent de leur liberté d'expression pour publier du contenu et les ayants droit qui voient en ce régime la possibilité de contrer l'« autoroute de l'information ».

Bien que le système d'avis et retrait semble simple et clair au premier abord, sa réglementation est en pratique complexe et est facilement abusée. Les plateformes prennent le risque d'être tenues responsables si elles refusent de se plier à l'avis et retrait. Ainsi, elles sont facilement découragées de contester les réclamations et suppriment excessivement le contenu¹⁴⁸. La suppression de masse des contenus est la technique la plus économique, simple, sécuritaire et rapide pour gérer les notifications, notamment dans les plus petites entreprises qui n'ont pas les moyens d'engager des avocats¹⁴⁹. Les plus grandes entreprises, telles que Twitter, Facebook, YouTube ou encore Google, ont en général les moyens financiers et techniques pour se permettre une analyse et éviter de retirer trop de contenu en ligne¹⁵⁰.

145. Art 512(c)(3) DMCA : « To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following: [...] ».

146. Art 512(f) DMCA.

147. Art 512(g)(2), (3) DMCA.

148. Anne-Marie Bridy et Daphne Keller, « U.S. Copyright Office Section 512 Study: Comments in Response to Notice of Inquiry » (mars 2016), en ligne : <ssrn.com/abstract=2757197>.

149. Daphne Keller, « Empirical Evidence of “Over-Removal” by Internet Companies under Intermediary Liability », (12 octobre 2015) *The Center for Internet and Society* (blogue), en ligne : <cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws>.

150. Voir les rapports respectifs : Twitter Transparency Report, en ligne : <transparencyreport.twitter.com> ; Google transparence des informations, en ligne : <transparencyreport.google.com/?hl=fr> ; Facebook Transparency Report, en ligne : <govtrequests.facebook.com> ; Microsoft Content Removal Requests Report, en ligne : <www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/copyright-removal-requests-report#:~:text=Microsoft%20receives%20requests%20from%20around,1%20and%20December%2031%2C%202021>.

Néanmoins, elles ne parviennent pas pour autant à répondre aux exigences des utilisateurs qui demandent à recevoir les motifs ayant poussé à la suppression, dans la perspective de renverser la décision de suppression¹⁵¹. Ce modèle est par ailleurs critiqué par sa lenteur et sa tendance à inciter le développement de contenu illicite dans les cas de sites Web sollicitant la diffamation et refusant d'éliminer le contenu malveillant¹⁵².

Un aspect tout aussi important de cette loi est sa création des « safe harbours » pour les plateformes¹⁵³. L'article 512(i) DMCA conditionne l'admissibilité des plateformes à la protection du *safe harbour* au fait qu'il s'adapte et n'interfère pas avec les « mesures techniques standards » mises en place. Ces mesures techniques standards devaient être utilisées par les titulaires de droits pour protéger leurs œuvres et devaient résulter d'un consensus entre les plateformes et les titulaires de droit. Or, en pratique, aucune mesure n'a pu être adoptée et mise en place depuis l'introduction de cette loi.

Récemment, les sénateurs Thom Tillis et Patrick Leahy ont introduit la loi « SMART » (*Strengthening Measures to Advance Rights Technologies*), qui a pour objectif de mettre en place des mesures plus concrètes et communes à tous les fournisseurs de services. Ainsi, cette loi conférerait au Bureau du droit d'auteur un pouvoir plus large qui lui permettrait d'imposer des mesures techniques de tamisage pour filtrer automatiquement un certain type de contenu. Les fournisseurs de services seraient tenus, à leurs frais, de mettre en place ces mesures, sous peine de lourdes sanctions. Ainsi, cette réforme permettrait d'obtenir des dommages, une solution jugée plus efficace par certains acteurs, que la sanction prévue par le DMCA, soit la perte du « safe harbour » par le fournisseur. Une lettre commune a été déposée à l'encontre de cette loi par diverses associations ou plateformes estimant qu'elle conférerait un pouvoir trop puissant au Bureau de la propriété intellectuelle, lequel, par ailleurs, ne détient

151. Electronic Frontier Foundation, Communiqué de presse, « Social Media Platforms Increase Transparency About Content Removal Requests, But Many Keep Users in the Dark When Their Speech Is Censored, EFF Report Shows » (12 juin 2019), en ligne : <www.eff.org/press/releases/social-media-platforms-increase-transparency-about-content-removal-requests-many-keep> ; Karen Gullo et Jillian C. York, « Facebook Responds to Global Coalition's Demand That Users Get a Say in Content Removal Decisions », (20 décembre 2018) *EFF* (blogue), en ligne : <www.eff.org/fr/deeplinks/2018/12/facebook-responds-global-coalitions-demand-users-get-say-content-removal-decisions>.

152. Voir *Jones v Dirty World Entertainment Recordings*, 755 F.3d 398, 6th Cir (6 juin 2014).

153. *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, introduit à l'art 512 DMCA.

pas l'expertise nécessaire pour déterminer avec raison les critères des mesures techniques. De même, ils craignent que les plateformes perdent l'intérêt à investir dans la recherche de solutions privées en dehors des directives imposées par le Bureau¹⁵⁴. Cependant, de nombreux organismes ont exprimé leur soutien au projet de loi et leur satisfaction. Ils estiment que le DMCA était inefficace car aucune mesure technique n'avait été mise en place après 25 ans d'implantation¹⁵⁵. Aussi, ils estiment que les artistes pourront désormais se concentrer sur leur travail et vivre de leurs créations sans être constamment pris avec des questions de violation de leurs droits¹⁵⁶.

2. L'UE au cœur de la problématique du Web 2.0

Le régime initialement mis en place par l'UE prévoyait une importante immunité des plateformes, qui a été remise en cause par la problématique du Web 2.0. L'UE a récemment connu une réforme de son système, que les États membres n'ont pas soutenue unanimement.

a) Une forte immunité : le régime des « safe harbours »

Le modèle américain inspira rapidement d'autres régions et pays, menant à l'adoption de la Directive sur le commerce électronique en 2000¹⁵⁷ dans l'UE. Pour analyser l'État de droit en France, il convient de se pencher sur cette directive qui y fut transposée¹⁵⁸. Les entreprises considérées comme hébergeurs sont, selon l'article 14(1) de la Directive sur le commerce électronique, celles qui fournissent un « service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ». De plus, elles se prévalent de l'article 15, qui interdit aux États membres de leur

154. Joint Letter Expressing Civil Society and Industry Concerns with S. 3880 (SMART Copyright Act of 2022), Internet archive (29 mars 2012), en ligne : <archive.org/details/joint-letter-opposing-smart-act>.

155. Association of American Publishers, Communiqué de presse, « AAP Applauds Ranking Member Tillis and Chairman Leahy for Introducing the SMART Copyright Act » (18 mars 2022), en ligne : <publishers.org/news/aap-applauds-ranking-member-tillis-and-chairman-leahy-for-introducing-the-smart-copyright-act/>.

156. Artist Rights Alliance, « ARA Statement in Support of SMART Copyright Act », (18 mars 2022) *Medium* (blogue), en ligne : <artistrightsnow.medium.com/ara-statement-in-support-of-smart-copyright-act-34af1db60275>.

157. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO L178 (ci-après « Directive sur le commerce électronique »).

158. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO du 22 juin 2004, aux pp 11168 et s.

imposer une « obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. » Cette interdiction est à leur avantage dans la mesure où les plateformes n'ont pas à prendre de décision d'intervention ou de censure¹⁵⁹, ce qui est bénéfique à la liberté d'expression¹⁶⁰.

Dans ce modèle, la plateforme bénéficie d'un « safe harbour » l'exonérant de responsabilité s'il retire le contenu en question sous certaines circonstances. Il ne s'agit pas d'un système d'avis et retrait, mais plutôt d'un régime basé sur l'exonération des plateformes qui occupent un rôle passif. Une immunité plus importante sera accordée aux fournisseurs de service, tandis qu'elle sera conditionnelle pour les serveurs hôtes qui doivent retirer le contenu dès lors qu'ils ont connaissance de sa nature illicite, par exemple¹⁶¹.

b) *La problématique du Web 2.0*

Le modèle européen connaît également des dépassements, car le flou perdure sur la signification de la connaissance et de l'avis¹⁶². En effet, l'article 46 de la Directive du commerce électronique énonce :

Afin de bénéficier d'une limitation de responsabilité, le prestataire d'un service de la société de l'information consistant dans le stockage d'informations doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Il y a lieu de procéder à leur retrait ou de rendre leur accès impossible dans le respect du principe de la liberté d'expression et des procédures établies à cet effet au niveau national. La présente directive n'affecte pas la possibilité qu'ont les États membres de définir des exigences spécifiques auxquelles il doit être satisfait promptement avant de retirer des informations ou d'en rendre l'accès impossible.¹⁶³

159. Etienne Montero, « Les responsabilités liées au Web 2.0 », (2008) 32 Revue du Droit des Technologies de l'Information 363 à la p 384, en ligne : <www.crid.be/pdf/public.5871.pdf>.

160. Dusollier, *supra* note 137 à la p 168.

161. Voir articles 12 à 14 de la Directive sur le commerce électronique.

162. Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford, Oxford University Press, 2016 à la p 127 : « Storage is the most important safe harbour, but its limits are unclear and defined by reference to knowledge, which perversely discourages voluntary content moderation while rewarding reflexive removal. »

163. Soulignements ajoutés.

Les fournisseurs ne peuvent souvent pas déterminer si l'information reçue est erronée ou fondée et si leur responsabilité est mise en cause lorsque les sites Web de certains créateurs sont fermés sans raison valable¹⁶⁴. Par conséquent, la protection de la liberté d'expression est insuffisante dans ce schéma, qui laisse les utilisateurs sans recours contre des plaintes infondées¹⁶⁵. Ce schéma pourrait également favoriser des pratiques injustes de concurrence dans une guerre commerciale où les entreprises émettent des fausses plaintes contre leurs concurrents du Web, car la directive ne spécifie pas le contenu des notifications¹⁶⁶.

Les conflits qui apparaissent sont alors les suivants. La pratique du « take down, stay down » américain n'ayant pas été retenue par la Cour de cassation française¹⁶⁷, les plateformes n'ont pas d'obligation de surveillance et un contenu illicite peut réapparaître même après un retrait¹⁶⁸. De plus, il n'existe aucun filtre préalable à la publication de contenu contrefait du fait de l'exercice de la liberté d'expression des internautes.

Le calquage sur le modèle américain fut éphémère pour l'UE, qui commença dès les années 2000 à penser à développer des mesures complémentaires au système de « safe harbours ». Appuyée par un développement du marché numérique accru, l'UE a rapidement réagi face aux plateformes du numérique. Dans des grands arrêts tels que *Google France* en 2010¹⁶⁹ ou *L'Oréal c eBay* en 2011¹⁷⁰, la jurisprudence américaine fut largement discutée. Le modèle « safe harbours » a d'ailleurs été abordé par les États-Unis et l'UE pour la négociation de leur traité commercial bilatéral¹⁷¹ avant d'être inva-

164. Christen Ahlert et Chris Marsden, « How “Liberty” Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation » (février 2006) notes à la p 11.

165. Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, « Declaration on freedom of communication on the Internet » (mai 2003), Comité des ministères, 840^e réunion des députés aux ministères, au para 4 à la p 7, en ligne : <www.osce.org/files/f/documents/0/6/31507.pdf>.

166. Pablo Baistrocchi, « Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce », (2002) 19 Santa Clara High Tech LJ 111 à la p 130, en ligne : <digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=chtlj>.

167. Voir Cass civ 1^{re}, 12 juillet 2012, n° 11-13.666, RIDA 2012.555.

168. Sirinelli, *supra* note 135.

169. *Google France SARL et Google Inc. c Louis Vuitton Malletier SA*, C-236/08, [2010] I-02417 ; *Google France SARL c Viaticum SA et Luteciel SARL*, C-237/08 [2010] I-02417 et *Google France SARL c Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL et autres*, C-238/08, [2010] I-02417.

170. *L'Oréal SA et autres c eBay International AG et autres*, C-324/09, [2011] I-06011.

171. Initialement Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement (appelé Traité de libre-échange transatlantique) en discussion officielle depuis

lidé par la CJUE¹⁷². En 2015, le gouvernement français a publié un rapport demandant un changement législatif à l'échelle européenne, les directives existantes ne pouvant plus se concilier et répondre à la réalité pratique¹⁷³. La Commission européenne assura alors dans un communiqué de presse qu'un système plus juste d'allocation de la création de valeur des distributions de contenus protégés en ligne serait mis en place avec la nouvelle directive sur le droit d'auteur¹⁷⁴.

c) *Une adhésion partielle au nouveau régime*

L'UE prend alors les devants pour ramener les ayants droit au-devant de la scène avec la Directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique¹⁷⁵, signée le 26 mars 2019. Cette directive très attendue met en relation les intérêts des titulaires de droit, des défenseurs des libertés sur Internet, et cette fois-ci, des GAFAM¹⁷⁶. Elle fait disparaître par son article 17 l'article 14 de la Directive sur le commerce électronique¹⁷⁷. Ainsi, l'article 17 va venir écarter le système du « safe harbour » permettant de responsabiliser les plateformes par l'opposabilité du droit d'auteur.

2013 ; voir le nouvel accord plurilatéral sur le commerce des services et partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement : enjeux numériques des négociations (avril 2016), en ligne : <www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/Rapport_numerique_dans_accords_commerciaux_internationaux.pdf>.

172. *Maximilian Schrems c Data Protection Commissioner*, C-362/14, [2015] ECLI:EU:C:2015:650, voir CE, Communiqué de presse, n° 117/15, « La Cour déclare invalide la décision de la Commission constatant que les États-Unis assurent un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées » (6 octobre 2015), en ligne : <curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117fr.pdf>.
173. Voir The French High Council for Literary and Artistic Property, « Mission to Link Directives 2000/31 and 2001/29 – Report and Proposals », (2015) 7:2 JIPITEC 88, en ligne : <www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-2-2016/4436>.
174. CE, Commission européenne, « Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe », (2016) Bruxelles, rapport à la p 9, en ligne : <eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN>.
175. *Directive 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*, 17 avril 2019 (ci-après « Directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique »).
176. Stéphanie Carre et Franck Macrez, « Les ambivalences du *copyright* européen dans la construction du marché numérique unique », (2020) 7 Les Revues LexisNexis Europe 6.
177. En effet, ils tiraient avantage de l'article 14 pour ne pas partager les profits tirés de l'attractivité des œuvres avec leurs créateurs ou leurs producteurs. Voir à ce propos Pierre Sirinelli, « Directive sur le droit d'auteur : les auteurs ont des droits sur internet », (2019) 16 Recueil Dalloz 936.

Le champ d'application de l'article 17 s'étendra selon l'article 2.6 aux fournisseurs de service de partage de contenu en ligne¹⁷⁸. Ces fournisseurs doivent donc remplir plusieurs caractéristiques, notamment une activité de stockage et d'accessibilité d'œuvres à la suite de l'initiative d'un internaute, poursuivre un but lucratif, avoir un volume important de mise à disposition et un rôle actif de promotion¹⁷⁹. Les géants du numérique, par exemple YouTube ou Dailymotion, qui stockent beaucoup de contenu vidéo, basculent ainsi de catégorie. Par ce rôle actif, elles se trouvent exclues du statut d'hébergeur qui les protégeait sous la Directive sur le commerce électronique selon le nouvel article 17.3¹⁸⁰. Sous ce nouveau régime, les fournisseurs doivent parvenir à passer des accords avec les titulaires de droit (art 17.1 al 1) et, en l'absence d'accord, empêcher la mise à disposition d'accès à des œuvres contrefaites (art 17.4)¹⁸¹ par le déploiement de leurs meilleurs efforts. Néanmoins, des exceptions existent pour les *start-ups* qui sont alors soumises à un régime mixte pouvant se prévaloir de l'article 14 de la Directive sur le commerce électronique en se voyant imposer quelques restrictions supplémentaires. Effectivement, si les grandes entreprises telles que YouTube ou Dailymotion peuvent supporter cette réforme, il était essentiel pour le maintien de l'économie numérique d'adapter un juste milieu aux plus petites entreprises¹⁸². L'insertion de cette clause était notamment une condition pour le soutien de certains États membres, comme l'Allemagne, à la signature de la nouvelle directive¹⁸³.

178. Défini à l'article 2.6 de la Directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique comme « le fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives ».

179. Sirinelli, *supra* note 135.

180. Article 17.3 de la Directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique : « Quand un fournisseur de services de partage de contenus en ligne procède à un acte de communication au public ou à un acte de mise à la disposition du public, dans les conditions fixées par la présente directive, la limitation de responsabilité établie à l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE ne s'applique pas aux situations couvertes par le présent article. »

181. Article 17.4 de la Directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique : « Si aucune autorisation n'est accordée, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sont responsables des actes non autorisés de communication au public, y compris la mise à la disposition du public, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'autres objets protégés. »

182. Voir l'article 17.6 de la Directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique.

183. Lionel Bonaventure et Ben Stansall, « UE : les 28 se déchirent sur la réforme du droit d'auteur », (21 janvier 2019) *Capital* (blogue), en ligne : <<https://www.capital.fr/entreprises-marches/ue-les-28-se-dechirent-sur-la-reforme-du-droit-dauteur-1324322>>.

Cette directive affirme que la plateforme effectue un acte de communication au public lorsqu'elle lui donne accès à des œuvres protégées que ses utilisateurs téléversent. Ainsi, la responsabilité des plateformes pourra être invoquée dans deux situations. Selon le premier fondement (responsabilité primaire), la plateforme pourrait être considérée auteur ou coauteur de la contrefaçon produite par l'utilisateur. Cela est le cas si l'on considère la plateforme comme directement responsable de l'acte de communication effectué au public. Selon le second fondement (responsabilité secondaire), la plateforme peut être tenue responsable lorsqu'elle a contribué à l'acte de communication au public fait par un tiers. Cette situation a lieu lorsqu'elle fournit à l'utilisateur ce moyen de communication ayant mené à la commission de l'acte illicite¹⁸⁴.

Initialement, une obligation de filtrage *a priori* était prévue, ce qui inquiétait fortement les défenseurs de la liberté d'expression sur Internet. Cependant, certains défenseurs craignent encore que les plateformes mettent en place par précaution des filtrages automatiques. En mai 2019, la Pologne a attaqué directement l'article 17 en jugeant que le filtrage des contenus violait la liberté d'expression et d'information¹⁸⁵. Cette obligation fut retirée du texte, mais les défenseurs des droits des utilisateurs craignent tout de même que les plateformes ne mettent au point des solutions internes pour se protéger, dont un filtrage automatique pour retirer des contenus similaires à ceux qui ont déjà été signalés¹⁸⁶. La latitude dont les États membres disposent dans la transposition de cette directive mène néanmoins à certaines incompatibilités dans leurs lois respectives. Ce type de conflits provoqueront de nombreux litiges, qui détermineront dans la pratique l'application des dispositions¹⁸⁷.

184. Agnès Lucas-Schloetter, « Droit de communication au public – Responsabilité des plateformes de partage de contenus protégés par le droit d'auteur », (2022) 82 Propriétés Intellectuelles 25.

185. Marc Rees, « Directive Droit d'auteur : la Pologne attaque l'article 17 sur fond de liberté d'expression », (21 août 2019) *Nextimpact* (blogue), en ligne : <www.nextinpact.com/news/108144-directive-droit-dauteur-pologne-attaque-larticle-17-sur-fond-liberte-dexpression.htm> ; « La Pologne attaque la directive Droit d'auteur et son article 17 sur le filtrage », (24 mai 2019) *Nextimpact* (blogue), en ligne : <www.nextinpact.com/brief/la-pologne-attaque-la-directive-droit-d-auteur-et-son-article-17-sur-le-filtrage-8782.htm>.

186. Enter-law, « La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, entre avancées et incertitudes », (6 juillet 2019) *Enter-law* (blogue), en ligne : <enter-law.com/directive-copyright-digital-single-market/?lang=fr>.

187. Silke von Lewinski, « La mise en œuvre de la directive sur le marché unique numérique de 2019 en Allemagne », (2021) 271 *Revue Internationale de Droit d'Auteur* 59 aux pp 95 et 105.

Dans une décision récente dite *YouTube*¹⁸⁸, la CJUE s'est posé la question de savoir si une plateforme sur laquelle des utilisateurs peuvent illégalement mettre à la disposition du public des contenus protégés réalise elle-même un acte de communication¹⁸⁹. Dans cette espèce se pose la question de la communication délibérée, que la Cour divise selon deux catégories. La première est un comportement passif, par laquelle la plateforme s'abstient de mettre en place les mesures techniques recommandées pour empêcher la mise à disposition illicite de contenus protégés, alors qu'elle sait ou devrait savoir que ses utilisateurs s'adonnent à cette pratique. Cette connaissance de la plateforme proviendrait alors des avertissements reçus de la part d'un titulaire de droits victime d'une telle violation¹⁹⁰. Le second est un comportement actif, soit celui de fournir délibérément des moyens adaptés au partage illicite de contenus ou de promouvoir ces partages¹⁹¹. Cette décision soulève plusieurs enjeux. Le risque alors établi est celui de ne pas opérer de distinction entre les plateformes classiques et celles qui sont vouées aux téléchargements illégaux, comme *The Pirate Bay*. Enfin, l'auteure Lucas-Schloetter soulève qu'il resterait à déterminer si l'imputabilité de la communication illicite au public pourrait être attribué conjointement à la plateforme et à l'utilisateur¹⁹².

Ainsi, l'UE met en place des règles plus strictes afin de responsabiliser les plateformes, tout en laissant la possibilité aux entreprises à taille modérée de s'expandre. Néanmoins, ce contrôle plus sévère empiète sur la liberté d'expression des utilisateurs et pourrait mener à un déséquilibre des intérêts. La transposition de la directive en droit interne peut toutefois laisser place à un respect plus pondéré des deux droits.

3. Une solution intermédiaire canadienne

Il est important de noter que l'accord entre les États-Unis, le Mexique et le Canada (ci-après « ACEUM »), entré en vigueur le

188. *Frank Peterson contre Google LLC e.a. et Elsevier Inc. c Cyando AG*, C-682/18, [2021] ECLI:EU:C:2021:503.

189. *Id* au pt 60. Cette décision, tranchée selon l'ancienne directive sur le commerce électronique (art 3), est néanmoins pertinente au regard de la nouvelle directive européenne, car sa solution sera applicable aux plateformes exclues du champ d'application de l'article 17.

190. *Frank Peterson contre Google LLC e.a. et Elsevier Inc. c Cyando AG*, *supra* note 188 au pt 85.

191. *Id* au pt 84.

192. Lucas-Schloetter, *supra* note 184 aux pp 27-28.

1^{er} juillet 2020, contient une section sur la responsabilité des plateformes. Le chapitre « Digital Trade » de cet Accord proposerait une solution proche du modèle européen¹⁹³. Cependant, la législation canadienne transposant cet accord ne fait pas de mention directe à l'article en question du traité, soit l'article 19.17, et le système canadien semble de prime abord incompatible avec les solutions proposées par ce traité¹⁹⁴. En effet, le Canada adopte pour l'instant un modèle qui semble le plus intermédiaire : le système d'avis et avis, selon lequel la plateforme recevant un avis présumant une violation de droit d'auteur doit transmettre cet avis à l'auteur de l'infraction visé, repéré selon son adresse IP. L'article 41.26(1)(a) de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* énonce :

La personne visée aux alinéas 41.25(1)a) ou b) qui reçoit un avis conforme aux paragraphes 41.25(2) et (3) a l'obligation d'accomplir les actes ci-après, moyennant paiement des droits qu'elle peut exiger :

- a) transmettre dès que possible par voie électronique une copie de l'avis à la personne à qui appartient l'emplacement électronique identifié par les données de localisation qui sont précisées dans l'avis et informer dès que possible le demandeur de cette transmission ou, le cas échéant, des raisons pour lesquelles elle n'a pas pu l'effectuer.

Un nombre important de plateformes émettaient déjà de telles notices avant l'entrée en vigueur de cette disposition¹⁹⁵. Si la plateforme ne répond pas à cette obligation, elle n'est pas tenue responsable, mais pourra être contrainte à des dommages et intérêts élevés¹⁹⁶. Ce système s'est révélé efficace pour les ayants droit qui constataient des téléchargements non autorisés¹⁹⁷ et il permettrait

193. Voir « Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada » à l'art 19.17, en ligne : <ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>.

194. Vivek Krishnamurthy et Jessica Fjeld, « CDA 230 Goes North American? Examining the Impacts of the USMCA's Intermediary Liability Provisions in Canada and the United States » (7 juillet 2020), *CIPPIC* à la p 13.

195. James Armstrong, « New Regulations about Illegal Downloading Go into Effect », (2 janvier 2015) *Global News* (blogue), en ligne : <globalnews.ca/news/1752246/new-regulations-about-illegal-downloading-go-into-effect>.

196. *Loi canadienne sur le droit d'auteur* à l'art 41.26(3).

197. Voir Patrick O'Rourke, « Why Illegal Downloading Just Became Riskier for Canadians », (6 janvier 2015) *Financial Post* (blogue), en ligne : <financialpost.com/technology/personal-tech/canadian-file-sharers-will-begin-receiving-more-copyright-infringement-notices> : « In 2011, Rogers stated 67% of recipients of

un juste équilibre entre les intérêts des utilisateurs et des ayants droit selon certains auteurs¹⁹⁸.

Pourtant, il contient également ses défauts. L'Association du Barreau canadien, par exemple, souhaiterait l'introduction d'un système d'avis et retrait car selon elle, le système d'avis et avis n'entraîne pas de réelles conséquences pour l'auteur de la violation et l'effet dissuasif est trop faible¹⁹⁹. Aussi, l'exécution même du système avis et avis reste peu claire étant donné que le contenu des avis n'est pas réglementé²⁰⁰ et se révèle souvent trompeur en pratique²⁰¹. En effet, étant donné que les plateformes doivent transmettre l'avis des ayants droit tel qu'il est reçu, certains groupes antipiratage les ont déjà forcés à transmettre des avis contenant des menaces d'amendes ne correspondant pas à ce que la loi permet. Les plateformes se trouvent alors dans une situation sans réelle issue ; elles doivent soit transmettre la notice tel qu'indiqué dans la loi, soit être passibles d'une amende. Il s'agit ici d'un cas d'abus qui, non fondé, irait à l'encontre de la liberté d'expression des utilisateurs. Comment la loi répond-elle à cette situation ? Très récemment, des réponses ont été apportées à ces inquiétudes dans un projet de loi²⁰², dont les modifications ont

a single notice stop downloading copyrighted material, and that this number increases to 89% after a second notice. »

198. Pierre-Christian Collins Hoffman, « Non-Commercial Online Copyright Infringement in Canada: The Challenge of Balancing the Copyright Owners' Interests Against Those of Internet Users », (2015) 16 *Internet and E-Commerce Law in Canada* 1 à la p 4, en ligne : <ssrn.com/abstract=2618737>.
199. INDU (2018), Témoignages, 1555, 1650, 1655 (Mackenzie et Seiferling, ABC), 3 décembre 2018, en ligne : <www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/INDU/reunion-141/temoignages> ; Association du Barreau Canadien, Mémoire présenté à INDU (4 décembre 2018), en ligne : <www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INDU/Brief/BR10234054/br-external/CanadianBarAssociation-f.pdf>.
200. L'article 41.25(2) de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* prévoyait ce qui pouvait être inclus dans l'avis mais pas ce qu'il était interdit d'inclure.
201. Voir Michael Geist, « Canada's Copyright Notice Fiasco: Why Industry Minister James Moore Bears Some Responsibility », (12 janvier 2015) *Michael Geist* (blogue), en ligne : <www.michaelgeist.ca/2015/01/canadas-copyright-notice-fiasco-industry-minister-james-moore-bears-responsibility/> : « Not only does Moore bear some responsibility for establishing the notice-and-notice rules without regulations, but there is now no quick fix. [...] His own rules do not include a specific form that could have been used to exclude the misleading assertions on Canadian law and the efforts to scare individuals into paying settlement fees. ISPs have little choice but to forward the notifications and there seems little likelihood that a company like Rightscorp, which is being sued in the U.S. for its practices, will care what a Canadian government minister has to say. »
202. PL C-86, *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, 1^{re} sess, 42^e leg, 2018 (sanctionné le 13 décembre 2018), LC 2018, ch 32.

été apportées à la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* en décembre 2018. S'ajoute à l'article 41.25 un alinéa 3, qui prévoit ce que les avis ne peuvent contenir et notamment :

b) une demande ou exigence, relative à cette prétendue violation, visant le versement de paiements ou l'obtention de renseignements personnels.

Ces modifications nouvelles devraient apporter de la clarté au régime, pourtant, un nouveau débat est né autour de « l'obtention des renseignements personnels ». En effet, face à la passivité que la loi impose aux plateformes, les internautes recevant des avis abusifs vont prendre contact avec les agences antipiratage et vont dévoiler leur identité, alors que l'anonymat est un droit garanti par la liberté d'expression²⁰³.

De plus, au Canada, il existe également une disposition d'exonération qui limite la responsabilité des plateformes lorsqu'un droit d'auteur est violé par l'entremise de leurs services²⁰⁴. Ces dispositions ont eu des conséquences imprévues, dont notamment « une réaffectation massive de la valeur économique des titulaires de droits aux plateformes en ligne financées par la publicité qui sont censées satisfaire aux critères de l'exception relative au stockage tout en fonctionnant en réalité comme des services de diffusion »²⁰⁵. Selon l'Association des professionnels de l'édition musicale, la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* doit être révisée pour différencier clairement les plateformes selon le spectre d'activités qu'elles offrent et les responsabilités qu'elles devraient avoir²⁰⁶. Cette proposition se

203. Voir les débats d'internautes qui témoignent de notifications abusives : Andy Maxwell, « Canada's New Anti-Abuse Copyright Notice Rules Are Being Ignored », (7 mars 2019) *Torrent Freak* (blogue), en ligne : <torrentfreak.com/canadas-new-anti-abuse-copyright-notice-rules-are-being-ignored-190307/> ; Andy Maxwell, « Canadian ISPs: Standardize Copyright Notices, Fine & Defeat Trolls », (31 mars 2019) *Torrent Freak* (blogue), en ligne : <torrentfreak.com/canadian-isps-standardize-copyright-notices-fine-defeat-trolls-190331/> ; Michael Geist, « The LawBytes Podcast, Episode 10: Lowdown on Lawsuits – James Plotkin on Copyright Threats, Notices, and Lawsuits », (6 mai 2019) *Canipreports* (forum), en ligne : <canispreports.com/threads/the-lawbytes-podcast-episode-10-lowdown-on-lawsuits-%E2%80%93-james-plotkin-on-copyright-threats-notices-and-lawsuits.5651/>.

204. Art 41.26 et 31.1 de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*.

205. ACDRM et ACEM, Mémoire présenté à INDU (14 décembre 2018), en ligne à la p 4 : <www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INDU/Brief/BR10271356/br-external/CanadianMusicPublishersAssociation-9959305-f.pdf>.

206. INDU (2018), Témoignages, 1530 (Payette, APEM) (19 septembre 2018), en ligne : <www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/INDU/reunion-126/temoignages>.

rapproche des redéfinitions d'hébergeurs, intermédiaires et plateformes que l'UE vient de mettre en place. Le Comité permanent de l'industrie, des sciences, et de la technologie se positionne quant à l'évolution de la législation dans l'UE et affirme qu'il « reste encore à voir comment les membres de l'Union européenne mettront en œuvre la Directive et quels seront les résultats des différentes approches. Le gouvernement du Canada devrait prendre le temps de tirer des leçons des réussites et des échecs de ces initiatives afin de déterminer si ces dernières servent les intérêts à long terme de l'ensemble des Canadiens. »²⁰⁷ Même si le Canada se démarque par un modèle unique, la nouvelle directive européenne aura des répercussions sur les internautes canadiens²⁰⁸. En effet, les plateformes et leurs services changeront leur techniques et méthodes de procédure pour s'adapter à la directive, de telle sorte que les internautes du monde entier seront touchés. La Chambre des communes, dans un rapport du projet de révision de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*, a exprimé une crainte quant aux coûts que la conformité à la nouvelle directive européenne engendrera pour les plateformes. Elle souligne effectivement que seules les plateformes les plus importantes auront les moyens de s'y conformer et que l'article 17 pourrait « sérieusement diminuer la concurrence sur les marchés en ligne »²⁰⁹.

4. Vers une politique commune à l'encontre de l'emprise des GAFAM ?

a) Les perspectives d'évolution de ces réformes

Cette grande réforme européenne représente une nouvelle arme face à l'expansion des GAFAM, que la France et le Royaume-Uni combattent actuellement très activement. En effet, l'UE est très réactive à l'expansion des GAFAM et a commencé à contrer la problématique de leur évasion fiscale²¹⁰. La France a tout d'abord

207. Canada, Chambre des communes, *supra* note 112 à la p 91.

208. Laura Tribe, « European Copyright Directive passes, setting dangerous precedent for the open Internet » , (26 mars 2019) *Openmedia* (blogue), en ligne : <openmedia.org/en/european-copyright-directive-passes-setting-dangerous-precedent-open-internet>.

209. Canada, Chambre des communes, *supra* note 112 à la p 23.

210. Voir les propositions européennes : CE, *Proposition de Directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques*, [2018], 2018/073, en ligne : <eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0148&from=FR> ; CE, Parlement européen, Communiqué de presse, n° 20181205IPR20944, *De nouvelles règles visant à taxer les entreprises numériques* (2018), Strasbourg, en ligne : <www.europarl.europa.eu/

décidé de lancer sa propre lutte par une « taxe Google »²¹¹ en 2016 qui échoua, et a décidé en mars 2019 de présenter un nouveau projet de taxe nationale sur les services numériques²¹². Ainsi, la nouvelle Directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique fut soutenue par la France, dont les eurodéputés ont voté l'adoption avec 96,9 % de votes favorables²¹³. Bien que la lutte fiscale n'entre pas en ligne de compte pour la protection de la liberté d'expression, il est important de noter le dévouement qu'ont certains pays actuellement à prendre des mesures pour responsabiliser les géants du numérique. Ils participent parallèlement à l'évolution sur plusieurs terrains d'approche.

Le Canada n'a pas pour projet d'adopter une loi similaire, la réforme parlementaire de cinq ans qui proposait des amendements à la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* de 2012 ayant conservé le système d'avis et avis. Toutefois, le ministère de l'Innovation, Sciences et Développement économique a proposé en 2021 une consultation sur un cadre moderne du droit d'auteur pour les plateformes en ligne. Celle-ci consiste à recueillir tous les commentaires pertinents²¹⁴ quant aux enjeux et mesures potentielles à adopter. Ainsi, le gouvernement a proposé une liste de solutions potentielles aux enjeux causés par le système d'avis et avis et de réformes possibles. Celles-ci comprennent la clarification des exonérations prévues pour les plateformes, l'exigence d'une rémunération par l'entremise d'un régime de licences collectives, l'implantation d'exigences de transparence en matière de rémunération des titulaires de droit et la clarification des outils d'application de la Loi pour lutter contre la violation du

news/fr/press-room/20181205IPR20944/de-nouvelles-regles-visant-a-taxer-les-entreprises-numeriques> ; Parlement européen, Communiqué de presse, n° 20180309IPR99422, *Adoption d'un nouveau projet de régime fiscal européen des sociétés incluant la présence numérique*, Strasbourg, 2018, en ligne : <www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20180309IPR99422/projet-de-regime-fiscal-europeen-des-societes-incluant-la-presence-numerique> ; CE, *Proposition de Directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative*, [2018], 2018/072, en ligne : <eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3d33c84c-327b-11e8-b5fe-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF>.

211. *Loi n° 2016-1917 finances pour 2017*, JORF n° 0303, 29 décembre 2016 à l'art 78.
212. « Taxe GAFÀ : Le Gouvernement présente son projet de loi », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 11, (14 mars 2019) à la p 158.
213. Marc Rees, « Directive droit d'auteur : la France, médaille d'or des votes, déjà prête à la transposition », (27 mars 2019) *Nextimpact* (blogue), en ligne : <www.nextinpact.com/article/29275/107563-directive-droit-dauteur-france-medaille-dor-votes-deja-prete-a-transposition>.
214. Voir par exemple : Fédération canadienne des associations de bibliothèques, « Réponse à la consultation sur un cadre moderne de droit d'auteur pour les intermédiaires en ligne » (28 mai 2021), Mémoire, en ligne : <www.carl-abrc.ca/wp-content/uploads/2021/07/CFLA-Online-Intermediaries_FR-1.pdf>.

droit d'auteur en ligne²¹⁵. Ce dernier point consisterait notamment à établir un fondement législatif et une procédure statutaire pour les injonctions contre les plateformes qui viseraient par exemple des ordonnances de blocage de site Web ou de retrait obligatoire. Il sera intéressant de suivre l'évolution des avis publics et des propositions gouvernementales conséquentes.

L'avancée des perspectives de responsabilisation des plateformes, notamment par la nouvelle directive européenne, reste critiquable. Un système qui permet de filtrer les contenus protège les ayants droit, mais pourrait aller à l'encontre de la liberté d'expression en ligne.

b) Les enjeux de contenu : vers une diffusion culturelle plus locale

Pour finaliser cette étude, il convient de mentionner un enjeu qui ne se situe pas dans le rapport de dualité droit d'auteur-plateformes, mais plutôt dans le contexte de la demande des industries envers les créateurs de contenu. Le Canada a déposé le 2 février 2022 la *Loi sur la diffusion continue en ligne*²¹⁶ afin d'adapter la *Loi sur la radiodiffusion* à l'ère numérique. Cette loi régit la diffusion pour les plateformes ou fournisseurs ayant comme activité la diffusion par médias sociaux ou les services de diffusion en continu. Elle a été conçue afin de ne pas s'appliquer aux créateurs de contenu particuliers, qui ne se qualifieront pas de radiodiffuseurs. Ainsi, les particuliers dont la source de revenu principale est le partage de contenu en ligne ne seront pas pénalisés. L'objectif de cette loi est d'inciter les diffuseurs en ligne à contribuer à la création de contenu canadien, afin d'inclure les artistes victimes d'obstacles systémiques, qui ne sont pas mis en avant par les plateformes, et de leur offrir plus de visibilité²¹⁷. Ce projet de loi permettrait au CRTC de faire preuve d'une grande discrétion pour réglementer le contenu téléversé par les utilisateurs sur des plate-

215. Gouvernement du Canada, « Document de consultation sur un cadre moderne du droit d'auteur pour les intermédiaires en ligne » (2021), Ottawa, Rapport, en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/693.nsf/fra/00191.html>.

216. PL C-11, *Loi modifiant la Loi sur la radiodiffusion et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois*, 1^{re} sess, 44^e leg, 2022 (modifié par le comité le 15 juin 2022), en ligne : <www.parl.ca/DocumentViewer/fr/44-1/projet-loi/C-11/deuxieme-lecture>.

217. Canada, Patrimoine canadien, Communiqué de presse, « Le gouvernement du Canada présente un projet de loi qui aidera la prochaine génération d'artistes et de créateurs canadiens » (2 février 2022), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/nouvelles/2022/02/le-gouvernement-du-canada-presente-un-projet-de-loi-qui-aidera-la-prochaine-generation-dartistes-et-de-createurs-canadiens.html>>.

formes ou des fournisseurs de médias sociaux²¹⁸. Le CRTC pourrait ainsi décider de mettre en place des réglementations afin d'augmenter, par exemple, le nombre de recommandations de contenu local²¹⁹. Le risque d'une réglementation discrétionnaire par le CRTC est qu'elle soit perçue comme un contrôle indirect du *streaming* et une menace à la liberté d'expression des utilisateurs, selon la presse canadienne²²⁰. Le ministre de la Justice, dans une analyse par experts du projet de loi prédécesseur, C-10, avait pourtant examiné la compatibilité du projet avec la Charte et conclu par la positive²²¹. Cette loi met en exergue un autre enjeu contemporain de la liberté d'expression en ligne qui, cette fois-ci, ne touche pas principalement la diffusion du contenu, mais qui pourrait également entraîner des répercussions sur la création de contenu en elle-même. En effet, il serait possible que le marché soit en demande de contenus locaux, ce qui pourrait probablement orienter des créations futures.

CONCLUSION

Qu'ils aient été consacrés à des périodes différentes ou bien parallèlement, le droit d'auteur et la liberté d'expression ont évolué de manière à atteindre une valeur presque identique aux yeux des juges et des législateurs aujourd'hui. Leur conception permet leur coexistence, pourtant, ils entrent de plus en plus fréquemment en conflit l'un avec l'autre. Dans un monde où Internet s'expand, la liberté d'expression connaît des utilisations dérivées, notamment celle d'être une justification à la violation des droits d'auteur.

Le système des exceptions à la violation du droit exclusif tendrait vers l'insertion de la liberté d'expression comme nouvel élément que les utilisateurs peuvent faire valoir pour se défendre. Bien que cet argument ne soit généralement pas accueilli par les tribunaux, il est du moins discuté sérieusement, voire envisagé dans les nouvelles réformes législatives. Cette ouverture démontre une certaine clémence face à une génération d'utilisateurs qui ont

218. Art 4.1 et 4.2 de la *Loi sur la diffusion continue en ligne*.

219. Coalition pour la diversité des expressions culturelles, « Projet de loi C-11 sur la radiodiffusion : foire aux questions », (21 juin 2022) *CDEC* (blogue), en ligne : <cdec-cdce.org/fr/c/projet-de-loi-c-11-faq/>.

220. Samuel Bachand, « Le projet de loi C-11 sur le streaming, une carte blanche pour le CRTC », (14 juin 2022) *Institut économique de Montréal* ; « Projet de loi C-10 : comment réglementer les services de diffusion en continu ? », (27 novembre 2021) *Radio Canada*.

221. Gouvernement du Canada, « Projet de loi C-10 : Loi modifiant la Loi sur la radiodiffusion et d'autres lois en conséquence » (18 novembre 2020), note explicative, en ligne : <www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/charte-charter/c10.html>.

évolué dans un monde numérique et manipulent la technologie au quotidien. Toutefois, on ne peut conclure à une acceptation générale de l'argument du droit des utilisateurs ou d'un droit du public découlant de la liberté d'expression. Bien au contraire, les tribunaux et législateurs européens y trouvent rapidement une limite, un seuil qu'ils sont réticents à franchir, en raison de la vision personnaliste dans laquelle le droit d'auteur y est né. Permettre l'ajout d'une exception s'apparentant au *fair use* américain reviendrait à ouvrir une boîte de Pandore pour les utilisateurs. Cela peut s'expliquer par le fait que la balance entre la liberté d'expression et le droit d'auteur est déjà intégrée dans le système des exceptions européen, par les considérants de la Directive InfoSoc. Une évolution est cependant nécessaire afin de donner un cadre législatif à de nombreux cas d'expression en ligne, tels les *mashups*.

Quoi qu'il en soit, pour réguler le flux de contenus partagés en ligne, le système canadien d'avis et avis ou de *safe harbour* européen n'est plus efficace pour contrer les abus. On ne peut pour autant s'attendre à un alignement des solutions américaines avec les réformes européennes et canadiennes, en raison de l'origine et de l'implantation des GAFAM, qui amènent naturellement les États-Unis à nourrir d'autres intérêts. Toutefois, nous pouvons noter une forte réactivité de la part du Canada et de l'Union Européenne afin de trouver des solutions aux enjeux soulevés. Même si les interprétations des lois ne pourront totalement s'accorder, les nouvelles réformes tendent à responsabiliser davantage les plateformes et leur donner un rôle plus actif dans la lutte contre les violations des droits d'auteur.