

Faculté de droit

La responsabilité des plateformes participatives sous l'angle du droit d'auteur

par
Ersel Korucuoglu

Mémoire de Master

Rédigé sous la direction du
Professeur Vincent Salvadé

2022

Table des matières

Liste des abréviations	V
Bibliographie	VIII
Introduction	1
1. Le droit d'auteur	3
1.1. La notion d'auteur	3
1.1.1. L'auteur	3
1.1.2. Pluralité d'auteurs	4
1.2. La notion d'œuvre	5
1.2.1. Les conditions cumulatives	5
1.2.1.1. Une création de l'esprit.....	5
1.2.1.2. Le domaine littéraire et artistique	6
1.2.1.3. Le caractère individuel	6
1.3. Droits moraux et droits patrimoniaux	7
1.3.1. Les principaux droits moraux	8
1.3.1.1. Le droit de revendiquer la paternité.....	8
1.3.1.2. Le droit de divulguer	8
1.3.1.3. Le droit à l'intégrité	9
1.3.2. Les principaux droits patrimoniaux	9
1.3.2.1. Le droit de reproduction et de mise en circulation.....	10
1.3.2.2. Le droit de communication et le droit de diffusion	10
1.3.2.3. Le droit de retransmission et le droit de faire voir ou entendre	11
1.4. Droits voisins	11
1.5. Les exceptions au droit d'auteur	12
1.5.1. L'usage privé.....	12
1.5.2. Le droit de citation.....	13
2. Plateformes participatives et mesures de protection des droits d'auteur	15
2.1. Les acteurs d'internet.....	15
2.1.1. L'utilisateur	15
2.1.2. Le fournisseur d'accès	15
2.1.3. Le fournisseur de contenu	15
2.1.4. Le fournisseur d'hébergement	16
2.2. Les plateformes participatives.....	16
2.3. YouTube.....	17
2.3.1. Hébergeur, fournisseur de contenu et réseau social	17
2.3.2. Les outils de protection	19
2.3.2.1. Demande par formulaire de l'ayant droit	19
2.3.2.2. Copyright Match Tool	22
2.3.2.3. Content ID	23
2.3.3. Exceptions et limites	26
2.3.3.1. Creative Commons.....	26
2.3.3.2. L'usage loyal	27
2.3.3.3. Limites et abus	29

2.3.3.4. Solution et alternative	32
3. La responsabilité des plateformes en droit suisse	35
3.1. Responsabilité civile et pénale	35
3.1.1. Remarques préliminaires	35
3.1.2. Responsabilité civile	37
3.1.2.1. Remarques préliminaires	37
3.1.2.2. Les actions civiles	39
3.1.3. Responsabilité pénale.....	40
3.1.4. Réticence à légiférer	41
3.2. L'article 39d LDA et l'obligation de « <i>stay-down</i> »	42
3.2.1. Objectifs	42
3.2.2. Notions.....	44
3.2.3. Moyens préexistants	45
3.2.4. Chronologie et AGUR12	46
3.2.5. Les conditions cumulatives (al. 1).....	48
3.2.5.1. Accessibilité.....	48
3.2.5.2. Avertissement.....	50
3.2.5.3. Favorisation.....	50
3.2.6. Les mesures raisonnablement exigibles (al. 2).....	52
3.2.7. La procédure de « <i>stay-down</i> »	53
3.2.8. Bilan de la révision.....	55
3.2.9. YouTube et l'obligation de « <i>stay-down</i> »	57
3.3. Droit suisse et droit européen	58
4. La responsabilité des plateformes en droit européen	60
4.1. Remarques préliminaires	60
4.1.1. Le droit communautaire	60
4.1.2. Actes existants.....	61
4.1.3. Des évolutions nécessaires	62
4.2. Contexte d'adoption de la Directive 2019/790	63
4.2.1. Objectifs	63
4.2.2. Lobbying et instrumentalisation	64
4.3. L'article 17 de la Directive 2019/790 sur le droit d'auteur	65
4.3.1. Notions.....	66
4.3.2. Fonctionnement	67
4.3.2.1. Acte de communication au public ou de mise à disposition du public	67
4.3.2.2. Accords avec les titulaires de droits	68
4.3.2.3. Absence d'accord et exonération de responsabilité.....	69
4.3.2.4. Garantie de liberté pour les internautes	70
4.3.2.5. Les acteurs non concernés	70
4.4. Bilan	71
4.4.1. YouTube	71
4.4.2. Transposition	72
Conclusion.....	74

Liste des abréviations

ad	à propos de
aff.	affaire
AGUR12	Arbeitsgruppe Urheberrecht 2012 (groupe de travail sur le droit d'auteur 2012)
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Arrêt publié du Tribunal fédéral suisse
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CDA	Communications Decency Act
CE	Conseil des États, Conseil de l'Europe
CF	Conseil fédéral suisse
cha.	chambre
ch.	chiffre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
CCH	Code de conduite hébergement
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272
CPM	Coût pour mille impressions

CR-PI	Commentaire romand de la propriété intellectuelle
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
et al.	et alii (= et autres)
etc.	et cætera
ex.	exemple
EU	European Union
FF	Feuille fédérale
GAFAM	Google (Alphabet), Apple, Facebook (Meta), Amazon, Microsoft
GC	Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme
<i>ibidem</i>	au même endroit
in	dans
jtes	jointes
IPI	Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention, RS 232.14
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS 231.1
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance, RS 232.11
lit.	littera
màj	mise à jour
N.p.	non publié

n°	numéro(s)
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
p.	page
par ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
pp.	pages
RPM	Revenu pour mille vues
RS	Recueil systématique du droit fédéral
S.Ct	Supreme Court of the United States
sect.	section
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
ss	et suivant(e)s
TGI	Tribunal de Grande Instance (France)
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne
U.S.	United States
v.	versus
vol.	volume

Bibliographie

Remarque

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes de bas de page avec l'indication du seul nom de l'auteur.

Les sites internet consultés et non mentionnés dans la présente bibliographie sont indiqués en note de bas de page.

Le contenu des sites internet consultés est tel qu'il apparaît à la date mentionnée en note de bas de page.

Principaux textes législatifs

Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS.231.1 (LDA)

Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 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

Ouvrages, articles

ANTREASYAN SEVAN, Réseaux sociaux et mondes virtuels : contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle, Thèse Genève, Zurich/Genève 2016

BARRELET/EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur : commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 4^{ème} éd., Berne 2021

BENHAMOU YANIV, Dommages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle : étude de la méthode des redevances en droit suisse et comparé, Thèse Genève, Zurich/Genève 2013

BOEV IVAN, Droit européen, 3^{ème} éd., Paris 2014

BINCTIN NICOLAS/PRÈS XAVIER, Directives 2019/790 et 2019/789 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : commentaire article par article, Bruxelles 2021

CHARLET FRANÇOIS, Responsabilité en droit d'auteur des intermédiaires : de l'hébergeur aux plateformes interactives, Mémoire Lausanne, Lausanne 2012

CHERPILLOD IVAN, Le droit d'auteur en Suisse : précis et guide pratique, Lausanne 1986 (cité : CHERPILLOD, Droit d'auteur en Suisse)

CHERPILLOD IVAN, Propriété intellectuelle : précis de droit suisse, Bâle 2021 (cité : CHERPILLOD, Propriété intellectuelle)

CHERPILLOD IVAN, Violation de droits de propriété intellectuelle : complicité et instigation, in : TISSOT NATHALIE (édit), Quelques facettes du droit de l'internet : droit

des nouvelles technologies de l'information et de la communication, vol. 6, Neuchâtel 2006 (cité : CHERPILLOD, Complicité et investigation)

COTTIER BERTIL, La privatisation de la fonction législative ou la face sombre de la révolution numérique, LeGes: Gesetzgebung & Evaluation. N.p., 2019, sur : <https://leges.weblaw.ch/legesissues/2019/3/la-privatisation-de-162a6a70a5.html>

DESSEMONTET FRANÇOIS, La propriété intellectuelle, CEDIDAC, Lausanne 2000 (cité : DESSEMONTET, Propriété intellectuelle)

DESSEMONTET FRANÇOIS, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, 2^{ème} éd., CEDIDAC, Lausanne 2011 (cité : DESSEMONTET, Propriété intellectuelle et contrats de licence)

DESSEMONTET FRANÇOIS, Le droit d'auteur, CEDIDAC, Lausanne 1999 (cité : DESSEMONTET, Droit d'auteur)

DEWERRA JACQUES/GILLIÉRON PHILIPPE (édit.), Commentaire romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013 (cité : AUTEUR(S), CR-PI)

DUSOLLIER SÉVERINE, The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition, Common market law review, 57.4, 2020, pp. 979-1030.

EDWARDS LILIAN, Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization, Genève 2010

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/FRANCEY JULIEN, La Diligence d'un hébergeur sur Internet et la réparation du préjudice, Medialex 2014, 4/14, pp. 175ss.

FRANCEY JULIEN, La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès internet, Thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2017

GAZIN FABIENNE, Directive « droit d'auteur » et liberté d'expression, in : Europe 2022, n°6, juin 2022

GILLIÉRON PHILIPPE, Propriété intellectuelle et internet, CEDIDAC, Lausanne 2003 (cité : GILLIÉRON, Propriété intellectuelle)

GILLIÉRON PHILIPPE, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, in : RDS 2002, pp. 387-441 (cité : GILLIÉRON, Responsabilité)

GRISSE KARINA, After the Storm - examining the Final Version of Article 17 of the New Directive (EU) 2019/790, Journal of intellectual property law & practice, 14.11, pp. 887-899, 2019.

JACCARD MICHEL, Les « Creative Commons », avenir du droit d'auteur ?, La Semaine Judiciaire II - doctrine, Genève, pp. 229-255, 2017.

MAIANI FRANCESCO/BIEBER ROLAND, Précis de droit européen, 3^{ème} éd., Berne 2016

MAJUMDAR SANDIP, Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council: Overhaul of European Union's Copyright Rules: a Study, Library hi-tech news, 37.9, 2020.

MÉTILLE SYLVAIN, internet et droit : protection de la personnalité et questions pratiques, Genève/Zurich/Bâle 2017

QUINTAIS JOÃO PEO ET AL., Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics, JIPITEC, 10.3, pp. 277-282, 2019

REUSSER STEVE, L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur, Thèse Neuchâtel, Bâle 2014

ROSATI ELEONORA, Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790, New York 2021 (cité : ROSATI, Commentary)

ROSATI ELEONORA, Five Considerations for the Transposition and Application of Article 17 of the DSM Directive, Journal of intellectual property law & practice, 16.3, 2021, pp. 265-270 (cité : ROSATI, Considerations)

SALVADÉ VINCENT, Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication, Genève/Zurich/Bâle 2015 (cité : SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies)

SALVADÉ VINCENT, La responsabilité des plateformes au regard de la révision du droit d'auteur, Jusletter, 2020, sur : <https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2020/1025/la-responsabilite-de-5314b39f7d.html> ONCE#footnote link footnote 62 (cité : SALVADÉ, Responsabilité des plateformes)

SIMON DENYS, Communication au public, in : Europe 2017, n°8-9, août-septembre 2017 (cité : SIMON, Communication)

SIMON DENYS, Liens hypertexte et streaming, in : Europe 2017, n°6, juin 2017 (cité : SIMON, Liens)

SIMON DENYS, Plateformes vidéo, in : Europe 2021, n°8-9, août-septembre 2021 (cité : SIMON, Plateformes)

SIRINELLI PIERRE, Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, Dalloz IP/IT, 2019, pp. 288ss.

TISSOT NATHALIE/KRAUS DANIEL/SALVADÉ VINCENT, Propriété intellectuelle : marques, brevets, droit d'auteur, Berne 2019

WERRO FRANZ, Les services Internet et la responsabilité civile, Medialex 2008, 3/08, pp. 119-132, Berne 2008

Messages, rapports, travaux préparatoires et autres sources

CABRERA BLÁZQUEZ FRANCISCO JAVIER ET AL., Le cadre juridique relatif aux plateformes de partages de vidéos, IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2018 (cité : Rapport Observatoire Européen 2018)

Communication de la commission au parlement européen et au conseil, Orientations relatives à l'article 17 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sur : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/08ea36f1-c51e-11eb-a925-01aa75ed71a1>

Message relatif à la modification de la loi sur le droit d'auteur, à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et à leur mise en œuvre, 22 novembre 2017, FF 2018 559 (cité : Message FF 2018)

Postulat 10.3263, La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique ? (cité : Postulat Savary 2010)

Postulat 11.3912, Donnons un cadre juridique aux médias sociaux, 29 septembre 2011 (cité : Postulat Amherd 2011)

Postulat 19.3421, Suivi de la révision sur le droit d'auteur, 19 avril 2019 (cité : Postulat Suivi 2019)

Rapport sur Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary (cité : Rapport CF Savary 2011)

Rapport du Conseil fédéral du 09 octobre 2013 en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011 (cité : Rapport CF Amherd 2013)

Rapport complémentaire du Conseil fédéral du 10 mai 2017 en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011 (cité : Rapport complémentaire CF Amherd 2017)

Rapport du Conseil fédéral du 11 décembre 2015 relatif à la responsabilité civile des fournisseurs de services internet (cité : Rapport CF Responsabilité 2015)

Rapport du Conseil fédéral du 17 décembre 2021 en réponse au postulat 19.3421 (cité : Rapport CF Suivi 2021)

Rapport final AGUR12 du 28 novembre 2013 (cité : Rapport final AGUR12 2013)

Special 301 Report 2016 du Bureau du représentant américain au commerce (cité : Special 301 Report 2016)

Special 301 Report 2020 du Bureau du représentant américain au commerce (cité : Special 301 Report 2020)

Sites internet

<https://www.admin.ch/>

<https://www.ccdigitallaw.ch/>

<https://www.copyrightalliance.org/>

<https://www.creativecommons.org/>

<https://www.ec.europa.eu/>

<https://www.laquadrature.net/>

<https://www.support.google.com/youtube/>

<https://www.twitter.com/>

<https://www.wikipedia.org/>

<https://www.youtube.com/>

Introduction

La télévision a toujours fait partie des médias les plus populaires dans la consommation d'information, de divertissement ou de sport. C'est un vecteur suffisamment mature, avec un fonctionnement précis et un encadrement juridique stable.

Depuis quelques années, de nouveaux acteurs sont entrés en jeu, consultés autant (voire bien plus) que la traditionnelle télévision. En effet, l'utilisation de plateformes comme YouTube, Twitch ou Twitter est devenue inévitable, particulièrement chez les plus jeunes¹.

En revanche, elles ne bénéficient pas de la même maturité. D'abord, elles doivent régulièrement mettre à jour leurs propres règles afin de s'adapter à l'évolution du contenu proposé par leurs utilisateurs. Ensuite, ce sont les diverses législations nationales et internationales qui doivent s'adapter. Cet ajustement est nécessaire, car l'application de règles déjà existantes, basées sur d'anciens modèles, ne fonctionne pas systématiquement.

Ce constat est d'autant plus palpable au regard de l'actualité qui entoure ces plateformes dites participatives. On voit en effet plusieurs d'entre elles impuissantes face à des problématiques rares, voire inexistantes, pour d'autres médias traditionnels. S'il est difficile de harceler une personne à travers la télévision, c'est encore très fréquent sur Twitter. Dans le premier cas, il y a des instances et des règles respectées plus strictement, ce qui n'est pas forcément vrai pour le second. S'il est quasiment impossible d'avoir des extraits de films ou de musiques diffusés en violation des droits d'auteur à la télévision, cela arrive quotidiennement sur YouTube. Les raisons restent similaires à celles du premier exemple.

Il n'est cependant pas honnête de considérer les médias traditionnels comme irréprochables et les nouveaux comme déterminés à violer toute réglementation. S'agissant de la propriété intellectuelle, et plus précisément des droits d'auteur, YouTube par exemple développe régulièrement des outils et des algorithmes afin de faire respecter ces droits sur sa plateforme². Il y a également des accords signés, avec des majors de l'industrie musicale notamment, afin d'assurer le respect des droits portants sur une œuvre musicale, aussi bien à la télévision que sur internet.

Ces mesures prises par les plateformes accompagnent en réalité une évolution législative qui les incite à respecter davantage les droits de propriété intellectuelle. Ne pas le faire signifie engager une responsabilité qu'elles cherchent naturellement à éviter. Lorsqu'un alignement aux nouvelles règles multiplie les risques d'engager la responsabilité d'une plateforme, celle-ci peut faire appel à des moyens significatifs avant d'être contrainte de s'y conformer. Récemment, YouTube en a été un parfait exemple, procédant en 2018 à un lobbying massif auprès de ses créateurs de

¹ DE PURY SEBASTIEN, Ofcom : young people watch a third less TV on sets as they move online, The Guardian, 2017, <https://www.theguardian.com/tv-and-radio/2017/jul/07/ofcom-young-people-watch-a-third-less-broadcast-tv-as-they-move-online> (consulté le 22.09.2021).

² Fonctionnement de Content ID, Aide YouTube, <https://support.google.com/youtube/answer/2797370> (consulté le 22.09.2021).

contenus, allant jusqu'à faire circuler certaines fausses informations alarmantes censées dénoncer la fin de sa plateforme³. L'objectif était simple, mais aussi compréhensible, à l'approche de l'art. 13 de la directive européenne sur le droit d'auteur. Le géant américain cherchait à éviter d'engager sa responsabilité face à une quantité de contenu toujours plus importante mise en ligne sur son site⁴. Cet exemple de campagne démontre l'importance que peut avoir une éventuelle responsabilité en matière de droit d'auteur.

Dans ce travail, nous étudierons donc la responsabilité de ces plateformes participatives, aussi bien en droit suisse qu'en droit européen. Nous verrons d'abord ce qu'est le droit d'auteur. Puis nous définirons plus précisément la notion de plateforme participative, en analysant également les mesures déjà existantes pour celles-ci concernant la protection des droits d'auteur. Par la suite, nous verrons comment cette responsabilité est appliquée en droit suisse, notamment au regard du nouvel art. 39d de la loi sur le droit d'auteur (LDA) et son obligation de « stay-down ». Finalement, nous analyserons la situation en droit européen depuis l'adoption de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur.

³ DECHAUX DELPHINE, L'incroyable campagne de lobbying de YouTube pour contourner le droit d'auteur, Challenges, 2019, https://www.challenges.fr/media/l-incroyable-lobbying-de-youtube-contre-les-droits-d-auteur_640237 (consulté le 28.09.2021).

⁴ Selon le site [statista.com](https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/), en février 2020, près de 500h de vidéos ont été publiées sur YouTube chaque minute, soit près de 30'000h chaque heure : <https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/> (consulté le 28.09.2021).

1. Le droit d'auteur

Il existe aussi bien des sources nationales qu'internationales en matière de droit d'auteur. Dans cette première partie, nous étudierons les éléments essentiels du droit d'auteur en droit suisse, au regard principalement de la LDA.

Concernant cette dernière, il est intéressant de noter que depuis la première loi suisse sur le droit d'auteur en 1883, jusqu'en 1992, celle-ci s'est montrée particulièrement stable⁵. Naturellement, ce sont les avancées technologiques constantes du nouveau millénaire qui ont poussé le législateur à la mettre plus régulièrement à jour. Internet et les réseaux sociaux ont ainsi fortement mis à mal cette stabilité⁶.

La révision la plus récente date du 27 septembre 2019, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020, afin de moderniser le droit d'auteur et adapter une nouvelle fois le droit aux dernières avancées technologiques⁷.

1.1. La notion d'auteur

1.1.1. L'auteur

« *Par auteur, on entend la personne physique qui a créé l'œuvre* »⁸. On voit que l'art. 6 LDA donne une définition courte et très simple de l'auteur : c'est une personne physique. De plus, c'est une disposition qui n'a pas subi de changement depuis 1992⁹. Il est certainement important d'assurer une certaine constance dans une des premières étapes d'étude des droits portant sur une œuvre, à savoir déterminer son créateur.

Le débat peut aller jusqu'à se demander si un singe qui déclenche un appareil photo pour pendre un selfie peut être qualifié d'auteur ou non¹⁰. Il est également courant d'entendre parler d'intelligences artificielles créant des œuvres, principalement dans les domaines de la musique et de l'art. Les progrès toujours plus impressionnants peuvent même reproduire pratiquement à l'identique une activité créative humaine¹¹. Cependant, la LDA exige bien une « *personne physique* », ce qui empêche de reconnaître à une machine le statut d'auteur. En revanche, cette qualité pourra être reconnue pour l'être humain derrière la machine, dans l'hypothèse où c'est bien une personne humaine qui a « *dirigé la création de l'œuvre par sa propre activité intellectuelle* »¹².

⁵ Une révision totale en 1922, une révision partielle en 1954, une révision totale en 1992.

⁶ BARRELET/EGLOFF, p. IX.

⁷ Modernisation du droit d'auteur, 15 mai 2020, sur : <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/urg.html> (consulté le 01.10.2021).

⁸ Art. 6 LDA.

⁹ BARRELET/EGLOFF, N°1 ad art. 6 LDA, p. 38.

¹⁰ Le 23 avril 2018, la cour d'appel de Californie a finalement jugé qu'un singe qui prend une photo ne peut pas prétendre être auteur, ni percevoir des droits d'exploitation ; BARRELET/EGLOFF, N°8 ad art. 2 LDA, p. 12 ; *Naruto vs. David John Slater*, N.D of California, 15-cv-4234.

¹¹ À la suite du projet « *The Next Rembrandt* », une intelligence artificielle couplée à une imprimante 3D ont réussi à créer une œuvre reproduisant fidèlement le style du peintre Rembrandt, allant des couleurs au nombre de couches de peinture nécessaires ; <https://www.chroniquesplurielles.info/post/quand-l-ia-peint-un-nouveau-rembrandt-ia-6> (consulté le 24.11.2021).

¹² BARRELET/EGLOFF, N°1 ad art. 6 LDA, p. 38.

Cette simple précision explicite de « *personne physique* » permet de faciliter la détermination du titulaire des droits sur une œuvre et de faire abstraction des récentes et futures évolutions technologiques. En droit français par exemple, l'art. L113-1 du Code de la propriété intellectuelle parle uniquement de « *celui (...) sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Il aura fallu que la doctrine précise qu'on entend par auteur une personne physique.

Il découle aussi de cet art. 6 LDA ce qu'on appelle le principe du créateur. Le Tribunal fédéral a ainsi précisé dans un arrêt de 1991¹³ que l'auteur est celui dont l'activité intellectuelle personnelle a produit l'œuvre, sans tenir compte du discernement ou de la volonté de protection.

Enfin, l'art. 8 LDA règle l'éventuelle question de la preuve relative à la qualité d'auteur, problématique grandement facilitée par cette disposition. En effet, l'al. 1 présume simplement que la personne désignée comme auteur l'est réellement. Si personne n'est désigné, l'al. 2 prévoit que c'est la personne publiant l'œuvre qui peut exercer les droits d'auteur. La présomption de l'al. 1 est réfragable¹⁴, tandis que l'al. 2 implique, selon les points de vue, soit une présomption réfragable, soit une fiction légale irréfragable¹⁵.

1.1.2. Pluralité d'auteurs

Lorsqu'il y a plusieurs personnes à l'origine d'une œuvre, l'art. 7 LDA règle la problématique de la manière suivante : si l'œuvre est créée en commun, ils sont coauteurs.

À la lecture des autres alinéas, on constate que les coauteurs seront liés aussi bien pour exploiter leur œuvre que pour défendre leurs droits. En effet, à moins qu'ils ne s'entendent autrement contractuellement, ils ne peuvent utiliser leur œuvre « *que d'un commun accord* », et cet accord ne saurait être refusé que pour des motifs conformes « *aux règles de la bonne foi* »¹⁶. Si leur droit d'auteur est violé, chacun peut certes agir, mais uniquement « *pour le compte de tous* »¹⁷. Enfin, même si un des auteurs souhaite exploiter son apport individuel, à condition qu'il puisse être séparé, alors il ne le pourra que si l'exploitation de l'œuvre commune n'est pas affectée¹⁸.

Comme le rappelle CHERPILLOD, on ne considèrera pas comme coauteur « *celui qui fournit des prestations purement techniques, organisationnelles ou financières, puisque la protection du droit d'auteur n'est pas susceptible de s'attacher à ces prestations* »¹⁹. Il est nécessaire au contraire d'avoir une véritable collaboration créatrice, volontaire et acceptée, avec des coauteurs qui travaillent « *ensemble à la réalisation de l'œuvre commune* »²⁰.

¹³ ATF 116 II 352.

¹⁴ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°40, p. 16.

¹⁵ BARRELET/EGLOFF, N°6 ad art. 8 LDA, p. 47 parlent de fiction légale ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°41, p. 17 et CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1118, p. 194 parlent de présomption réfragable.

¹⁶ Art. 7 al. 2 LDA.

¹⁷ Art. 7 al. 3 LDA.

¹⁸ Art. 7 al. 4 LDA.

¹⁹ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1111, p. 193.

²⁰ CHERPILLOD, CR-PI, N°3 ad art. 7 LDA, p. 56.

Il n'y a pas non plus de qualité de coauteur lorsqu'on transforme une œuvre déjà existante et finie, ou la mélange à une autre œuvre²¹. Ainsi, lorsqu'un créateur de contenu tel que Sofyan²² réalise sur YouTube des vidéos en doublant humoristiquement des films célèbres, il ne saurait être reconnu comme coauteur de ces films.

S'agissant du type de propriété qui s'applique à une œuvre réalisée par plusieurs auteurs, celle-ci sera une « *propriété en mains communes sui generis* » (ATF 129 III 715)²³.

1.2. La notion d'œuvre

Pour appliquer le droit d'auteur, l'auteur dont nous venons de parler doit être à l'origine de ce qu'on appelle une œuvre. La définition donnée par la loi est la suivante : « *par œuvre (...) on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel* »²⁴. On peut donc déduire de cette définition trois conditions cumulatives : une création, appartenant au domaine littéraire ou artistique, et ayant un caractère individuel²⁵.

1.2.1. Les conditions cumulatives

1.2.1.1. Une création de l'esprit

Le TF parle d' « *expression de la pensée humaine* », du fait que l'œuvre repose « *sur une volonté humaine* »²⁶. On retrouve ainsi ce qui a déjà été dit concernant l'auteur, à savoir la nécessité d'avoir à faire à une personne physique. C'est la raison pour laquelle les créations d'une intelligence artificielle ne sauraient être des œuvres, en effet « *les objets créés indépendamment d'une activité intellectuelle de l'être humain ne sont pas des œuvres* »²⁷. Il en va de même pour « *les objets qui se sont créés naturellement, les produits de la nature ou de la technique* »²⁸.

Cette condition n'implique cependant pas forcément une intention artistique de création excessivement sophistiquée, nul besoin pour une œuvre de chercher à redéfinir les codes d'un domaine artistique. Cela restera certes la volonté de nombreux créateurs, mais il est parfaitement possible d'être en présence d'une création de l'esprit si l'on observe un processus créatif rapide, voire aléatoire²⁹. Ableton Live par exemple est un logiciel et séquenceur qui permet de créer et composer de la musique facilement, particulièrement pour les concerts³⁰. Il existe sur YouTube des vidéos comme celles de Scenes³¹, proposant des tutoriels pour ce logiciel, et qui permettent de développer des mélodies très simplement. Par un processus aléatoire et rapide, on peut ainsi aboutir à des mélodies originales et uniques, qui sont des créations de

²¹ BARRELET/EGLOFF, N°4 ad art. 1 LDA, p. 41.

²² <https://www.youtube.com/user/sofyanfaitducinema> (consulté le 26.11.2021).

²³ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°44, p. 18.

²⁴ Art. 2 al. 1 LDA.

²⁵ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1052, p. 184.

²⁶ ATF 130 III 172.

²⁷ BARRELET/EGLOFF, N°8 ad art. 2 LDA, p. 12.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1053, p. 184.

³⁰ https://fr.wikipedia.org/wiki/Ableton_Live (consulté le 06.10.2021).

³¹ <https://www.youtube.com/watch?v=trIFtqaUKg> (postée le 27.01.2021).

l'esprit de la personne physique à son origine. Le TF admet en effet que la quantité de travail n'est pas forcément importante, une activité même modeste pourra suffire³². Selon certains auteurs en revanche, cette condition de création implique tout de même une certaine créativité, du moins « *quelque chose qui sort de l'ordinaire* »³³.

1.2.1.2. Le domaine littéraire et artistique

La littérature ou l'art peuvent être considérés comme des domaines assez restreints, ou bien au contraire comme étant très vastes. Ce que l'on doit comprendre en réalité, c'est une volonté d'englober le plus grand spectre de possibilités de créations. D'une part tout ce qui est écrit, et de l'autre tout ce qui se définit comme de l'art³⁴. On verra ainsi qu'il est possible d'attacher à chacune de ces catégories toute sorte d'œuvres.

Concernant le domaine littéraire tout d'abord. Après avoir maladroitement supposé que la littérature ne serait pas de l'art³⁵, l'art. 2 LDA nous indique à quel point celui-ci peut être compris largement. En effet, dans la liste d'exemples non exhaustive de l'al. 2, le domaine littéraire inclut les « *œuvres recourant à la langue (...) scientifiques ou autres* »^{36 37}. L'expression « *ou autres* » reflète explicitement cette volonté de dresser une liste non exhaustive de catégories d'œuvres. Il a été notamment question de se demander si un logiciel, réalisé à l'aide de lignes de code informatique, saurait répondre au critère d'usage de la langue. CHERPILLOD répond simplement que la définition elle-même permet de considérer un programme informatique comme œuvre littéraire³⁸, tandis que l'al. 3 dispose directement que « *les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres* ».

S'agissant ensuite du domaine artistique, le même raisonnement peut être fait. En effet l'énumération non exhaustive de l'al. 2 permet d'y inclure un nombre considérable d'œuvres possibles. Lorsqu'EGLOFF dit que « *pratiquement tout ce qui fait du bruit est de la musique* »³⁹, on peut imaginer que toute sorte de création puisse être une œuvre artistique.

1.2.1.3. Le caractère individuel

En dernier lieu, il sera très important d'apprécier un élément central, à savoir l'individualité d'une œuvre (l'ancienne loi parlait d'originalité)⁴⁰. Ce critère est selon la jurisprudence essentiel pour la protection ou non d'une œuvre⁴¹.

³² BARRELET/EGLOFF, N°9 ad art. 2 LDA, p. 12 ; ATF 59 II 405.

³³ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°17, p. 7.

³⁴ Art. 2 al. 2 lit. a LDA ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°18, p. 7.

³⁵ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°18, p. 8.

³⁶ Art. 2 al. 1 LDA.

³⁷ Il est intéressant de noter que même des œuvres purement scientifiques pourraient être protégées par le droit d'auteur. Cette malhabile opposition entre littérature et art trouve alors peut-être un début d'explication, à savoir, une volonté d'inclure dans le droit d'auteur des écrits sans aucune vocation artistique.

³⁸ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1055, p. 184.

³⁹ BARRELET/EGLOFF, N°11 ad art. 2 LDA, p. 13.

⁴⁰ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1063, p. 185 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°21, p. 8.

⁴¹ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°20, p. 8 ; BARRELET/EGLOFF, N°13 ad art. 2 LDA, p. 14.

Tout le monde s'est déjà retrouvé à juger, subjectivement voire objectivement, une œuvre quelconque pour la qualifier de chef-d'œuvre, d'absolument banale ou encore de raté absolu. Pour encore complexifier sa qualification, l'œuvre sera classée selon les personnes dans une catégorie ou l'autre. Pour cette raison, la détermination du caractère individuel ne saurait se faire sur le plan du jugement purement artistique, des critères objectifs sont essentiels. C'est ainsi que « *le législateur a voulu empêcher que des juges aient à se prononcer sur la valeur culturelle de créations* »⁴². Cette individualité n'est donc pas examinée de manière identique pour chaque œuvre, c'est forcément au cas par cas que l'analyse se fera.

Avoir un caractère individuel c'est remplir deux exigences : être unique statistiquement et sortir de la banalité.

Pour mieux comprendre le premier critère, il faut imaginer donner la liberté à une personne de réaliser un type d'œuvre. On pourra ensuite comparer celle-ci à une ou plusieurs œuvres déjà existantes. Quelles seront alors les chances pour que la nouvelle œuvre ressemble à celles déjà existantes ? Si on considère que les nouvelles ressemblent aisément aux anciennes, alors il n'y aura pas vraiment de place à l'individualité, étant donné la forte probabilité de recréer des modèles similaires à ceux des œuvres existantes. C'est ainsi qu'on parle « *de l'unicité statistique* »^{43 44}.

Il faut finalement apprécier la banalité ou non d'une œuvre. À titre d'exemple, un arrêt du Tribunal fédéral⁴⁵ a estimé qu'un compendium suisse des médicaments pouvait certes être considéré comme statistiquement unique, mais son « *expression est banale* »⁴⁶. Cette exigence de non-banalité sera cependant plus facilement admise pour des œuvres telles que des livres ou encore des musiques. En revanche, s'agissant des photographies, la révision de 2019 (entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020) crée une situation particulière : elles sont protégées « *même si elles sont dépourvues de caractère individuel* »⁴⁷.

1.3. Droits moraux et droits patrimoniaux

Quand on parle des droits patrimoniaux et moraux, on évoque concrètement l'étendue du droit d'auteur, son contenu, ses droits exclusifs. La notion d'exclusivité permet justement de comprendre l'intérêt de bénéficier de droits d'auteur, à savoir être le véritable possesseur reconnu de l'œuvre. Une exclusivité qui permettra ensuite de tirer différentes sortes de bénéfices, aussi bien économiques qu'immatériels. En effet, lorsqu'une personne crée une œuvre, elle doit pouvoir en tirer profit (si son œuvre le permet), mais surtout avoir la liberté de décider du destin de sa création. Un auteur

⁴² BARRELET/EGLOFF, N°16 ad art. 2 LDA, p. 17.

⁴³ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1064, p. 185.

⁴⁴ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1065, p. 185 : « *L'œuvre est unique statistiquement si elle n'aurait pas pu être créée à l'identique par un autre auteur, de manière indépendante (en application de ce critère, des œuvres identiques créées parallèlement ne pourraient donc pas être protégées)* ».

⁴⁵ ATF 134 III 166, qui confirme un arrêt du Tribunal civil de Bâle-Ville du 20 janvier 2004.

⁴⁶ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1069, p. 186.

⁴⁷ Art. 2 al. 3^{bis} LDA.

pourra aussi bien protéger son œuvre de la manière la plus rigide ou au contraire permettre au plus grand nombre d'en profiter⁴⁸.

Il est important de rappeler que « *le droit d'auteur est un droit protégé par la garantie constitutionnelle de la propriété (art. 26 Cst.)* »⁴⁹. Ensuite, il faut souligner que ce droit « *comprend à la fois le droit moral et le droit patrimonial de l'auteur* »⁵⁰.

1.3.1. Les principaux droits moraux

Comme nous l'avons déjà vu, une œuvre reste la création d'un auteur, fruit de son imagination, de son talent créatif, voire artistique. Dans l'hypothèse où c'est une création originale, on ne peut pas dissocier l'activité créatrice de son auteur, c'est pourquoi il est nécessaire d'assurer la préservation des liens qui lient l'auteur et son œuvre⁵¹. Cela se fera à travers l'octroi de droits moraux, à savoir le droit à la paternité⁵², à la divulgation⁵³, et à l'intégrité⁵⁴.

1.3.1.1. Le droit de revendiquer la paternité

Le droit moral est incessible, « *il est indissociablement lié à la personne de l'auteur ou de ses héritiers* »⁵⁵. Cette liaison est fortement protégée par le droit à la paternité de l'art. 9 al. 1 LDA, car il permet plusieurs choses : demander à être désigné par son nom, ses initiales, ou même préférer le pseudonymat voire l'anonymat. Ce droit à être mentionné comme auteur est d'ailleurs souvent revendiqué par des créateurs de contenus sur YouTube ou Twitch, reprochant par exemple à des médias comme la télévision de ne pas citer leur nom (ou celui de leur chaîne) lorsque leur contenu y est diffusé⁵⁶. En effet, même dans le cadre de la citation (art. 25 al. 2 LDA), lorsque la source contient la désignation de l'auteur, il est nécessaire de mentionner l'auteur.

1.3.1.2. Le droit de divulguer

Ce droit de l'art. 9 al. 2 et 3 LDA permet à l'auteur de décider si son œuvre sera divulguée ou non, et si c'est le cas, quand et comment. Il peut faire le libre choix de la garder secrète, « *au plus profond d'un tiroir* »⁵⁷, ou au contraire, vouloir la diffuser au plus grand nombre. Il y a cependant certaines conditions à remplir pour qu'une œuvre

⁴⁸ Comme à travers des licences Creative Common, qui permettent de diffuser et « *de proposer une solution alternative légale aux personnes souhaitant libérer leurs œuvres des droits de propriété intellectuelle standard de leurs pays, jugés trop restrictifs* » ; https://fr.wikipedia.org/wiki/Creative_Common (consulté le 23.10.2021).

⁴⁹ DESSEMONTET, Propriété intellectuelle, N°102, p. 71.

⁵⁰ DESSEMONTET, Propriété intellectuelle, N°101, p. 70.

⁵¹ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1177, p. 203.

⁵² Art. 9 al. 1 LDA.

⁵³ Art. 9 al. 2 et 3 LDA.

⁵⁴ Art. 11 LDA.

⁵⁵ BARRELET/EGLOFF, N°7 ad art. 9 LDA, p. 52.

⁵⁶ D'abord, ce reproche pourrait aussi être fait à certains créateurs de contenus. Ensuite, il faut comprendre que ces deux médias (YouTube/Twitch et la télévision) sont souvent mis en opposition. Cette rivalité est alimentée par des polémiques assez régulières, notamment celle du 13.11.17 ayant opposé Lucas Hauchard (Squeezie) (16,3 millions d'abonnés au 01.11.21 sur YouTube) et le présentateur français Thierry Ardisson ; https://www.youtube.com/watch?v=QmpWE_SODZA (consulté le 23.10.2021).

⁵⁷ BARRELET/EGLOFF, N°19 ad art. 9 LDA, p. 56.

soit considérée comme divulguée. Selon l'art. 9 al. 3 LDA, il faut qu'elle soit « *rendue accessible pour la première fois, par l'auteur ou avec son consentement* », et ceci « *à un grand nombre de personnes* ». Cette dernière condition reste évidemment à évaluer au cas par cas. Le critère déterminant sera de savoir si l'auteur a le contrôle sur ce cercle de personnes⁵⁸, auquel cas la deuxième condition ne sera pas remplie. Précisons que le support ou la forme de divulgation importe peu, tout comme le nombre de personnes qui accèdent effectivement à l'œuvre⁵⁹.

1.3.1.3. Le droit à l'intégrité

D'après l'art. 11 LDA, l'auteur pourra jouir de ce droit en décidant si, à quel moment et comment il autorise la modification de son œuvre ou son intégration dans une œuvre dérivée. En revanche, donner une telle autorisation ne prive pas l'auteur de son droit au respect de sa création originale et, par extension, de son droit de la personnalité. Il est en effet important que la modification ou l'intégration dans une autre œuvre n'altère pas un éventuel message véhiculé par l'auteur. CHERPILLOD résume ce droit en distinguant trois cas de figure :

- l'auteur ne donne aucune autorisation de reproduction, alors tout acte sera considéré comme illicite ;
- l'auteur autorise la reproduction, mais pas la modification, alors toute modification sera illicite (sauf petits changements mineurs) ;
- l'auteur autorise que l'on reproduise son œuvre sous une forme modifiée. Dans ce cas, seront considérés comme illicites uniquement les actes portant atteinte à la personnalité de l'auteur. D'après CHERPILLOD, c'est ici que le droit à l'intégrité d'une œuvre s'exprime pleinement, puisqu'une opposition reste possible malgré l'autorisation de modification⁶⁰.

Il existe cependant une exception qui permet d'utiliser librement une œuvre sans porter atteinte à ce droit à l'intégrité, qui est le droit à la parodie ou à l'imitation analogue (comme la caricature). « *Cette exception est fondée sur la liberté d'expression et elle concerne les reprises d'œuvres existantes à des fins humoristiques* »⁶¹.

1.3.2. Les principaux droits patrimoniaux

La simple assurance d'avoir son lien personnel avec l'œuvre protégé par la loi ne saurait être suffisante, il est également nécessaire de garantir la possibilité d'éventuellement tirer un revenu de ses créations. En couplant ainsi les droits moraux et patrimoniaux, l'auteur sera seul maître du destin de son œuvre. Il pourra alors exploiter pleinement le potentiel économique de son œuvre, ou renoncer à toute contrepartie. Les droits patrimoniaux que nous examinerons sont le droit de reproduction⁶² et de mise en circulation⁶³, le droit de communication⁶⁴ et de diffusion⁶⁵,

⁵⁸ BARRELET/EGLOFF, N°23 ad art. 9 LDA, p. 58.

⁵⁹ DESSEMONTET, Propriété intellectuelle, N°109, p. 74 ; « *[L]e public ne doit pas obligatoirement prendre connaissance de l'œuvre ; il suffit que la possibilité en soit donnée* » ; <https://ccdigitallaw.ch/index.php/french/copyright/4/41/411-droit-de-divulgation> (consulté le 18.04.2022).

⁶⁰ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1185 à 1187, p. 204.

⁶¹ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°85, p. 35.

⁶² Art. 10 al. 2 lit. a LDA.

⁶³ Art. 10 al. 2 lit. b LDA.

⁶⁴ Art. 10 al. 2 lit. c LDA.

⁶⁵ Art. 10 al. 2 lit. d LDA.

de même que le droit de retransmission⁶⁶ et de faire voir ou entendre⁶⁷. Cette « *longue liste de possibles utilisations (...) est exemplative* » afin de tenir « *compte du caractère imprévisible de l'évolution technique* »⁶⁸.

1.3.2.1. Le droit de reproduction et de mise en circulation

D'après l'art. 10 al. 2 lit. a LDA, l'auteur a le monopole sur la confection de son œuvre, c'est-à-dire le droit de la reproduire et ce, de quelque manière que ce soit et sur tout type de support (physique ou numérique). Il est également question de reproduction lorsqu'un auteur téléverse (ou « *upload* ») ou télécharge (ou « *download* ») une œuvre sur internet. Ainsi, téléverser une œuvre telle qu'un film sur YouTube viole le droit de reproduction de l'auteur d'origine. À l'ère du numérique, toute sorte de reproductions sont imaginables, notamment sur téléphone mobile. Dans une affaire du TGI de Paris par exemple⁶⁹, il avait été question de violer le droit de reproduction⁷⁰ de l'artiste MC Solaar, car une société proposait de télécharger sous forme de sonneries numérisées un extrait de ses œuvres⁷¹.

Le droit de mise en circulation (ou de distribution) de l'art. 10 al. 2 lit. b LDA permet à l'auteur de déterminer la manière dont la reproduction sera distribuée au public. Ensuite, une fois mise en circulation une première fois par l'auteur, ou avec son consentement, le principe d'épuisement de l'art. 12 LDA s'applique. Il signifie que si un auteur a déjà aliéné une première fois un exemplaire de son œuvre (par ex. en le vendant), le nouvel acquéreur pourra librement le vendre, sans que le consentement de l'auteur soit nécessaire. Le droit de mise en circulation de l'auteur sera épuisé. Il est finalement important de préciser que cette mise en circulation ne concerne que les distributions faites sur support physique (par ex. sur CD-ROM), celles faites sur internet ne tombent pas sous le coup de ce droit, mais relèvent de l'art. 10 al. 2 lit. c LDA⁷².

1.3.2.2. Le droit de communication et le droit de diffusion

L'art. 10 al. 2 lit. c LDA octroi un droit exclusif de communication à l'auteur. Il peut tout d'abord rendre son œuvre publiquement accessible (par ex. jouer une pièce de théâtre, un concert). Ensuite, il peut également rendre son œuvre « *perceptible à la demande de l'utilisateur, en particulier via internet* »⁷³. On parle ici d'exploitation interactive, c'est-à-dire d'utilisation à la demande⁷⁴, qui met en jeu le droit dit « *de mise à disposition* ». Il en ressort qu'un créateur de contenu sur YouTube ou Twitch jouira de ce droit de mise à disposition pour placer sa vidéo sur ces plateformes. Cette publication sera d'ailleurs également une utilisation de son droit de reproduction, étant donné l'enregistrement de sa vidéo sur un serveur.

⁶⁶ Art. 10 al. 2 lit. e LDA.

⁶⁷ Art. 10 al. 2 lit. f LDA.

⁶⁸ BARRELET/EGLOFF, N°3 ad art. 10 LDA, p. 61.

⁶⁹ Tribunal de grande instance, Paris, 3^e cha. 2^e sect., 7 novembre 2003, Claude M'B (MC Solaar) et autres c. Société média consulting, 123 multimédia et la SACEM.

⁷⁰ Les art. L-122-1ss du Code de la propriété intellectuelle français interdisent comme en droit suisse la violation du droit de reproduction de l'auteur.

⁷¹ GILLIÉRON, Propriété intellectuelle, N°353, p. 268.

⁷² CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1135, p. 197.

⁷³ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1146, p. 198.

⁷⁴ *Ibidem*.

Le droit de diffusion de l'art. 10 al. 2 lit. d LDA donne à l'auteur le droit exclusif de diffuser son œuvre par la radio, la télévision ou des moyens analogues. Par opposition à l'utilisation interactive vue précédemment, il s'agit ici d'une consommation linéaire de la part du public, « *il ne peut qu'écouter ou visionner ce qui se passe à ce moment* »⁷⁵. Quand il est question de vidéo à la demande et d'internet, et qu'on retrouve cet aspect interactif, on appliquera plutôt l'art. 10 al. 2 lit. c LDA. En revanche, tout ce qui est sur internet n'est pas forcément interactif. En effet, avec le simulcasting, le programme est proposé simultanément à tous les utilisateurs, à l'instar de la radio et la télévision, ce qui impliquera toujours l'application du droit de diffusion⁷⁶.

1.3.2.3. Le droit de retransmission et le droit de faire voir ou entendre

L'art. 10 al. 2 lit. e LDA donne le droit à l'auteur de retransmettre une œuvre diffusée, notamment par des câblodistributeurs ou des opérateurs de services de télécommunication⁷⁷. Il s'agit donc d'une nouvelle transmission, permettant ainsi de communiquer des programmes à un public plus large, comme à des abonnés sur internet par exemple⁷⁸. En réalité, même si la retransmission ne bénéficie qu'à un petit nombre de personnes⁷⁹, il s'agit surtout d'un mode de diffusion qui reprend un programme déjà diffusé en premier lieu. Donc si le diffuseur d'origine utilise simplement internet comme moyen supplémentaire de diffusion, ce ne sera pas un cas de retransmission, mais toujours de diffusion. Tandis que si c'est Zattoo (service de télévision numérique), alors ce sera bien une retransmission.

Le droit de réception publique⁸⁰ de l'art. 10 al. 2 lit. f LDA octroie à l'auteur un droit exclusif de faire voir ou entendre ses œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises. On parle en particulier des œuvres diffusées puis rendues accessibles dans des lieux publics comme des hôtels, bars, magasins, ou encore utilisées en public sur de grands écrans⁸¹. En pratique, quand un commerçant permet à ses clients de suivre un programme sur un poste de télévision, il devra obtenir une autorisation, il ne s'agit plus d'une consommation purement privée⁸².

1.4. Droits voisins

Les droits voisins sont différents des droits d'auteur, car ils ne protègent pas les œuvres elles-mêmes, mais les prestations servant à les exécuter⁸³. La protection porte sur le travail artistique et l'investissement⁸⁴ des artistes-interprètes⁸⁵, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes⁸⁶ et des organismes de diffusion⁸⁷.

⁷⁵ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1154, p. 200.

⁷⁶ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°74, p. 31.

⁷⁷ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1158, p. 201.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ BARRELET/EGLOFF, N°41 ad art. 10 LDA, p. 73.

⁸⁰ Par opposition à une réception privée, qui elle est parfaitement libre et autorisée.

⁸¹ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1162, p. 201.

⁸² BARRELET/EGLOFF, N°45 ad art. 10 LDA, p. 75.

⁸³ DESSEMONTET, Droit d'auteur, N°511, p. 376.

⁸⁴ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1295, p. 222.

⁸⁵ Art. 33 LDA.

⁸⁶ Art. 36 LDA.

⁸⁷ Art. 37 LDA.

L'artiste-interprète se définit comme la personne physique qui exécute une œuvre ou qui participe artistiquement à son exécution, comme un musicien ou un chef d'orchestre⁸⁸.

Le producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes est la première personne qui fixe l'exécution ou une autre suite de sons ou d'images sur un support⁸⁹.

Enfin, l'organisme de diffusion est la personne physique ou morale responsable du contenu d'un programme de radio ou de télévision⁹⁰.

Leurs droits sont énumérés de manière exhaustive⁹¹ et sont similaires à ceux de l'art. 10 LDA, notamment avec un droit de reproduction et de mise à disposition. Cette proximité s'exprime aussi à l'art. 38 LDA qui applique par analogie des dispositions du droit d'auteur⁹².

Rappelons que les droits de reproduction et de mise à disposition sont aussi mis en jeu sur internet, en cas de reproduction sur un serveur pour une consultation à la demande⁹³.

1.5. Les exceptions au droit d'auteur

En principe, l'auteur est maître de son œuvre, mais la loi limite cette exclusivité, permettant à des tiers d'utiliser une œuvre protégée sans le consentement de l'auteur. Ces restrictions sont nécessaires, car en pratique, il serait impossible d'exiger ce consentement pour chaque utilisation.

Il existe une importante liste d'exceptions, comme l'utilisation à des fins privées⁹⁴, la citation⁹⁵, la création de parodies⁹⁶ ou les comptes rendus d'actualité⁹⁷. Ces exceptions constituent des licences légales⁹⁸, assorties parfois de conditions, comme une rémunération ou une utilisation dans un lieu précis. On parle alors d'exceptions aux exceptions.

Nous n'étudierons pas toutes les restrictions légales, mais deux, pouvant être utiles pour un média comme YouTube.

1.5.1. L'usage privé

Une exception importante est l'usage privé des art. 19 et 20 LDA. Cette disposition prévoit trois cas de figure : l'usage strictement personnel, l'usage scolaire et l'usage au lieu de travail, avec une autorisation légale différente à chaque fois⁹⁹. L'autorisation

⁸⁸ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1298, p. 223.

⁸⁹ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°245, p. 93.

⁹⁰ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°247, p. 93.

⁹¹ Contrairement aux droits des auteurs, qui jouissent d'une liste de prérogatives non exhaustive ; METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, N°24 ad art. 33 LDA, p. 335.

⁹² METTRAUX KAUTHEN, CR-PI, N°6 Intro. art. 33-39 LDA, pp. 323-324.

⁹³ SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, p. 32-34.

⁹⁴ Art. 19 LDA.

⁹⁵ Art. 25 LDA.

⁹⁶ Art. 11 al. 3 LDA.

⁹⁷ Art. 28 LDA.

⁹⁸ A l'exception de la licence obligatoire de l'art. 23 LDA pour la confection de phonogrammes.

⁹⁹ BARRELET/EGLOFF, N°6 ad art. 19 LDA, p. 139.

est la plus large pour l'usage strictement personnel, plus restreinte pour l'usage scolaire et encore plus restreinte pour l'usage au travail¹⁰⁰.

Le premier usage est compris au sens strict¹⁰¹, et permet toute utilisation d'une œuvre divulguée à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, comme des parents ou amis¹⁰². « *Chacun peut pour soi chanter, jouer, réciter les œuvres d'autrui, les copier, les enregistrer, les adapter, les traduire, les retransmettre d'un étage à l'autre de sa maison ou dans son jardin* »¹⁰³, sans demander d'autorisation à l'auteur. Un créateur de contenu sur internet ne jouira pas de cette exception du fait qu'il réalise un usage limité à sa communauté. On peut se demander si ce même créateur viole le droit d'auteur en partageant des contenus protégés auprès d'un cercle plus restreint, comme sur son réseau privé Discord¹⁰⁴ ou avec ses membres soutiens YouTube¹⁰⁵. Même s'il s'agit d'un cadre plus confidentiel, il est en théorie simple d'en faire partie. Que cela se fasse gratuitement ou en échange d'un abonnement payant, ce cercle privé peut devenir très large, il n'est alors plus question de « *personnes étroitement liées* ». Ainsi, ces créateurs de contenus ne devraient pas bénéficier de cette exception. À l'inverse, si le créateur sélectionne précisément ses membres, on pourrait être dans un cas d'usage privé. Il faut nécessairement procéder à une analyse au cas par cas.

L'usage scolaire est compris comme un usage privé au sens large¹⁰⁶. Un maître et ses élèves peuvent utiliser, à des fins pédagogiques, une œuvre protégée sans demander d'autorisation aux auteurs¹⁰⁷. Il en va de même pour les reproductions effectuées dans le monde du travail à des fins d'information interne ou de documentation¹⁰⁸.

Si l'usage privé au sens strict est autorisé sans limites particulières¹⁰⁹, l'usage privé large est soumis aux conditions de l'art. 19 al. 3 LDA¹¹⁰.

Finalement, l'usage privé au sens strict est autorisé gratuitement, alors que l'usage privé large est soumis à une obligation de rémunération¹¹¹.

1.5.2. Le droit de citation

Le droit de citation de l'art. 25 LDA règle l'opposition entre le droit fondamental de communication de l'utilisateur et de propriété de l'auteur¹¹². « *Les citations tirées*

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ BARRELET/EGLOFF, N°11 ad art. 19 LDA, p. 141.

¹⁰² Art. 19 al. 1 lit. a LDA.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Discord est un logiciel, disponible sur ordinateur et téléphone, pensé d'abord comme un moyen de communication, oral et écrit, entre joueurs d'un même jeu vidéo. Il s'est progressivement transformé en réseau social, permettant de communiquer librement au moyen de groupes privés, appelés « *serveurs* » ; <https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/qu-est-ce-que-discord-l-application-la-plus-telechargee-en-france-depuis-le-confinement-20200319> (consulté le 19.11.2021).

¹⁰⁵ Une chaîne YouTube peut proposer à ses abonnés de le soutenir financièrement en souscrivant à un abonnement mensuel. En échange, les membres soutiens accèdent à des avantages exclusifs, comme un serveur Discord, faisant d'eux des membres d'une sorte de club privé ; <https://www.ionos.fr/digitalguide/web-marketing/vendre-sur-internet/youtube-souscription/> (consulté le 19.11.2021).

¹⁰⁶ BARRELET/EGLOFF, N°6 ad art. 19 LDA, p. 139.

¹⁰⁷ Art. 19 al. 1 lit. b LDA.

¹⁰⁸ Art. 19 al. 1 lit. c LDA.

¹⁰⁹ SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, p. 11.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² BARRELET/EGLOFF, N°1 ad art. 25 LDA, p. 210 ; ATF 131 III 480 consid. 3.1.

d'œuvres divulguées sont licites dans la mesure où elles servent de commentaire, de référence ou de démonstration et pour autant que leur emploi en justifie l'étendue. La citation doit être indiquée ; la source et, pour autant qu'il y soit désigné, l'auteur, doivent être mentionnés »¹¹³. Un vidéaste peut donc faire une critique vidéo, sur un film ou une musique, accompagné d'extraits, à condition d'en citer la source et l'auteur. En revanche, « *l'ampleur de la citation ne saurait aller au-delà de ce que justifie le but poursuivi* »¹¹⁴. Si la brièveté de la citation n'est pas une condition, le vidéaste en question ne pourra pas reprendre la quasi-totalité de l'œuvre. Lorsque Durendal¹¹⁵, spécialisé dans la critique de films sur YouTube, donne son avis sur une œuvre, il peut montrer des extraits de films disponibles sur internet. Dans une vidéo¹¹⁶ portant sur le film « *Les Éternels* », son analyse de personnages est illustrée par des extraits disponibles sur la chaîne YouTube officielle de Marvel¹¹⁷. Le vidéaste ne fait pas de « *citation seule, tombante en quelque sorte du ciel, sans lien avec une autre œuvre* »¹¹⁸. En abordant l'esthétique du film, il cite des extraits afin d'expliquer des choix de lumière de la réalisatrice qui rendent les effets spéciaux plus réalistes. En l'espèce, l'art. 25 al. 1 LDA est respecté, il s'agit de commentaire et de démonstration, mais ce n'est pas le cas de l'al. 2, qui exige la mention des sources. Sous l'angle du droit suisse, cette vidéo ne bénéficiera pas de l'exception de citation.

¹¹³ Art. 25 LDA.

¹¹⁴ BARRELET/EGLOFF, N°7 ad art. 25 LDA, p. 212.

¹¹⁵ <https://www.youtube.com/user/Durendal1> (consulté le 23.11.2021).

¹¹⁶ https://www.youtube.com/watch?v=d_WoXuab3QA (consulté le 23.11.2021).

¹¹⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=nHcubNwuKFA> (consulté le 23.11.2021).

¹¹⁸ BARRELET/EGLOFF, N°4 ad art. 25 LDA, p. 211.

2. Plateformes participatives et mesures de protection des droits d'auteur

Il existe différents acteurs sur internet, sans « aucune classification officielle »¹¹⁹. Certains sont compris dans plusieurs catégories en même temps, d'autres évoluent, voire appellent une nouvelle classification. Par exemple, une plateforme participative comme YouTube est un fournisseur d'hébergement, qui est une catégorie de fournisseur de services¹²⁰. Depuis quelques années, elle s'approche aussi d'un véritable réseau social, tout en remplissant le rôle de fournisseur de contenu. Nous établirons ici une liste succincte de ces acteurs. Ensuite, nous tenterons de définir une plateforme participative, puis nous nous intéresserons à YouTube.

2.1. Les acteurs d'internet

2.1.1. L'utilisateur

En premier lieu, il y a les utilisateurs d'internet (users), qui se définissent « comme l'ensemble des personnes qui bénéficient des services d'internet en consultant des sites web ou en téléchargeant du contenu »¹²¹. Il suffit par exemple de lire un article en ligne ou de consulter une vidéo sur YouTube pour être utilisateur. Nous pouvons également parler de consommateur ou d'internaute.

2.1.2. Le fournisseur d'accès

Ces utilisations dépendent d'un autre acteur, le fournisseur d'accès à internet (access provider). Celui-ci assure uniquement la connexion de ses abonnés à internet¹²², il ne contrôle pas le contenu consulté ou mis en ligne¹²³. Il existe des cas où ces fournisseurs ont une certaine maîtrise, mais elle se limite à des contenus spécifiques, comme les contenus pédopornographiques hébergés à l'étranger¹²⁴, qu'ils peuvent évidemment bloquer.

2.1.3. Le fournisseur de contenu

Il existe ensuite les fournisseurs de contenu¹²⁵ (content providers), qui proposent leurs propres contenus ou ceux d'autrui¹²⁶. La notion de contenu est comprise au sens large, car il peut s'agir aussi bien d'images, de textes ou encore de vidéos¹²⁷.

Sur internet, il est désormais facile de basculer d'un statut à l'autre. En effet, « l'utilisateur d'un réseau social sera à la fois un fournisseur de contenu (pour ce qu'il

¹¹⁹ FRANCEY JULIEN, N°8, p. 3.

¹²⁰ L'art. 39d al. 1 LDA, en donnant la définition d'un fournisseur d'hébergement, simplifie les questions de dénomination en utilisant l'expression de « fournisseur d'un service d'hébergement Internet ».

¹²¹ FRANCEY JULIEN, N°9, p. 3.

¹²² MÉTILLE SYLVAIN, p. 18.

¹²³ FRANCEY JULIEN, N°49, p. 20.

¹²⁴ MÉTILLE SYLVAIN, p. 18.

¹²⁵ Dans ce travail nous avons déjà employé l'expression « créateur de contenu », elle est ici synonyme de « fournisseur de contenu ».

¹²⁶ Rapport CF Responsabilité 2015, p. 19.

¹²⁷ ANTREASYAN SEVAN, N°44, p. 16.

publie) et un consommateur (pour la lecture du contenu de tiers) »¹²⁸. La popularisation de plateformes comme YouTube ou de réseaux comme Twitter a considérablement multiplié le nombre de fournisseurs de contenu, tant il est facile d'en proposer. Cette notion de contenu fait d'ailleurs écho à la définition de l'œuvre au sens du droit d'auteur¹²⁹.

2.1.4. Le fournisseur d'hébergement

Le fournisseur d'hébergement¹³⁰ (hosting provider) est un autre acteur majeur. D'une part, il est certainement le deuxième acteur le plus important en nombre. D'autre part, il permet au fournisseur de contenu de s'exprimer. Le fournisseur d'hébergement est une notion large, qui englobe celle de plateforme participative¹³¹.

Concrètement, l'hébergeur « met un espace de stockage et un service de gestion de données à disposition du fournisseur de contenu »¹³². En proposant des prestations différentes, il peut être seulement hébergeur, ou hébergeur et fournisseur de contenu. OverBlog¹³³ par exemple permet uniquement de créer et gérer un blog¹³⁴. Alors que YouTube propose non seulement de créer et gérer une chaîne YouTube, mais offre aussi, depuis 2016, ses propres contenus vidéo¹³⁵.

Il existe enfin un élément qui rend la qualification de fournisseur d'hébergement encore plus complexe. En effet, la doctrine considère qu'elle s'étend jusqu'aux auteurs de forums de discussions, voire aux utilisateurs de réseaux sociaux¹³⁶.

Finalement, on peut rajouter le fournisseur de réseau^{137 138} (network provider), mais nous estimons qu'il n'est pas pertinent de l'étudier dans notre travail.

2.2. Les plateformes participatives

Une plateforme participative peut se comprendre de différentes façons. Par exemple, si l'on effectue une recherche Google avec l'expression « plateforme participative », il en résulte des notions comme « financement participatif » ou « crowdfunding »¹³⁹. Dans notre travail, nous étudierons la plateforme participative sous l'angle du droit d'auteur, en tant que fournisseur d'hébergement (ou fournisseur d'hébergement de contenu). En réalité, les différentes notions sont souvent interchangeables, car elles englobent peu ou prou les mêmes caractéristiques. Des sites internet qui proposent des services foncièrement différents sont des plateformes participatives, comme

¹²⁸ MÉTILLE SYLVAIN, p. 20-21.

¹²⁹ ANTREASYAN SEVAN, N°45, p. 16 ; Selon l'auteur, il ne s'agit en revanche pas d'y faire un renvoi, car la notion de contenu est comprise beaucoup plus largement.

¹³⁰ Selon FRANCEY, le fournisseur d'hébergement est une sous-catégorie de fournisseur de services.

¹³¹ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 5.

¹³² SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, p. 18.

¹³³ <https://www.over-blog.com> (consulté le 01.12.2021).

¹³⁴ <https://fr.wikipedia.org/wiki/OverBlog> (consulté le 01.12.2021).

¹³⁵ Dans son offre payante YouTube Premium (anciennement YouTube Red), la plateforme permet d'accéder à des vidéos exclusives, produites par YouTube, en collaboration avec ses créateurs de contenus ; https://en.wikipedia.org/wiki/YouTube_Premium (consulté le 01.12.2021).

¹³⁶ Voir FRANCEY JULIEN, N°30-32, pp. 12-13.

¹³⁷ Rapport CF Responsabilité 2015, p. 18.

¹³⁸ Selon FRANCEY, le fournisseur de réseaux est une autre sous-catégorie de fournisseur de services.

¹³⁹ On retrouve des sites comme Ulule, Kisskissbankbank, ou des classement des meilleures sites de « crowdfunding » ; <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=plateforme+participative> (consulté le 08.12.2021).

YouTube (partage de vidéos), Twitter (réseau social), ou encore Ulule (financement participatif). On n'utilise pas ces sites pour les mêmes raisons, mais ils restent accessibles à tous, permettent de partager du contenu, et sont alimentés par leurs utilisateurs.

Ce n'est pas sans raison que l'expression renvoie sur Google à des sites de crowdfunding. L'aspect participatif fait écho à ce genre de services, composés de sites internet qui regroupent des projets, où chacun peut participer (ici financièrement). D'autres imagineront éventuellement des services plus communautaires, qui proposent de faire le lien entre particuliers, comme Airbnb¹⁴⁰ ou Uber¹⁴¹. On parle d'ailleurs de « *plateforme communautaire* », qui « *se situe à la croisée entre le réseau social et la plateforme de diffusion de contenus* »¹⁴².

Si l'on distingue et définit chaque élément individuellement, nous pouvons en déduire une notion relativement simple, à savoir, la proposition d'un espace de stockage public. Une plateforme d'abord, dans son sens informatique, est un « *ensemble d'outils (logiciels, matériels, systèmes d'exploitation, etc.) destinés au stockage et au partage de contenus visuels (audio, vidéo ou autres)* »¹⁴³. Ensuite, l'aspect participatif « *implique une participation active des protagonistes dans une action, une activité* »¹⁴⁴. Dans le cadre de notre travail, une plateforme participative peut alors se définir comme un espace de stockage, sur internet, ayant pour source d'alimentation principale ses utilisateurs. Ces derniers peuvent proposer différents types de contenus (vidéos, audios, textes, etc.). À ce propos, l'art. 39d LDA apporte définition claire en parlant de « *fournisseur d'un service d'hébergement Internet qui sauvegarde les informations saisies par les usagers* ».

2.3. YouTube

Le site de partage de vidéos le plus populaire au monde¹⁴⁵ a connu plusieurs évolutions depuis sa création, en 2005. Aujourd'hui, il est loin d'être un simple fournisseur d'hébergement. Une telle popularité et facilité d'usage entraîne des violations de droits d'auteur quotidiennes. C'est pourquoi le géant américain s'est doté de plusieurs outils de protection de droits d'auteur. Cependant, ces mesures se heurtent à des limites, aussi bien légales que pratiques.

2.3.1. Hébergeur, fournisseur de contenu et réseau social

« *YouTube est un site web d'hébergement de vidéo et un média social sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder, commenter, évaluer et partager des*

¹⁴⁰ « *Airbnb est un service de plateforme communautaire payant de location de logements de particuliers* » ; <https://fr.wikipedia.org/wiki/Airbnb> (consulté le 08.12.2021).

¹⁴¹ « *Uber, anciennement UberCab, est une entreprise technologique américaine qui développe et exploite des applications mobiles de mise en contact d'utilisateurs avec des conducteurs réalisant des services de transport* » ; <https://fr.wikipedia.org/wiki/Uber> (consulté le 08.12.2021).

¹⁴² https://fr.wikipedia.org/wiki/Plateforme_communautaire (consulté le 08.12.2021).

¹⁴³ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/plate-forme/61532> (consulté le 01.12.2021).

¹⁴⁴ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/participatif/58371> (consulté le 01.12.2021).

¹⁴⁵ Selon le site [statista.com](https://www.statista.com), YouTube est le deuxième site internet le plus visité au monde. Rien qu'en juin 2021, il comptabilise près de 23 milliards de visites ; <https://www.statista.com/statistics/1201880/most-visited-websites-worldwide/> (consulté le 09.12.2021).

vidéos »¹⁴⁶. Il est aussi un fournisseur de contenu. En réalité, son rôle de fournisseur d'hébergement en fait aussi un réseau social.

Concernant sa qualité d'hébergeur, elle se matérialise par la fonction première de YouTube, à savoir, permettre à chacun de partager des vidéos. Rachetée par Google en 2006¹⁴⁷, la plateforme jouit d'un impressionnant réseau de serveurs que possède sa société mère. Selon les estimations de Gartner¹⁴⁸, datant de 2016, Google posséderait près de 2,5 millions de serveurs¹⁴⁹. En principe, les hébergeurs « *ont le contrôle du contenu publié, car celui-ci est hébergé sur des serveurs dont ils ont la maîtrise. En revanche, ils ne participent pas à la création du contenu uploadé ; ils permettent uniquement sa mise en ligne de manière automatique* »¹⁵⁰. C'est ce statut passif qui permet à YouTube d'endosser ce rôle¹⁵¹. Cependant, la plateforme en assume également d'autres.

En effet, celle-ci est aussi un fournisseur de contenu. D'une part, le site possède plusieurs chaînes YouTube. Elles peuvent être dédiées à l'assistance (YouTube Assistance¹⁵²), aux guides pour créateurs (YouTube Creators¹⁵³), ou être généralistes (YouTube¹⁵⁴). D'autre part, il produit ses propres films et séries, dans le cadre de son offre payante « *YouTube Premium* », et ses contenus exclusifs « *YouTube Originals* ». La stratégie de publication peut être différente d'un programme à l'autre. La série « *Retro Tech* » par exemple est diffusée sur la chaîne personnelle de Marques Brownlee¹⁵⁵, alors que « *Dear Earth* » est publié sur la chaîne « *YouTube Originals* »¹⁵⁶.

Enfin, YouTube est aussi un réseau social. Cela nous aide à mieux comprendre l'aspect participatif de la plateforme. À l'image de Twitter ou Facebook, YouTube permet d'interagir par un bouton « *j'aime* » (« *like* » ou « *pouce en l'air* ») ou « *je n'aime pas* » (« *dislike* » ou « *pouce vers le bas* »)¹⁵⁷, la possibilité de commenter, de réaliser des sondages, mais encore des vidéos en direct (« *live* »). Depuis 2016, c'est l'ajout de l'onglet « *Communauté* » qui en fait un véritable équivalent aux réseaux sociaux existants. Cette fonctionnalité permet d'interagir avec des abonnés par des publications écrites ou en images¹⁵⁸. Même si l'accès y est relativement limité¹⁵⁹, il

¹⁴⁶ <https://fr.wikipedia.org/wiki/YouTube> (consulté le 09.12.2021).

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Gartner Inc. est une entreprise américaine de conseil et de recherche dans le domaine des techniques avancées, qui tient notamment à jour différentes statistiques ; <https://fr.wikipedia.org/wiki/Gartner> (consulté le 10.12.2021).

¹⁴⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/Google_data_centers (consulté le 10.12.2021).

¹⁵⁰ FRANCEY JULIEN, N°25, p. 10.

¹⁵¹ FRANCEY JULIEN, pp. 13ss.

¹⁵² <https://www.youtube.com/user/YouTubeHelp> (consulté le 13.12.2021).

¹⁵³ <https://www.youtube.com/user/creatoracademy> (consulté le 13.12.2021).

¹⁵⁴ <https://www.youtube.com/user/YouTube> (consulté le 13.12.2021).

¹⁵⁵ https://www.youtube.com/playlist?list=PLBsP89CPrMeNIuvr9j3_EQaMwaNJ6rhuQ (consulté le 09.12.2021).

¹⁵⁶ <https://www.youtube.com/playlist?list=PLjq6DwYksrzyHa9RtflCUniCMTFG4twFD> (consulté le 09.12.2021).

¹⁵⁷ Contrairement à Twitter ou Facebook, YouTube permet de s'exprimer par un bouton « *dislike* ». Mais très récemment, la plateforme a décidé de rendre visible le taux de « *dislike* » d'une vidéo uniquement pour le vidéaste. L'objectif est, notamment, de décourager le « *dislike* » organisé de masse ; <https://blog.youtube/news-and-events/update-to-youtube/> (consulté le 14.12.2021).

¹⁵⁸ <https://support.google.com/youtube/answer/9409631?hl=fr> (consulté le 14.12.2021).

¹⁵⁹ *Ibidem* ; Il faut avoir au minimum 500 abonnés.

permet de simplifier les publications, sans la contrainte d'un tournage vidéo. Cette instantanéité de partage s'illustre davantage depuis 2018 avec les « *Stories* »¹⁶⁰, en concurrence directe avec Instagram et Snapchat. L'introduction depuis 2020 des « *Shorts* »¹⁶¹, en concurrence avec TikTok, en est la plus récente illustration.

2.3.2. Les outils de protection

Il existe plusieurs méthodes pour protéger les ayants droit sur YouTube. De nouveaux outils émergent afin de tenir compte du contenu toujours plus massif, posté quotidiennement sur la plateforme. Il faut reconnaître au géant américain une communication claire et didactique de ses outils, aussi bien pour les consommateurs que les créateurs de contenus. En effet, une multitude de pages internet expliquent les enjeux des droits d'auteur, et les conséquences de leurs violations. Toutes ces informations sont regroupées sur un site internet de support sobrement intitulé « *Aide YouTube* »¹⁶². Certaines pages sont accompagnées de vidéos explicatives, sous forme de tutoriels, comme celle concernant la remise en ligne de vidéos supprimées¹⁶³.

2.3.2.1. Demande par formulaire de l'ayant droit

Le formulaire web de demande de retrait pour atteinte aux droits d'auteur est l'option par défaut pour les ayants droit. Il est accessible très simplement, puisqu'il suffit d'avoir un compte YouTube¹⁶⁴.

Trois conditions se dégagent pour faire cette demande : la titularité des droits d'auteur, l'absence d'autorisation de publication, et l'absence d'exceptions au droit d'auteur.

Premièrement, cette demande doit être faite par le titulaire des droits d'auteurs sur une œuvre (ou son agent). En pratique, le formulaire¹⁶⁵ demande simplement les coordonnées du demandeur (partie concernée, relation avec le contenu protégé, nom du titulaire des droits, etc.). Afin d'éviter tout abus, la demande est conditionnée à l'acceptation de « *legal agreements* », contrats où le demandeur certifie sa titularité. Si ce n'est pas le cas, YouTube est habilité à fermer la chaîne du demandeur abusif. Dans l'hypothèse où une vidéo est supprimée, elle affichera le nom du titulaire des droits en lieu et place du contenu.

Ensuite, il faut que le titulaire n'ait pas donné son autorisation à la publication de son œuvre. Cette condition ne soulève pas de difficulté particulière, mais nous pouvons préciser un élément important : il n'est pas impossible que la demande soit faite par erreur, avec un contenu signalé à tort. Le titulaire et le créateur de contenu peuvent également s'entendre *a posteriori* pour une autorisation. C'est pourquoi une

¹⁶⁰ <https://support.google.com/youtube/answer/7568166?hl=fr#zippy=%2Coù-saffichent-les-stories> (consulté le 14.12.2021).

¹⁶¹ <https://support.google.com/youtube/answer/10059070?hl=fr> (consulté le 14.12.2021).

¹⁶² <https://support.google.com/youtube/?hl=fr#topic=6151248> (consulté 21.12.2021).

¹⁶³ <https://www.youtube.com/watch?v=DP0zLUVeevg> (consulté le 21.12.2021).

¹⁶⁴ YouTube rappelle que ce formulaire reste le moyen le plus simple et le plus rapide ; https://support.google.com/youtube/answer/9245819?hl=fr&ref_topic=9282364#zippy=%2Cformulaire-web-de-demande-de-retrait-pour-atteinte-aux-droits-dauteur (consulté le 21.12.2021).

¹⁶⁵ Afin d'accéder au formulaire, il est nécessaire d'être connecté à un compte YouTube ; https://www.youtube.com/copyright_complaint_form (consulté le 21.12.2021).

réclamation peut toujours être rétractée¹⁶⁶. Si c'est le cas, l'avertissement sera retiré et le contenu à nouveau disponible¹⁶⁷.

Finalement, il ne doit pas exister d'exception à la protection des droits d'auteur. Il peut s'agir par exemple d'un usage loyal. Nous développerons cet aspect ultérieurement¹⁶⁸.

Cette demande simplifiée ne concerne que le format vidéo. Si un titulaire souhaite retirer une autre œuvre, telle qu'une image, un texte ou un post communautaire, il devra agir séparément, par courrier électronique¹⁶⁹.

La demande de retrait peut être faite de deux façons. La voie la plus stricte consiste à demander un retrait immédiat, c'est ce qu'on appelle une suppression standard. Le titulaire peut également accorder un délai de sept jours, c'est la suppression programmée. Cette dernière est selon nous la meilleure option. D'une part, elle accorde une période raisonnable de dialogue entre les parties. D'autre part, des suppressions précipitées et injustifiées peuvent être évitées.

Lorsqu'une demande de retrait aboutit, le créateur de contenu reçoit un « *avertissement pour atteinte aux droits d'auteur* »^{170 171}. Ce dernier fait office de véritable menace,¹⁷² car on pense souvent qu'au troisième avertissement, une chaîne YouTube est automatiquement supprimée. Mais ceci n'est pas totalement vrai.

Au premier avertissement, YouTube propose d'abord de suivre les cours de « *L'école du droit d'auteur* ». Elle « *aide les créateurs à se familiariser avec la loi sur les droits d'auteur et son application sur YouTube* »¹⁷³. Il s'agit en réalité d'une simple mise en garde, sans conséquences. Ces avertissements peuvent être levés, soit en respectant un délai d'expiration de trois mois, soit en négociant une rétractation, ou alors en contestant la notification.

S'il y a un troisième avertissement, il est vrai que les conséquences sont plus lourdes. L'ajout de nouvelles vidéos est bloqué, tout comme la création de nouvelles chaînes. Les vidéos déjà mises en ligne sont retirées, et la chaîne peut être définitivement supprimée. On voit sur la page d'aide YouTube que c'est une possibilité¹⁷⁴. Il existe en réalité des moyens de lever ces ultimes avertissements, particulièrement si la personne avertie est membre du « *Programme Partenaire YouTube* »¹⁷⁵. Dans ce cas, elle bénéficie d'un délai de grâce de sept jours pour prendre les mesures nécessaires

¹⁶⁶ https://support.google.com/youtube/answer/2807691?hl=fr&ref_topic=9282363 (consulté le 22.12.2021).

¹⁶⁷ *Ibidem* ; YouTube précise qu'il n'est pas possible de demander uniquement le retrait de l'avertissement.

¹⁶⁸ Voir 2.3.3.

¹⁶⁹ <https://support.google.com/youtube/answer/9516993> (consulté le 22.12.2021).

¹⁷⁰ https://support.google.com/youtube/answer/2814000?hl=fr&ref_topic=9282678#zippy= (consulté le 22.12.2021).

¹⁷¹ Dans le vocabulaire des utilisateurs de la plateforme, l'utilisation du terme « *strike* » est plus courant. Il faut le comprendre comme une « *atteinte* », ou une « *frappe* ».

¹⁷² Le 25 septembre 2021, le créateur de contenu Andréas Honnet, surnommé Sardoche, le témoigne dans un tweet ; https://twitter.com/Sardoche_Lol/status/1441878355670798337 (consulté le 18.04.2021).

¹⁷³ https://support.google.com/youtube/answer/2814000?hl=fr&ref_topic=9282678#zippy=%2Cque-se-passe-t-il-lorsque-vous-recevez-un-avertissement-pour-atteinte-aux-droits-dauteur (consulté le 22.12.2021).

¹⁷⁴ *Ibidem* ; « *Votre compte et toutes les chaînes associées peuvent être clôturés* ».

¹⁷⁵ Ce programme accorde plusieurs avantages, comme la monétisation, ou l'accès à une équipe d'assistance dédiée aux créateurs ; <https://support.google.com/youtube/answer/72851?hl=fr#zippy=> (consulté le 04.12.2021).

à la levée de la revendication. Sinon, il est toujours possible de bénéficier des délais d'expiration, de contacter l'ayant droit, ou de contester la notification.

En pratique, ces conséquences ultimes ne semblent pas s'appliquer systématiquement. Les chaînes suffisamment populaires peuvent toujours les empêcher. Elles sont dorénavant professionnalisées, collaborant avec des marques populaires, au même titre que la télévision. De ce fait, la plateforme tend plus facilement l'oreille pour éviter de se séparer d'un acteur important. Nous supposons que ces moyens de dernier recours concernent prioritairement les nombreuses « *petites* » chaînes, non professionnelles, pour qui une suppression n'a pas de conséquence importante.

Une fois cette procédure suivie, les titulaires sont-ils assurés de voir leurs droits respectés ? Sur YouTube, ce n'est malheureusement pas le cas. Compte tenu de son envergure¹⁷⁶, les nouvelles mises en ligne restent parfaitement possibles. Il est alors compliqué de procéder à de multiples demandes manuelles et individuelles. Par conséquent, il était nécessaire d'automatiser les blocages ultérieurs. YouTube propose depuis 2021 une fonctionnalité répondant à cette problématique, mais également aux exigences de l'art. 39d LDA. Dans le formulaire web de demande de retrait pour atteinte aux droits d'auteurs, une simple option à cocher permet d'empêcher la publication de copies à venir¹⁷⁷. Concrètement, il s'agit du respect de l'obligation de « *stay-down* ». Nous étudierons cette notion plus tard dans ce travail¹⁷⁸.

Deux conditions sont à respecter. D'abord, la demande de retrait par formulaire doit être valide. Ensuite, il faut certifier disposer des droits exclusifs dans le monde entier sur les contenus concernés. Cette exigence est importante, car l'algorithme d'analyse de la plateforme vérifiera les publications du monde entier, sans distinction de protections particulières à chaque pays.

L'outil Copyright Match Tool¹⁷⁹ se chargera alors de repérer deux types de contenus : les copies au sens strict, et les copies dites potentielles, de vidéos déjà supprimées. La première catégorie est automatiquement retirée, dès sa mise en ligne. Il est évidemment possible de passer par une procédure de contestation.

Mais l'outil s'efforce aussi de repérer des copies qu'elle qualifie de potentielles. Celles-ci ne seront alors pas supprimées. D'une part, ce serait arbitraire, et d'autre part, il revient au titulaire des droits d'auteur de se prononcer sur ces copies, qui requièrent une analyse au cas par cas. Si le titulaire considère qu'une de ces copies viole effectivement ses droits, il peut contacter son auteur, ou alors revenir à la procédure manuelle du formulaire. C'est une solution adéquate puisqu'il s'agit d'hypothèses. Dans une vidéo explicative¹⁸⁰, YouTube rappelle qu'il faut toujours veiller aux exceptions pouvant permettre l'existence de ces copies. Celles-ci seront en partie développées plus bas¹⁸¹.

¹⁷⁶ Voir 2.3.

¹⁷⁷ <https://support.google.com/youtube/answer/10298392?hl=fr> (consulté le 11.01.2022).

¹⁷⁸ Voir 3.2.

¹⁷⁹ Voir 2.3.2.2.

¹⁸⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=DP0zLUvevg&t=158s> (consulté le 12.01.2022).

¹⁸¹ Voir 2.3.3.

Concernant les conséquences d'une suppression, aucun avertissement n'est envoyé par YouTube, ni pour atteinte aux droits d'auteur ni pour non-respect du règlement de la communauté¹⁸².

2.3.2.2. Copyright Match Tool

Nous avons commencé à cerner l'intérêt de cet outil, à savoir détecter les correspondances d'œuvres protégées, et agir contre toute copie. Souvent qualifié de « *Content ID Lite* »¹⁸³, il demeure un premier instrument efficace de protection de droits.

Il existe trois façons d'en bénéficier¹⁸⁴. D'abord, par la participation au Programme Partenaire YouTube¹⁸⁵. Celle-ci permet d'assurer une certaine confiance envers les personnes qui utiliseraient cet outil. Seules des comptes suffisamment sérieux, et surtout identifiables, font partie de ce programme. Ce filtrage permet à la plateforme d'éviter les demandes répétées et ciblées, ayant pour objectif de nuire ou harceler. Ensuite, lorsqu'une demande de retrait par formulaire est approuvée. Nous avons déjà développé ce point¹⁸⁶.

Enfin, à la suite d'un formulaire renseignant sur les « *besoins en matière de droits d'auteur* »¹⁸⁷. Nous considérons pertinent d'utiliser ce formulaire avant tout litige, car il permet d'informer en amont chaque utilisateur sur les moyens d'action adaptés à son profil. Un utilisateur standard ne devra pas utiliser les mêmes outils qu'un célèbre artiste. En ce qui concerne le Copyright Match Tool, il est disponible « *pour les chaînes qui ont rempli ce formulaire et ont démontré le besoin d'un outil de gestion des droits plus avancé* »¹⁸⁸.

D'après l'organisation Copyright Alliance¹⁸⁹, il existe trois limites à cet outil^{190 191}. D'abord, il n'est utilisable que par le premier metteur en ligne. Le site considère que cette condition ne fait aucun sens, car la date de publication ne change rien à l'identification d'une infraction. Ensuite, l'analyse ne porte que sur des copies entières de vidéos, ce qui peut faciliter les contournements. En effet, et malgré la possibilité de repérer des violations dites potentielles, certains procédés techniques de montage (par ex. une modification de l'image et du son) peuvent encore empêcher l'algorithme

¹⁸² https://support.google.com/youtube/answer/10298392?hl=fr&ref_topic=9282363 (consulté le 12.01.2022).

¹⁸³ YouTube le considère comme un outil plus simple que Content ID ; https://support.google.com/youtube/answer/9245819?hl=fr&ref_topic=9282364 (consulté le 12.01.2022) ; C'est un article de l'organisation Copyright Alliance qui parle emploi l'expression de « *Content ID Lite* » ; <https://copyrightalliance.org/youtube-infringement-tools-part-one/> (consulté le 26.01.2022).

¹⁸⁴ <https://support.google.com/youtube/answer/7648743?hl=fr> (consulté le 12.01.2022).

¹⁸⁵ Il existe six conditions à respecter afin d'être éligible à ce programme, comme un certain nombre d'heures de visionnage ou l'absence d'avertissement ; <https://support.google.com/youtube/answer/72851?hl=fr> (consulté le 12.01.2022).

¹⁸⁶ Voir 2.3.2.1.

¹⁸⁷ https://support.google.com/youtube/contact/copyright_management_tools_form (consulté le 18.01.2022).

¹⁸⁸ <https://support.google.com/youtube/answer/7648743?hl=fr#zippy=> (consulté le 18.01.2022).

¹⁸⁹ Copyright Alliance est une organisation américaine qui représente les intérêts des créateurs dans le domaine du droit d'auteur ; <https://copyrightalliance.org/about/> (consulté le 25.01.2022).

¹⁹⁰ <https://copyrightalliance.org/youtube-infringement-tools-part-one/> (consulté le 25.01.2022).

¹⁹¹ L'article, qui date d'août 2021, en cite une quatrième, qui est l'obligation d'appartenance au Programme Partenaire YouTube. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas.

de détecter une copie¹⁹². Enfin, la dernière limite concerne les conséquences d'un « *match* », d'une concordance. Le demandeur a trois options, ne rien faire¹⁹³, demander la suppression, ou contacter la chaîne copieuse. L'absence de blocage ou de monétisation est un réel manque pour Copyright Alliance. La demande de suppression ne fait que rediriger vers le formulaire¹⁹⁴, et l'option de contact ne fait qu'envoyer un mail prédéfini. Pour caricaturer, l'organisation parle de « *rond-point inutile* » (« *unnecessary roundabout* »). Elle rajoute que « *l'outil Copyright Match n'est rien de plus qu'un moyen de rechercher des vidéos en infraction* »¹⁹⁵.

Nous ne partageons pas forcément cette conclusion. D'une part, le nom de cet outil est assez explicite, il y est question de « *match* » (« *correspondance* ») et non de « *takedown* » (« *retrait* »). Ensuite, il facilite considérablement un travail humainement impossible. Le but de ce travail purement algorithmique n'est pas le blocage machinal et systématique. En pratique, il faut reconnaître qu'il y a un retour à la case départ, mais nous pensons que cela n'altère pas pour autant l'utilité ou l'efficacité d'un tel outil.

Ces limites expliquent pourquoi l'organisation parle de « *Content ID Lite* », notamment en raison de la troisième limite¹⁹⁶. Voyons désormais en quoi consiste Content ID.

2.3.2.3. Content ID

Mis en place en 2007¹⁹⁷, ce moyen de protection reste l'outil le plus connu des titulaires de droits et des utilisateurs de YouTube¹⁹⁸. La plateforme rappelle que « *la majorité des revendications de contenu sont réalisées via Content ID* »¹⁹⁹. Nous verrons ici son fonctionnement, les conditions à son éligibilité, ainsi que ses conséquences.

Avant d'aller plus loin, il est nécessaire de rappeler que cet algorithme est une priorité pour YouTube et Google. En novembre 2018, le géant américain a publié sur son blog officiel un article qui le démontre²⁰⁰. La société a investi plus de cent millions de dollars dans le développement de Content ID, et ce dernier a permis de redistribuer plus de trois milliards de dollars aux titulaires des droits d'auteur. C'est ainsi que l'article parle, non sans modestie, d'« *outil de gestion des droits d'auteurs à la pointe de l'industrie* » (« *our industry-leading rights management tool* »)²⁰¹. Depuis sa création, des millions de contenus vidéos ont été revendiqués.

D'abord, examinons en quoi consiste Content ID. Tout comme Copyright Match Tool, il permet aux titulaires de droits de protéger leurs œuvres face aux copies illégales. Mais son fonctionnement est plus sophistiqué, car il nécessite la création d'une

¹⁹² Sur la chaîne YouTube de Google, la société explique, en parlant de Content ID, que les méthodes sont de plus en plus originales pour contourner les algorithmes. La société rappelle tout de même qu'il est de plus en plus facile de les détecter ; <https://www.youtube.com/watch?v=aNWB5GfZLQc> (consulté le 02.02.2022).

¹⁹³ On parle d'archiver une correspondance, sans conséquence pour la copie.

¹⁹⁴ Voir 2.3.2.1.

¹⁹⁵ <https://copyrightalliance.org/youtube-infringement-tools-part-one/> (consulté le 26.01.2022).

¹⁹⁶ *Ibidem* ; « *Contrairement à Content ID, le titulaire des droits d'auteur n'a pas la possibilité de bloquer lui-même la vidéo, ni de la monétiser* ».

¹⁹⁷ https://fr.wikipedia.org/wiki/Content_ID (consulté le 02.02.2022).

¹⁹⁸ <https://copyrightalliance.org/youtube-infringement-tools-part-one/> (consulté le 02.02.2022).

¹⁹⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns> (consulté le 02.02.2022).

²⁰⁰ <https://www.blog.google/outreach-initiatives/public-policy/protecting-what-we-love-about-internet-our-efforts-stop-online-piracy/> (consulté le 02.02.2022).

²⁰¹ *Ibidem*.

« *empreinte numérique* » (ou « *fingerprint* »)²⁰². La plateforme précise que l'outil est mieux adapté aux grosses structures de l'industrie musicale ou audiovisuelle²⁰³. Pour créer cette empreinte, les titulaires doivent envoyer des fichiers de référence, audio et vidéo, qui aideront à identifier leurs œuvres²⁰⁴. Ils transmettent également « des métadonnées qui décrivent le contenu et précisent les régions géographiques dans lesquelles ils détiennent ces droits »²⁰⁵. Les recherches de correspondance se feront alors entre toutes les vidéos mises en ligne et cette base de données. Celles-ci ne se limitent pas à des correspondances exactes, car même des mélodies imitées peuvent être repérées.

Ensuite, concernant les conditions d'éligibilité, il faut admettre qu'elles ne sont pas listées de manière très claire. Il est certes question de « *critères spécifiques* »²⁰⁶, mais la page dédiée à ce sujet parle vaguement de tenir compte « *de plusieurs critères* »²⁰⁷. En l'espèce, il faut impérativement pouvoir prouver la titularité des droits d'auteur. Le type de contenu que l'on souhaite protéger a aussi son importance. En effet, un contenu publié sous une licence libre ne pourrait pas faire l'objet de revendications. Finalement, c'est à la plateforme de décider si les titulaires « *ont réellement besoin de Content ID et si leurs contenus peuvent être revendiqués par cet outil* »²⁰⁸. Le formulaire de renseignement sur les besoins en matière de gestion des droits d'auteur, dont nous avons déjà parlé²⁰⁹, peut permettre de l'utiliser.

Trois conséquences existent, à savoir, le blocage²¹⁰, la monétisation, ou le suivi²¹¹.

- La première consiste à empêcher le visionnage des contenus, totalement ou partiellement²¹². C'est une solution radicale, mais peu utilisée.
- La dernière est aussi peu courante, car elle permet uniquement au titulaire de suivre des statistiques de visionnage.
- La deuxième, à savoir le transfert des revenus liés à la monétisation, demeure l'option favorite des titulaires de droits²¹³. Ce choix est compréhensible, car dans l'hypothèse où plusieurs chaînes publient le même contenu, cela représente d'autant plus de sources de revenus perdues pour les titulaires. Cette monétisation peut être redirigée entièrement vers les titulaires, ou bien être partagée s'il s'agit de reprises musicales²¹⁴.

²⁰² <https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns> (consulté le 02.02.2022).

²⁰³ https://support.google.com/youtube/answer/9245819?hl=fr&ref_topic=9282364 (consulté le 02.02.2022).

²⁰⁴ Cette base de données représente des centaines d'années de contenus audio et vidéo.

²⁰⁵ Rapport Observatoire Européen, p. 68.

²⁰⁶ https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=fr&ref_topic=9282364 (consulté le 11.02.2022).

²⁰⁷ https://support.google.com/youtube/answer/1311402?hl=fr&ref_topic=9282364 (consulté le 11.02.2022).

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Voir 2.3.2.2. ; https://support.google.com/youtube/contact/copyright_management_tools_form (consulté le 11.02.2022).

²¹⁰ Aussi appelée l'option de « *notification et retrait* ».

²¹¹ https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=fr&ref_topic=9282364 (consulté le 11.10.2022).

²¹² Le blocage peut être global ou s'étendre à certains pays ou régions.

²¹³ « *Dans de nombreux cas, ils autorisent l'utilisation de leur contenu dans des vidéos YouTube en échange de la diffusion d'annonces sur ces vidéos* » ; <https://support.google.com/youtube/answer/6013276> (consulté le 15.02.2022).

²¹⁴ Pour les conditions d'éligibilité à la monétisation de reprises, voir <https://support.google.com/youtube/answer/3301938> (consulté le 15.02.2022).

Maintenant, imaginons que les revenus soient effectivement redirigés. Comment être vraiment sûrs d'avoir une revendication légitime ? C'est ainsi que la plateforme a prévu un mécanisme très simple pour empêcher une perte injustifiée, « *un système juste pour les créateurs* »²¹⁵. Si le créateur de contenus conteste la revendication, en pensant qu'il s'agit d'une erreur par exemple, les revenus générés durant la période de contestation sont conservés, puis redistribués aux « *propriétaires légitimes* »²¹⁶.

Ce point nous permet d'aborder les réactions possibles en cas de revendication. La contestation que nous venons d'évoquer s'opère en cas de désaccord entre créateur et titulaire. Il ne faut pas oublier l'hypothèse où le créateur est parfaitement d'accord avec la revendication. Dans ce cas, il a sa disposition trois options: ne rien faire²¹⁷, supprimer le contenu²¹⁸, ou partager les revenus.

Finalement, une revendication automatique par Content ID reste moins lourde en conséquence pour le créateur, car elle ne donne pas lieu à un avertissement pour atteinte aux droits d'auteur, « *ni à la suspension ou à la clôture de chaînes* »²¹⁹. En revanche, si une vidéo est retirée en utilisant un outil de revendication manuelle²²⁰, un avertissement est envoyé. Cette méthode reste cinquante fois moins utilisée que la revendication automatique²²¹. D'une part, les titulaires privilégient la monétisation, d'autre part, l'outil est utilisé par ceux qui « *maîtrisent parfaitement* » le système Content ID²²².

L'ensemble des outils mis sur pied par YouTube témoigne « *d'un grand dynamisme pour mettre en place des procédures volontaires de traitement des procédures de suppression de contenus illicites* »²²³. La protection des droits d'auteur ne se limite pas à ces seuls algorithmes ou formulaires de revendication. En 2018 par exemple, la plateforme a « *renouvelé son accord avec la SACD (Société des Auteurs Dramatiques et Compositeurs) et l'ADAGP (Société des Auteurs en Arts Graphiques et Plastiques)* » afin de mieux rémunérer les œuvres d'auteurs exploitées « *par les créateurs et fournisseurs de contenus* »²²⁴.

Les moyens de protection sont donc nombreux, mais restent perfectibles. Nous allons maintenant étudier les exceptions et limites liées aux droits d'auteur sur YouTube.

²¹⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=9g2U12SsRns> (consulté le 15.02.2022).

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Il reste possible de changer d'avis ultérieurement ; <https://support.google.com/youtube/answer/6013276> (consulté le 15.02.2022).

²¹⁸ Il ne s'agit pas de supprimer la vidéo mais de couper le segment revendiqué, de remplacer le titre musical ou de le couper en cas de revendications audio ; *Ibidem*.

²¹⁹ https://support.google.com/youtube/answer/7002106?hl=fr&ref_topic=9282678 (consulté le 15.02.2022).

²²⁰ https://support.google.com/youtube/answer/9346683?hl=fr&ref_topic=3011554 (consulté le 21.02.2022).

²²¹ « *Depuis janvier 2014, les revendications Content ID sont 50 fois plus nombreuses que les retraits pour atteinte aux droits d'auteur* » ; https://support.google.com/youtube/answer/7002106?hl=fr&ref_topic=9282678 (consulté le 21.02.2022).

²²² https://support.google.com/youtube/answer/9374251?hl=fr&ref_topic=9282678 (consulté le 21.02.2022).

²²³ Rapport Observatoire Européen, p. 68.

²²⁴ *Ibidem*.

2.3.3. Exceptions et limites

Les titulaires de droits d'auteur peuvent faire preuve d'une approche arbitraire et empêcher une utilisation légitime et légale de leurs œuvres. Nous verrons qu'ils existent des œuvres plus ou moins librement exploitables à travers les Creative Commons. Puis nous étudierons un cas d'usage légalement autorisé, même sans accord des titulaires. Enfin, nous examinerons les limites des outils de protection, notamment à travers leurs dérives.

2.3.3.1. Creative Commons

« *Creative Commons est une association américaine à but non lucratif [qui propose] une solution alternative légale aux personnes souhaitant libérer leurs œuvres des droits de propriété intellectuelle [...] jugés trop restrictifs* »²²⁵. Les titulaires qui accordent des licences Creative Commons²²⁶ donnent plus ou moins de libertés pour l'utilisation de leurs œuvres. Pour ce faire, il faut « *posséder ou contrôler les droits d'auteurs sur une œuvre* »²²⁷. Les licences ne peuvent pas être révoquées²²⁸. Cette démarche s'inscrit dans une philosophie de partage et de diffusion, qui renvoie à ce qu'on appelle aussi « *l'utopie d'internet* »²²⁹. En effet, l'association répond dans une foire aux questions que « *leur vision est d'aider les autres à réaliser le plein potentiel de l'Internet* »²³⁰. Contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, il n'est pas question de rejeter le droit d'auteur, mais plutôt de faciliter la communication entre auteurs et utilisateurs, préciser les conditions d'utilisation et favoriser une diffusion plus large des œuvres concernées²³¹. YouTube, par exemple, n'oublie pas de rappeler que les créateurs « *conservernt [leurs] droits d'auteur* »²³².

Il existe en pratique six différentes licences, allant de la plus permissive (CC BY) à la moins permissive (CC BY-NC-ND)²³³. Chacune se compose d'une combinaison de différents droits, représentés par des sigles, comme le « *non-commercial [qui interdit] de tirer un profit commercial de l'œuvre sans autorisation de l'auteur (sigle : NC)* »²³⁴. La mise en application d'une licence est très simple, puisqu'il suffit de la communiquer de manière suffisamment claire et visible, et de l'accompagner d'un lien internet²³⁵.

C'est précisément ce procédé simplifié qui apparaît dans la fiche descriptive de certaines vidéos YouTube. C'est depuis 2011²³⁶ que la plateforme permet de partager son contenu avec ce type de licences. Cette étape dans son histoire semble

²²⁵ https://fr.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons (consulté le 25.02.2022).

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ <https://creativecommons.org/about/ccllicenses/> (consulté le 25.02.2022).

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ <https://www.revue-projet.com/articles/2019-07-bellon-qu-est-devenue-l-utopie-d-internet/10306> (consulté le 25.02.2022).

²³⁰ <https://creativecommons.org/faq/#what-is-creative-commons-and-what-do-you-do> (consulté le 25.02.2022).

²³¹ JACCARD MICHEL, Les Creative Commons, avenir du droit d'auteur ?, p. 235.

²³² https://support.google.com/youtube/answer/2797468?hl=fr&ref_topic=2778546 (consulté le 08.03.2022).

²³³ <https://creativecommons.org/about/ccllicenses/> (consulté le 25.02.2022).

²³⁴ https://fr.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons (consulté le 25.02.2022).

²³⁵ <https://creativecommons.org/about/ccllicenses/> (consulté le 25.02.2022).

²³⁶ <https://creativecommons.org/2011/06/02/youtube-launches-support-for-cc-by-and-a-cc-library-featuring-10000-videos/> (consulté le 07.03.2022).

parfaitement logique, tant elle représentait un acteur important de « *l'utopie d'internet* ». En 2012, c'était déjà près de 4 millions de vidéos sous licence CC BY qui étaient publiées²³⁷, témoignant de l'intérêt des utilisateurs à partager des créations librement exploitables. Il est même possible de choisir comme critère de recherche les contenus publiés uniquement sous Creative Commons.

Cependant, seule la licence Creative Commons CC BY²³⁸ est proposée²³⁹, qui est la plus permissive. Concrètement, ces contenus sont des « *œuvres culturelles libres [...] qui peuvent être le plus facilement utilisées, partagées et remixées par d'autres, et vont plus loin vers la création d'un bien commun de matériaux librement réutilisables* »²⁴⁰.

Pour toute mise en ligne, la plateforme applique d'abord une licence YouTube standard²⁴¹. Le choix d'une licence Creative Commons est proposé dès les premiers paramètres de publication. Si un utilisateur souhaite utiliser une autre licence que CC BY, il lui suffit de le mentionner dans la description de sa vidéo. C'est notamment le cas de la chaîne Thinkerview, qui mentionne en description « *CC BY-NC-SA 4.0* »²⁴².

Ces œuvres facilitent considérablement les problématiques liées aux droits d'auteur. En appliquant la licence la plus large, on « *peut tout faire de l'œuvre à condition de citer le nom de [l']auteur* »²⁴³. Selon nous, cette « *liberté encadrée* » correspond bien à une plateforme de partage comme YouTube.

Ainsi, c'est aux titulaires de décider du degré de liberté qu'ils accordent aux tiers. Mais n'est-il pas possible, pour ces tiers, d'utiliser des œuvres protégées, même en l'absence d'autorisation de ses titulaires ? C'est le cas, notamment dans le cadre de l'usage loyal.

2.3.3.2. L'usage loyal

En droit américain, l'usage loyal est une exception importante aux droits d'auteur. Il est prévu par le Copyright Act de 1976²⁴⁴. À certaines conditions, il permet d'utiliser des œuvres protégées par le droit d'auteur, sans autorisation de ses titulaires. En droit suisse, il pourrait être rapproché du droit de citation (art. 25 LDA). Dans cette partie, nous étudierons cette exception au regard du droit américain²⁴⁵.

C'est une notion connue des utilisateurs de YouTube, suscitant débats et incertitudes. À notre sens, la principale source d'incompréhension s'explique par son origine étrangère. En effet, nombre de créateurs de contenus ne savent pas s'il est applicable

²³⁷ <https://creativecommons.org/2012/07/25/four-million-cc-licensed-videos-uploaded-to-youtube/> (consulté le 07.03.2022).

²³⁸ *Ibidem* ; « *This license allows reusers to distribute, remix, adapt, and build upon the material in any medium or format, so long as attribution is given to the creator. This license allows for commercial use* ».

²³⁹ https://support.google.com/youtube/answer/2797468?hl=fr&ref_topic=2778546 (consulté le 25.02.2022).

²⁴⁰ Les licences Creative Commons CC BY-SA en font également partie ; <https://creativecommons.org/share-your-work/public-domain/freeworks> (consulté le 25.02.2022).

²⁴¹ <https://www.youtube.com/static?template=terms> (consulté le 08.03.2022).

²⁴² <https://www.youtube.com/watch?v=y6sMAYljxjg> (consulté le 08.03.2022).

²⁴³ SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, p. 170.

²⁴⁴ Art. 17 U.S. Code § 107 – Limitations on exclusive rights : Fair use.

²⁴⁵ Le « *fair use* » existe également dans d'autres systèmes juridiques de la Common Law. Au Royaume-Uni par exemple, il est question de « *fair dealing* », tandis qu'au Canada, on parle d'utilisation équitable.

en dehors du territoire américain. Cette interrogation est parfaitement légitime. D'une part, YouTube est un site originaire des États-Unis. D'autre part, les créateurs de contenus anglophones, qui restent très populaires en France ou en Suisse, ont contribué à faire connaître les problèmes liés au « fair use ». Enfin, son application varie au cas par cas, empêchant les utilisateurs non-initiés de l'interpréter clairement.

Le droit constitutionnel américain connaît le concept de « *bright-line rule* »²⁴⁶. C'est « *une règle objective qui résout un problème juridique d'une manière simple et prévisible* »²⁴⁷. Les règles sur l'usage loyal n'en relèvent pas. Il n'y a pas de test objectif pour déterminer si « *une utilisation particulière constitue un usage loyal en vertu de la loi* »²⁴⁸.

Le juge doit donc s'appuyer sur quatre facteurs²⁴⁹, listés de manière exhaustive dans le Copyright Act :

- Le but et la nature de l'utilisation. Les juges se demandent par exemple si l'usage « *ajoute une dimension nouvelle à l'œuvre originale* », ou s'il s'agit d'une pure copie²⁵⁰.
- La nature de l'œuvre protégée par des droits d'auteur. L'utilisation d'œuvres de fiction est moins susceptible, contrairement à celles basées sur des faits réels, de bénéficier de l'usage loyal²⁵¹.
- Le volume et l'importance de la partie utilisée. Pour jouir de l'exception, il est préférable d'utiliser de courts extraits, à moins qu'ils ne représentent déjà le cœur même de l'œuvre citée²⁵².
- L'effet de l'utilisation sur le marché potentiel. L'usage loyal sera plus facilement reconnu pour des utilisations qui ne portent pas préjudice aux revenus, actuels ou potentiels, de l'œuvre originale²⁵³.

On voit que YouTube apporte des explications détaillées sur ces facteurs²⁵⁴, accompagnées d'exemples concrets²⁵⁵. On y trouve même une liste de vidéos, retirées dans un premier temps, puis remises en ligne, car tombant finalement sous le coup de l'usage loyal. En effet, sur une telle plateforme, on peut s'attendre à des interprétations opposées. Nous avons d'une part des créateurs de contenus réclamant maladroitement un droit à l'usage loyal. Et d'autre part, des titulaires abusant de leurs

²⁴⁶ En français, on peut le comprendre comme se référant à des « *critères objectifs* », comme une « *règle intangible* ».

²⁴⁷ https://www.law.cornell.edu/wex/bright-line_rule (consulté le 09.03.2022) ; *Montejo v. Louisiana*, 129 S.Ct. 2079 (2009).

²⁴⁸ <https://copyrightalliance.org/education/copyright-law-explained/limitations-on-a-copyright-owners-rights/fair-use-exceptions-copyright/> (consulté le 11.03.2022).

²⁴⁹ 17 U.S. Code § 107 ; <https://support.google.com/legal/answer/4558992?hl=fr> (consulté le 09.03.2022).

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ https://support.google.com/youtube/answer/9783148?hl=fr&ref_topic=2778546 (consulté le 11.03.2022).

²⁵⁵ Pour illustrer un cas d'usage loyal, Youtube présente une vidéo reprenant plusieurs extraits d'œuvres protégés, mais qui donne « *un nouveau sens à l'œuvre originale* » ; <https://www.youtube.com/watch?v=HfuuNU0jsk0> (consulté le 11.03.2022).

droits pour refuser toute utilisation de leurs œuvres. YouTube conseille clairement de « solliciter l'avis d'un expert juridique au préalable »²⁵⁶.

L'analyse au cas par cas soulève une problématique inhérente au système automatisé de protection des droits d'auteur sur YouTube : un algorithme est incapable de repérer une situation d'usage loyal. Que l'utilisation soit légale ou non, la plateforme admet que des revendications automatiques peuvent être envoyées, ce qui peut « [empêcher] de monétiser la vidéo »²⁵⁷.

En revanche, « cela ne signifie pas que l'usage loyal n'existe pas sur YouTube »²⁵⁸, car si l'utilisateur estime qu'il a le droit d'en bénéficier, l'option de contestation est toujours possible. Dans l'hypothèse où cela concerne une vidéo monétisée, nous avons vu que des mécanismes permettent de ne pas souffrir de pertes de revenus²⁵⁹.

Finalement, nous pensons que ces conditions d'usage loyal permettent d'assurer un équilibre entre liberté et restriction. L'usage loyal présente certes des limites sur une plateforme comme YouTube, mais il permet néanmoins d'encadrer ses utilisateurs. C'est pourquoi un créateur de contenu qui souhaite se prévaloir du « fair use » doit prendre certaines précautions au préalable. Ce travail en amont est bien résumé par ces conseils de l'entreprise Vydia²⁶⁰ : viser l'originalité, éviter de monétiser les œuvres d'autrui, savoir se limiter dans la réutilisation, et se rappeler les intérêts des titulaires²⁶¹.

2.3.3.3. Limites et abus

Ces derniers chapitres nous ont permis de mettre en exergue la difficile conciliation que YouTube veut mettre en œuvre : protéger les droits d'auteur et garantir la liberté de création. Assurer un tel équilibre n'est pas une mince affaire. Nous donnerons dans cette partie des exemples démontrant les limites, parfois inévitables, auxquelles sont confrontés les outils précédemment étudiés. Nous nous permettrons également de rappeler les abus liés à ces derniers, car certains titulaires n'hésitent pas à profiter de leur position pour revendiquer de manière abusive la protection de leurs droits.

D'abord, la plateforme précise qu'elle n'est ni juge ni arbitre. À la question de savoir si elle peut déterminer à qui appartiennent les droits d'auteur, une page d'aide apporte une réponse des plus explicites : « Non »²⁶². YouTube se positionne avant tout comme intermédiaire, qui met à disposition des différentes parties les armes nécessaires pour attaquer ou défendre. C'est là toute la difficulté d'une telle position, surtout si l'on se

²⁵⁶ https://support.google.com/youtube/answer/9783148?hl=fr&ref_topic=2778546 (consulté le 14.03.2022).

²⁵⁷ https://support.google.com/youtube/answer/6396261?hl=fr&ref_topic=2778546 (consulté le 14.03.2022).

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ Les revenus générés pendant la période de contestation seront d'abord gardés par la plateforme, puis versés, *a posteriori*, à la partie obtenant gain de cause ; voir 2.3.2.3.

²⁶⁰ Vydia est une entreprise technologique américaine, qui permet aux créateurs de gérer leurs droits et contenus numériques à travers une plateforme centralisée.

²⁶¹ Ces conseils sont tirés d'un article de blog qui explique comment éviter de violer les règles du « fair use » sur YouTube ; <https://vydia.com/how-to-avoid-violating-fair-use-on-youtube/> (consulté le 14.03.2022).

²⁶² https://support.google.com/youtube/answer/2797466?hl=fr&ref_topic=2778546 (consulté le 15.03.2022).

place du côté des créateurs de contenus. Pour eux, elle sera tantôt défenderesse et garante de la liberté d'expression, tantôt arme de censure à la merci des titulaires.

Ensuite, cette position se justifie par l'ampleur et l'aspect incontrôlable du deuxième site internet le plus visité au monde²⁶³. Afin d'échapper à une quelconque responsabilité, elle a opté pour des moyens rapides et automatiques. Quotidiennement, des demandes injustifiées, voire étranges, aboutissent à des suppressions. Il est possible de comprendre cette radicalité. Pour l'illustrer, citons l'exemple du site internet de musique à la demande Grooveshark, créé en 2006, soit un an après la naissance de YouTube, et fermé en mai 2015²⁶⁴. Une fermeture due aux « nombreux procès qu'il subit des Majors de l'industrie musicale »²⁶⁵. Selon nous, le fonctionnement du site ne pouvait mener qu'à cette finalité, car il permettait à chacun d'y envoyer de la musique, et de l'écouter gratuitement. Cela, sans qu'aucune autorisation ne soit demandée, hormis à certaines maisons de disques indépendantes²⁶⁶. On comprend alors la volonté de YouTube d'éviter de telles conséquences, en donnant les moyens nécessaires de protection aux acteurs majeurs.

Un exemple datant de ce début d'année illustre ce bras de fer omniprésent sur la plateforme. Il concerne un créateur de contenu nommé « *GilvaSunner* »²⁶⁷, qui proposait des vidéos musicales, souvent entièrement tirées des œuvres de la société de jeu vidéo japonaise Nintendo. L'entreprise nipponne a fait près de 2200 réclamations à l'encontre de ce créateur néerlandais²⁶⁸. Ce nombre semblait tellement irréaliste que YouTube a dû confirmer, sur sa page Twitter, l'origine de ces réclamations²⁶⁹. Si cette affaire a renforcé le sentiment d'injustice de certains utilisateurs, clamé vivement en réponse au tweet cité, il faut souligner la retenue exprimée du principal concerné. Celui-ci admet ne pas être surpris par l'action de la firme japonaise, seule propriétaire des œuvres postées sur sa chaîne, et accepte ses conséquences²⁷⁰.

Récemment, un des créateurs de contenus francophones les plus populaires, Frédéric Molas, de la chaîne « *Joueur du Grenier* »²⁷¹, s'est exprimé sur une autre problématique, qui est la revendication *a posteriori*. Par une vidéo datant de 2018²⁷², il révèle que certaines de ses anciennes émissions sont tombées sous le coup de Content ID. Ces situations créent un sentiment d'incertitude, avec des vidéos qui généraient jusqu'à présent des revenus, pour s'en voir déposséder des mois ou années plus tard. Nous reviendrons sur cette vidéo à la fin de ce chapitre.

²⁶³ Voir 2.3.

²⁶⁴ <https://fr.wikipedia.org/wiki/Grooveshark> (consulté le 15.03.2022).

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ https://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/05/02/droits-d-auteur-fermeture-de-grooveshark-un-des-pionniers-du-streaming-musical_4626225_4408996.html (consulté le 15.03.2022).

²⁶⁷ La chaîne YouTube a été depuis supprimée.

²⁶⁸ <https://www.polygon.com/22916040/nintendo-video-game-music-osts-youtube-gilvasunner-copyright-takedown> (consulté le 15.03.2022).

²⁶⁹ <https://twitter.com/TeamYouTube/status/1490092359228526592?s=20&t=xW8hOZmSoa6uFLB0gzOkoA> (consulté le 15.03.2022).

²⁷⁰ « *Je ne suis pas en colère ou surpris [...]. Si Nintendo pense que c'est ce qu'il faut faire (pour donner l'exemple), je les laisserai supprimer la chaîne. C'est leur contenu après tout* » ; <https://www.videogameschronicle.com/news/nintendo-has-blocked-over-1300-youtube-videos-featuring-its-soundtracks/> (consulté le 15.03.2022).

²⁷¹ <https://www.youtube.com/user/joueurdugrenier> (consulté le 15.03.2022).

²⁷² <https://www.youtube.com/watch?v=RD4mU6FEUKs> (consulté le 16.03.2022).

Si ces cas de figure peuvent se comprendre, YouTube connaît des polémiques bien plus absurdes. L'une des plus célèbres remonte à 2012, concernant une vidéo amateur mettant en scène un homme récoltant de la salade dans la nature. Elle n'était accompagnée d'aucune musique, rythmée au seul chant des oiseaux de son lieu de récolte²⁷³. Selon son témoignage²⁷⁴, la plateforme a envoyé une revendication automatique pour le compte de la société Rumblefish Inc.²⁷⁵, au motif d'une violation de droits d'auteur. Les revenus générés furent distribués à Rumblefish. Lorsque le vidéaste conteste, l'absurdité va encore plus loin, puisque la nouvelle vérification, manuelle cette fois, confirme la violation d'une composition musicale. Une fois l'affaire rendue virale, notamment par le site internet Reddit²⁷⁶, le vidéaste a pu retrouver les droits sur son œuvre. Le directeur général de Rumblefish, Paul Anthony, a confié dans un entretien avoir été déconcerté, qualifiant l'affaire d'« étrange »²⁷⁷.

La même année, une vidéo de la NASA avait été supprimée pendant plusieurs heures, à la suite d'une réclamation automatique pour le compte d'une entreprise de média américaine²⁷⁸. L'agence spatiale américaine expliquait connaître cette situation au moins une fois par mois, avec des vidéos bloquées ou détournées commercialement par des tiers ne détenant aucun droit²⁷⁹.

Un exemple plus récent, datant de 2018, concernait une vidéo de l'artiste supposément britannique Banksy. Celle-ci a été rendue indisponible pendant plusieurs heures à la suite d'une revendication Content ID, au nom du média français Canal+²⁸⁰. En l'espèce, le groupe de télévision avait simplement reposté la vidéo originale du mystérieux peintre. De ce fait, la chaîne française avait frauduleusement intégré l'œuvre de l'artiste dans son empreinte numérique, chose qui n'avait probablement pas été faite par ce dernier. Par conséquent, la vidéo originale a été retirée et la copie maintenue²⁸¹. L'erreur a fort heureusement vite été corrigée.

La même année, un musicien et professeur d'université, Sebastian Tomzcak, accumule cinq revendications Content ID pour une vidéo vieille de trois ans²⁸². En conséquence, les revenus générés sont redirigés vers les nouveaux titulaires²⁸³. L'œuvre en question est un simple bruit blanc²⁸⁴, sans image, qui dure dix heures. Il n'existe en l'espèce aucun risque de violation de droits d'auteur, puisque le musicien

²⁷³ <https://www.youtube.com/watch?v=nPBlfeuZuWg> (consulté le 16.03.2022).

²⁷⁴ <https://yro.slashdot.org/story/12/02/26/2141246/youtube-identifies-birdsong-as-copyrighted-music> (consulté le 16.03.2022).

²⁷⁵ Rumblefish est une société américaine spécialisée dans les micro-licences musicales et la monétisation de vidéos en ligne ; <http://rumblefish.com> (consulté le 16.03.2022).

²⁷⁶ « *Reddit est un site web communautaire américain d'actualités sociales fonctionnant via le partage de signets* » ; <https://fr.wikipedia.org/wiki/Reddit> (consulté le 22.03.2022).

²⁷⁷ <https://thenextweb.com/news/rumblefish-ceo-explains-why-a-youtube-video-with-chirping-birds-was-hit-with-a-copyright-claim> (consulté le 22.03.2022).

²⁷⁸ <https://www.numerama.com/politique/23351-la-nasa-censuree-sur-youtube-pour-piratage-de-sa-propre-video.html> (consulté le 22.03.2022).

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ <https://torrentfreak.com/banksys-own-video-shredded-by-youtube-following-canal-copyright-claim-181205/> (consulté le 22.03.2022).

²⁸¹ <https://routenote.com/blog/banksys-own-video-removed-from-his-youtube-channel-on-copyright-grounds/> (consulté le 23.03.2022).

²⁸² « *10 Hours of Low Level White Noise* » ; <https://www.youtube.com/watch?v=VcQZAzDVTIA> (consulté le 23.03.2022).

²⁸³ <https://torrentfreak.com/musicians-white-noise-youtube-video-hit-with-copyright-complaints-180105/> (consulté le 23.03.2022).

²⁸⁴ https://fr.wikipedia.org/wiki/Bruit_blanc (consulté le 23.03.2022).

l'a créé à l'aide d'un logiciel, Audacity²⁸⁵, proposant un générateur de bruit. Interrogé par le média britannique BBC, un porte-parole de Google confesse les limites d'un outil comme Content ID, mais précise que « *le taux de réclamations invalide [reste] inférieur à 1% »*²⁸⁶.

Nous pouvons encore citer la célèbre affaire Lenz v. Universal Music Corp.²⁸⁷, aussi appelé « *The Dancing Baby Case* », qui a débuté en 2007 et a duré près dix ans²⁸⁸. Il y a aussi l'anecdote de William Fisher, professeur de propriété intellectuelle à l'université d'Harvard. Il avait partagé sur YouTube un cours portant sur l'usage loyal. La vidéo a été rapidement revendiquée par Sony Music pour violation de droits d'auteur²⁸⁹.

Pour qualifier toutes ces dérives, le blogueur et juriste Lionel Maurel, surnommé Calimaq, utilise l'expression de « *Copyright Madness* »²⁹⁰. Dans un entretien accordé au vidéaste français Mister Jday, ce membre de la Quadrature du Net²⁹¹ déplore que des solutions soient plus rapidement apportées pour les créateurs de contenus les plus populaires²⁹². À défaut de notoriété de l'auteur, c'est l'affaire qui doit connaître un important écho, à l'image de la revendication des chants d'oiseaux.

Finalement, ces cas de figure continuent d'exister, malgré les améliorations apportées aux algorithmes. Nous étudierons maintenant les solutions proposées par les vidéastes, ainsi que leur réaction pour contourner ces limites de la plateforme.

2.3.3.4. Solution et alternative

Lorsqu'un créateur de contenu célèbre est confronté à un problème de droits d'auteur, il est d'usage qu'une vidéo au titre aguicheur s'en suive, comme « *YouTube va mal* »²⁹³, « *Youtube copyright seriously pisses me off* »²⁹⁴, ou « *La fin de YouTube [...]* »²⁹⁵. Mais on peut remarquer qu'une même solution est régulièrement proposée, une sorte de répartition des revenus au prorata.

Pour l'illustrer, imaginons une vidéo de vingt minutes, dont deux utilisent du contenu protégé. Celles-ci représentent donc 10% de la vidéo intégrale. Supposons ensuite une réclamation liée à cette portion. Aujourd'hui, si le titulaire obtient gain de cause, il peut prétendre à l'intégralité des revenus générés par la vidéo. D'après la solution proposée, cette prétention se limiterait à seulement 10% des revenus.

²⁸⁵ Audacity est un logiciel, gratuit et open source, d'enregistrement et d'édition de son numérique ; <https://www.audacityteam.org> (consulté le 25.03.2022).

²⁸⁶ <https://www.bbc.com/news/technology-42580523> (consulté le 23.03.2022).

²⁸⁷ Lenz v. Universal Music Corp., Case Number C 07-3783 JF (RS) (N.D. Cal. Oct. 28, 2008).

²⁸⁸ Selon l'Electronic Frontier Foundation, qui représentait Lenz, cette affaire a permis de « *renforcer le fair use pour tout le monde* » ; <https://www.eff.org/fr/deeplinks/2018/06/after-more-decade-litigation-dancing-baby-ready-move> (consulté le 23.03.2022).

²⁸⁹ <https://today.law.harvard.edu/news-at-law/irony-101-citing-copyright-sony-takes-down-youtube-video-aboutcopyright/> (consulté le 23.03.2022).

²⁹⁰ <https://scinfolex.com> (consulté le 23.03.2022).

²⁹¹ Association de défense des droits et libertés dans l'environnement numérique, qui lutte contre la censure et la surveillance des États et entreprises privées ; <https://www.laquadrature.net> (consulté le 23.03.2022).

²⁹² <https://www.youtube.com/watch?v=fOUxZqsvb64> (consulté le 23.03.2022).

²⁹³ <https://www.youtube.com/watch?v=9Ky8gLHoFeY> (consulté le 30.03.2022).

²⁹⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=Ku1ykhGP764> (consulté le 30.03.2022).

²⁹⁵ https://www.youtube.com/watch?v=_4nswmckeVY (consulté le 30.03.2022).

Comme l'explique le vidéaste belge Mathieu Jonckheere, surnommé Math, il est nécessaire de procéder à une « *répartition équitable* »²⁹⁶ dans ce genre de situations. Ce vidéaste possède une chaîne spécialisée dans le cinéma, et utilise naturellement des extraits d'œuvres protégées. Certains ayants droit le tolèrent, car conscients des limites à leurs droits, mais d'autres se révèlent plus restrictifs. Math déplore donc que les revendications d'une société de production comme Warner Bros. Pictures s'étendent au reste de la vidéo, qui lui appartient.²⁹⁷

Selon nous, cette proposition est intéressante, elle peut répondre efficacement aux enjeux. D'un point de vue pratique, la détermination du pourcentage de répartition serait simple à réaliser. YouTube indique déjà avec précision, à la seconde près, les passages concernés par une revendication. Une autre possibilité consisterait à proposer aux vidéastes de valider, en amont, le partage des revenus. Effectivement, lorsqu'un contenu est posté, il est directement analysé par la plateforme, en détectant automatiquement les œuvres utilisées qui appartiennent à d'autres ayants droit. Dans ce cas, le site pourrait proposer aux vidéastes s'ils acceptent de partager leur revenus avec ces autres acteurs²⁹⁸. En revanche, nous pensons que cette répartition idéale reste facile à contourner. Par exemple, un utilisateur pourrait augmenter de manière artificielle la durée totale d'une vidéo, afin de baisser le pourcentage de revenus alloués aux titulaires. Finalement, la plateforme ne semble pas se diriger vers cette solution.

Ces réflexions révèlent une culture d'internet assez particulière, intimement liée à une utopie²⁹⁹ où la liberté de création et d'expression prime sur les droits d'auteurs. Certes, la majorité des créateurs de contenus ne soutiennent pas la reprise de copies pures et simples d'œuvres protégées, mais souhaitent néanmoins véhiculer leurs passions, analyses et critiques envers ces dernières. À ce titre, Frédéric Molas explique son souhait d'utiliser les musiques originales dans certaines de ses réalisations. Il précise qu'une vidéo, par exemple centrée sur l'univers d'Harry Potter, serait beaucoup moins intéressante sans ses musiques iconiques³⁰⁰.

Malgré ces vagues de contestations, les vidéastes ont fini par se diriger vers une nouvelle solution. Celle-ci est avant tout une alternative au modèle économique de la plateforme. Elle consiste à trouver une source de revenus qui compense les pertes de revenus liées aux démonétisations. En pratique, il s'agit de trouver des sponsors pour financer une vidéo, voire une série de vidéos. La chaîne « *Des Cuts et Des Zooms* »³⁰¹ par exemple est entièrement sponsorisée par la marque Rhinoshield³⁰². Cette dernière finance plus spécifiquement une série d'interviews du vidéaste Morgan VS³⁰³.

²⁹⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=COU0pG0fQ6I> (consulté le 30.03.2022).

²⁹⁷ *Ibidem* ; « *Tout le reste, [...] les sketches, les blagues drôles, tout ce qui fait que la vidéo est bien et qu'elle fait des vues, ça appartient à [moi], ce qui fait de moi un ayant-droit également* ».

²⁹⁸ Cette proposition n'est idéale que dans l'hypothèse où la plateforme détecte immédiatement les œuvres d'autrui.

²⁹⁹ Voir 2.3.3.1.

³⁰⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=RD4mU6FEUKs> (consulté le 05.04.2022).

³⁰¹ <https://www.youtube.com/watch?v=RD4mU6FEUKs> (consulté le 05.04.2022).

³⁰² Entreprise nord-américaine spécialisée dans la fabrication d'accessoires pour smartphones et montres connectées ; <https://rhinoshield.fr/collections/artist-des-cuts-et-des-zooms> (consulté le 05.04.2022).

³⁰³ <https://www.youtube.com/watch?v=UPIdlNdIOns&list=PLbwRI8AJk2Nx4sQ2pUI2X-CKCTeg5GvPw> (consulté le 05.04.2022).

S'agissant de la marque Célio³⁰⁴, elle soutient de manière annuelle les vidéastes Mcfly et Carlito³⁰⁵.

Ce modèle économique, d'abord décrié par les utilisateurs, a fini par se normaliser. Dorénavant, les créateurs de contenus collaborent avec des partenaires professionnels, négociant des contrats toujours plus avantageux. En effet, petites et grandes marques voient désormais la plateforme comme une nouvelle vitrine publicitaire. Il existe même des partenariats avec l'office du tourisme suisse, notamment sur les chaînes françaises de Jamy Gourmaud³⁰⁶ ou de Konbini³⁰⁷.

C'est ainsi que Frédéric Molas a embrassé ce modèle économique, prenant le risque de voir ses vidéos démonétisées, mais déjà financées en amont. C'est également le cas du français Sébastien Frit, de la chaîne SEB³⁰⁸. Pour continuer à proposer librement des vidéos, sans craindre les revendications des labels musicaux, il confirme l'adoption de ce nouveau modèle économique en mai 2020³⁰⁹.

³⁰⁴ Entreprise française de prêt-à-porter masculin ; https://www.celio.com/La-selection-de-Mcfly-et-Carlito/c/FR_BESTSELLERS_BAS (consulté le 05.04.2022).

³⁰⁵ <https://www.youtube.com/c/LeFatShow> (consulté le 05.04.2022).

³⁰⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=sOSboG1eKyM> (consulté le 05.04.2022).

³⁰⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=YLjyjbmlid8> (consulté le 05.04.2022).

³⁰⁸ <https://www.youtube.com/c/SEBFRIT> (consulté le 05.04.2022).

³⁰⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=jMKFJrf6hG0> (consulté le 05.04.2022).

3. La responsabilité des plateformes en droit suisse

Nous avons analysé les moyens de résolution des conflits, ainsi que les conséquences des violations des droits d'auteur uniquement à travers les outils existants sur une plateforme comme YouTube. Le constat est le suivant, tout est mis en œuvre pour pénaliser en amont les comportements juridiquement répréhensibles. L'objectif est d'éviter toute responsabilité au regard de la loi. Dans cette optique, la plateforme est prête à « *en faire trop plutôt que pas assez* », comme supprimer deux fois plus de vidéos via sa modération automatisée³¹⁰.

Ce chapitre analysera cette responsabilité au regard du droit suisse, et principalement à travers un nouvel art. 39d LDA, considéré comme « *une arme redoutable pour les ayants droit* »³¹¹. En amont, nous étudierons le régime légal appliqué avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition. Pendant longtemps, il était jugé suffisant pour établir la responsabilité d'une plateforme comme YouTube³¹². Nous verrons en quoi il consiste, pourquoi il était jugé efficace, ainsi que les prémisses de propositions de règles spécifiques. Pour finir, nous établirons un bilan, certes maigre, mais tout de même intéressant, de l'art. 39d LDA. Finalement, nous évoquerons son imbrication dans l'ordre européen, transition pour notre chapitre final.

3.1. Responsabilité civile et pénale

Avant d'étudier la disposition de la Loi sur le droit d'auteur (art. 39d LDA), il est pertinent d'analyser le régime de responsabilité existant avant le 1^{er} avril 2020³¹³. Nous examinerons dans cette partie la responsabilité civile et pénale.

Des postulats, rapports et réponses du Conseil fédéral³¹⁴ concluaient que ce régime était suffisant. Cet avis, dorénavant obsolète, servira de transition à l'examen de l'art. 39d LDA.

3.1.1. Remarques préliminaires

« *Chacun est responsable de ses actes et celui qui est à l'origine d'un dommage doit le réparer [...] aussi bien dans le monde réel que dans le monde virtuel* »³¹⁵. Pour autant, l'implication d'acteurs de l'internet représente une couche de difficulté supplémentaire. Ils évoluent, se métamorphosent³¹⁶ dans un environnement en constante redéfinition, particulièrement depuis le web participatif (ou « *Web 2.0* »)³¹⁷. Dès 2003, la responsabilité d'un fournisseur d'hébergement ou d'accès fut entourée

³¹⁰ L'article évoque les suppressions de vidéos relatives à la protection de l'enfance, les arnaques, la nudité et la pornographie. Au deuxième trimestre 2020, ces thématiques représentent près de 80% des retraits ; <https://www.01net.com/actualites/pourquoi-youtube-a-supprime-davantage-de-vidéos-depuis-la-crise-du-coronavirus-1968248.html> (consulté le 20.04.2022) ;

³¹¹ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 1.

³¹² Par conséquent, et en l'absence de dispositions spécifiques, le droit commun servait à trancher l'éventuelle responsabilité d'un fournisseur de service ; GILLIÉRON, Responsabilité, p.430.

³¹³ Le régime ordinaire, naturellement, demeure applicable aux plateformes participatives. L'art. 39d LDA constitue une nouvelle disposition spéciale qui s'ajoute au droit existant.

³¹⁴ Voir Postulat Amherd de 2011 « *Donnons un cadre juridique aux médias sociaux* » ; Rapport CF Amherd 2013 ; Rapport CF Responsabilité 2015.

³¹⁵ MÉTILLE SYLVAIN, p. 43.

³¹⁶ Voir 2.3.1. qui retrace les différentes évolutions de la plateforme YouTube.

³¹⁷ https://fr.wikipedia.org/wiki/Web_2.0 (consulté le 07.06.2022).

d'un flou juridique. Elle fut jugée incomparable à celle des médias traditionnels, qui bénéficiaient en l'occurrence d'un régime de responsabilité déjà établi³¹⁸.

Dès lors, de constantes réflexions ont accompagné les avancées technologiques, en particulier dans ses aspects juridiques. Nous avons vu qu'en 2020, YouTube, dans sa quête de suppression de contenus illicites, prônait le « *trop plutôt que pas assez* ». Le Conseil fédéral emploie un vocabulaire similaire en 2013, mais dans un sens différent. Il relève le « *risque [...] de réglementer trop ou pas assez* »³¹⁹. Cette phrase est extraite d'un rapport en réponse au postulat Amherd du 29 septembre 2011³²⁰, qui s'interrogeait déjà sur la nécessité d'adopter une réglementation spécifique pour les acteurs de l'internet.

GILLIÉRON, concernant la responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, s'interrogeait en 2002 sur « *la solution qui pourrait prévaloir en suisse* »³²¹. Il souligne un élément important, à savoir, l'intervention active ou passive d'un fournisseur de service³²². Cette distinction est essentielle, car elle permet, selon l'auteur, de déterminer le degré d'implication d'une plateforme participative dans la violation imputée à un fournisseur de contenu, premier responsable du partage de contenus illicites³²³. Ce raisonnement reprend son analyse du droit des marques : un fournisseur conscient de la diffusion d'une violation de la marque d'un tiers doit intervenir, au risque de « *devoir répondre du comportement de son abonné en application de l'article 50 CO* »³²⁴. Cette connaissance peut faire basculer d'un rôle passif à actif³²⁵.

Cependant, la responsabilité ne s'établit pas schématiquement. Il faut nuancer le degré de connaissance attendu des fournisseurs. L'auteur considère qu'un fournisseur d'accès, contrairement au fournisseur d'hébergement, « *n'est pas à même de vérifier la licéité des centaines de milliers de pages auxquelles il permet l'accès* »³²⁶. Il convient de ne pas « *considérer de manière générale que le principe d'un contrôle suffit à entraîner la responsabilité* »³²⁷. Cette analyse reste soutenable aujourd'hui, à condition d'en préciser les contours. Effectivement, une plateforme comme YouTube héberge une quantité de contenus très importante, certes moins volumineuse qu'un fournisseur d'accès comme Swisscom, mais suffisamment massive pour l'empêcher de repérer chaque violation de droits.

En 2017, FRANCEY développe l'étendue de ce devoir de contrôle et rappelle qu'en dehors d'une notification prévenant le fournisseur d'une violation, on ne saurait imposer « *une obligation générale de surveillance* »³²⁸. Cette attente envers le fournisseur demeurait incertaine. En 2014 par exemple, la doctrine rappelait que la

³¹⁸ MÉTILLE SYLVAIN, pp. 44-45 ; Concernant la responsabilité pénale des médias, voir SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, pp. 43ss.

³¹⁹ Rapport CF Amherd 2013, p. 65.

³²⁰ Postulat Amherd 2011.

³²¹ GILLIÉRON, Responsabilité, p. 387.

³²² Un fournisseur de contenu par exemple joue un rôle actif. *A contrario*, un acteur passif n'est que récepteur ou simple intermédiaire dans le transport des données.

³²³ « *[L]orsque le fournisseur intervient de manière active sur le contenu de l'information diffusée [...] il ne peut alors ignorer les informations diffusées et les fait siennes à l'image d'un fournisseur de contenu* » ; GILLIÉRON, Responsabilité, p. 432.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ « *[Un] hébergeur quitte son rôle d'intermédiaire neutre par rapport à l'information illicite en la contrôlant ou en en ayant connaissance* » ; FRANCEY JULIEN, N°453, p. 199.

³²⁶ GILLIÉRON, Responsabilité, p. 432.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ FRANCEY JULIEN, N°451, p. 198 ; Rapport CF Responsabilité 2015, p. 101.

jurisprudence n'avait pas déterminé le degré de diligence requis d'un hébergeur sur internet³²⁹.

Pour répondre à ces incertitudes, GILLIÉRON estime que la connaissance reste le nœud du problème³³⁰. Elle peut découler tant des efforts des fournisseurs que des notifications qu'ils reçoivent. L'auteur met toutefois en garde quant à l'insécurité juridique créée par ces notifications. Il préconise un processus rigoureux, relevant de questions techniques plutôt que juridiques³³¹. C'est pour cette raison qu'il sensibilisait déjà les autorités à ne pas faire preuve d'immobilisme face aux avancées techniques et technologiques, où l'on se contenterait d'appliquer le droit commun. Pour reprendre la citation de Louis Armand faite par l'auteur, « *ce n'est pas la technique qui représente le vrai danger pour la civilisation [mais] l'inertie des structures* »³³².

Depuis près de vingt ans, le Web 2.0 et les plateformes participatives sont à l'origine de nombreuses controverses, mais aussi de pistes de réflexion lorsqu'il s'agit de droit d'auteur³³³. S'il faut attendre une intervention aussi tardive que 2020 pour que le droit suisse adopte une réglementation spécifique, la jurisprudence européenne tarde jusqu'en 2013 pour s'exprimer « *sur la responsabilité des fournisseurs de service sur Internet en relation avec des informations diffusées par des tiers* »³³⁴.

Il n'en demeure pas moins qu'en 2013, la doctrine faisait état « *d'un vaste système de sanctions pénales, administratives et civiles* »³³⁵. Concernant les sanctions administratives, celles-ci dépassent le cadre de notre travail. Les prochains chapitres porteront donc sur la responsabilité civile et pénale des fournisseurs de services sur internet.

3.1.2. Responsabilité civile

Notre travail est orienté sur l'analyse de l'art. 39d LDA. C'est pourquoi nous nous limiterons ici à énumérer les actions existantes. Cependant, et dans la continuité de ce qui précède, nous continuerons à relever des points qui concernent un cadre antérieur au 1^{er} avril 2020.

3.1.2.1. Remarques préliminaires

La LDA sanctionne civilement les violations du droit d'auteur. Mais la « *protection de droit civil [n'est que] partiellement réglée* » par cette loi³³⁶.

³²⁹ FOUNTOLAKIS CHRISTIANA/FRANCEY JULIEN, p. 178.

³³⁰ GILLIÉRON, Responsabilité, p. 435ss.

³³¹ GILLIÉRON, Responsabilité, pp. 440-441 ; L'auteur explique que ce sont les législations européennes qui permettent cette insécurité en exigeant une simple connaissance. Contrairement au droit américain, qui, à travers le Digital Millennium Copyright Act, prévoit une procédure de notification plus précise et formelle.

³³² GILLIÉRON, Responsabilité, p. 441.

³³³ EDWARDS LILIAN, p. 3 ; « *Online intermediary liability has become increasingly controversial in relation to copyright material as a result of two key developments : the rise in unauthorized downloading of digital music, film and video since the beginning of the P2P revolution ; and the arrival of "Web 2.0" interactive user generated or mediated content* ».

³³⁴ FOUNTOLAKIS CHRISTIANA/FRANCEY JULIEN, p. 176 ; CourEDH, 10.10.2013, Delfi AS c. Estonia (n°64569/09) ; GC, 16.06.2015, Delfi AS c. Estonia (n°64569/09) ; Voir <https://www.village-justice.com/articles/CourEDH-tient-site-actualites,20211.html> qui nuance la portée de cet arrêt.

³³⁵ BENHAMOU YANIV, N° 420, p. 134.

³³⁶ CHERPILLOD, Droit d'auteur en Suisse, p. 97.

C'est au chapitre 1 du titre 5 de la LDA que l'on trouve les actions civiles dont bénéficient les auteurs³³⁷. Ensuite, le « *point de départ [de la procédure] est l'art. 5 al. 1 let. a CPC* »³³⁸. D'autres bases légales trouvent application, notamment l'art. 50 CO pour les questions de co-responsabilité³³⁹.

Ces dernières sont importantes pour les plateformes participatives. L'article du code des obligations permet de déterminer si un fournisseur d'hébergement sera « *entraîné* » dans la responsabilité d'un fournisseur de contenu, premier acteur en cas de violation des droits d'auteur. On parle alors d'imputabilité, notion qui permettra de déterminer si le fournisseur de service a joué un rôle dans la réalisation du dommage causé par le fournisseur de contenu³⁴⁰.

Alors qu'aucune disposition particulière n'existait³⁴¹, le Conseil fédéral considérait le droit en vigueur suffisant pour établir ou lever la responsabilité civile d'un fournisseur de service³⁴². Concrètement, dans l'hypothèse où sa participation à l'atteinte n'est pas dans un lien de causalité adéquate, sa participation au dommage serait écartée³⁴³.

Pour revenir à l'art. 50 CO, celui-ci instaure une responsabilité plurielle. La disposition permet d'inclure en qualité de défendeurs non seulement l'auteur principal, mais également l'instigateur et le complice³⁴⁴. Ces notions relèvent du droit pénal, mais permettent d'engager la responsabilité civile si les acteurs sont punissables pénalement³⁴⁵. En pratique, la doctrine admet une légitimation passive établie au regard de l'art. 50 CO³⁴⁶. L'art. 62 al. 1^{bis} LDA, en lien avec l'art. 39d LDA, va plus loin, puisqu'il suffit de démontrer une violation des devoirs d'un fournisseur d'hébergement, sans qu'il soit nécessaire de prouver une atteinte effective au droit d'auteur³⁴⁷.

Mais étudions comment le droit commun permet d'établir la responsabilité d'une plateforme participative. D'abord, elle n'est pas l'auteure principale d'une violation d'un droit d'auteur, au contraire du fournisseur de contenu. Ensuite, ce sera l'admission ou non d'un acte de favoritisme qui en fera une instigatrice ou complice³⁴⁸. Cependant, comment peut-on admettre qu'une plateforme comme YouTube commette une faute aux côtés d'un fournisseur de contenu ? Elle sera établie dès lors que le site tolère (car il connaît ou aurait pu connaître) un acte de violation d'un de ses utilisateurs³⁴⁹. Civilement, une plateforme participative peut donc être tenue responsable sur la base d'une simple négligence³⁵⁰.

³³⁷ Art. 61-66a LDA.

³³⁸ BARRELET/EGLOFF, N°10 ad art. 61-66a LDA, p. 447.

³³⁹ Voir également l'art. 62 al. 2 LDA qui renvoie aux actions générales du droit civil pour l'action en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et à la remise du gain ; BENHAMOU YANIV, N° 421-422, p. 134.

³⁴⁰ MÉTILLE SYLVAIN, p. 44.

³⁴¹ Avant l'entrée en vigueur de l'art. 39d LDA.

³⁴² MÉTILLE SYLVAIN, p. 46.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ CHERPILLOD, Complicité et investigation, pp. 64ss.

³⁴⁵ SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, p. 38.

³⁴⁶ FRANCEY JULIEN, N°305, p. 133 ; BARRELET/EGLOFF, N°7 ad art. 62 LDA, p. 458.

³⁴⁷ FRANCEY JULIEN, N°306, p. 134 ; BARRELET/EGLOFF, N°2 ad art. 62 LDA, pp. 456-457.

³⁴⁸ SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, p. 37.

³⁴⁹ SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, pp. 38-39.

³⁵⁰ *Ibidem* ; L'auteur parle d'« *inaction fautive [qui peut] fonder l'application de l'article 50 CO, si le responsable devait savoir que son omission était propre à causer le dommage* ».

FRANCEY, en 2017, précise que cette pluralité d'acteurs qu'un lésé peut poursuivre se fonde aussi sur l'art. 28 CC et l'atteinte à la personnalité³⁵¹. La même année, MÉTILLE rajoute que cette disposition doit permettre d'agir contre toute personne qui participe à cette atteinte³⁵². Suite à un arrêt de 2019³⁵³, SALVADÉ rappelle cependant que « *les normes particulières du droit de la personnalité [...] ne sont pas applicables en droit d'auteur* »³⁵⁴. FRANCEY se base sur le même arrêt pour confirmer que la légitimation passive doit s'analyser au regard de l'art. 50 CO³⁵⁵.

Avant d'énumérer les différentes actions, précisons qu'une plateforme participative ne doit pas forcément commettre une faute, intentionnelle ou non³⁵⁶, pour être civilement responsable. Cette condition est exigée pour les actions réparatrices, comme pour l'allocation de dommages-intérêts³⁵⁷. Mais elle ne l'est pas pour l'action en cessation de trouble ou en interdiction.

3.1.2.2. Les actions civiles

Il existe des actions tirées des art. 61ss LDA, qui renvoient également à des dispositions du code des obligations. Nous verrons ici les plus pertinentes.

D'une part, il y a l'action en constatation de l'art. 61 LDA. Elle permet de « *clarifier une situation juridique incertaine* »³⁵⁸, en constatant l'existence ou l'inexistence d'un droit³⁵⁹ ou d'un rapport de droit. Admissible en tout temps, et subsidiaire par rapport aux autres actions, elle doit reposer sur un « *intérêt légitime* ». En l'espèce, si une action plus spécifique est admissible, ou qu'une constatation ne lève aucune incertitude, on ne retiendra pas d'intérêt légitime.

D'autre part, l'art. 62 al. 1 LDA prévoit deux actions importantes pour notre travail. L'action en interdiction (let. a), si une violation du droit d'auteur est imminente et non réalisée, et l'action en cessation (let. b), si elle a débuté et est en cours. L'action en interdiction repose également sur un intérêt légitime, à savoir, une crainte sérieuse que des droits soient violés à l'avenir³⁶⁰. Sur requête d'un ayant droit, le juge peut ordonner de renoncer à une action ou au contraire d'agir d'une manière déterminée³⁶¹. Récemment, un vidéaste³⁶² spécialisé dans le montage humoristique s'est plaint que ses créations soient repostées par un autre utilisateur. Il souhaitait l'arrêt total de cette pratique, ou a minima, que son nom soit crédité³⁶³. Il pourrait agir

³⁵¹ FRANCEY JULIEN, N°285-290, pp. 125-127.

³⁵² MÉTILLE SYLVAIN, p. 49 ; Dans ce contexte, il n'est pas question de condamner un responsable « *mais simplement de faire cesser l'atteinte en s'en prenant à n'importe quel maillon de la chaîne* ».

³⁵³ ATF 145 III 72, consid. 2.2.1.

³⁵⁴ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 3.

³⁵⁵ <http://www.lawinside.ch/726/> (consulté le 18.07.2022).

³⁵⁶ On parle d'intention ou de négligence ; SCHLOSSER, CR-PI, N°34 ad art. 62 LDA, p. 507.

³⁵⁷ Voir art. 62 al. 2 LDA ; SCHLOSSER, CR-PI, N°33ss ad art. 62 LDA, pp. 506ss ; SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, p. 38.

³⁵⁸ BARRELET/EGLOFF, N°2 ad art. 61 LDA, p. 451.

³⁵⁹ On parle d'action en constatation positive ou d'action en constatation négative ; BARRELET/EGLOFF, N°3 ad art. 61 LDA, p. 451.

³⁶⁰ SCHLOSSER, CR-PI, N°10 ad art. 62 LDA, p.499.

³⁶¹ BARRELET/EGLOFF, N°9 ad art. 62 LDA, pp. 458-459.

³⁶² <https://www.youtube.com/c/LaBouillave> (consulté le 21.08.2022)

³⁶³ <https://www.youtube.com/watch?v=KBwWcj23ykc> (consulté le 21.08.2022).

en interdiction d'une atteinte imminente, soit pour l'empêcher, soit pour exiger la mention de son nom.

Finalement, il y a l'art. 62 al. 2 LDA. Cette disposition renvoie à l'allocation de dommages-intérêts (art. 41ss CO), la réparation du tort moral (art. 49 CO) et la remise du gain (art. 423 CO)³⁶⁴. L'application de ces dispositions en droit d'auteur n'est pas à distinguer des autres domaines, les conditions suivent le raisonnement traditionnel³⁶⁵. Précisément, l'action en dommages-intérêts nécessite de prouver un dommage, l'illicéité du comportement, la faute et le rapport de causalité entre la faute et le dommage³⁶⁶. En propriété intellectuelle, la violation d'un droit absolu est illicite³⁶⁷. La faute est également simple à établir, qu'elle soit intentionnelle ou réalisée par négligence. SCHLOSSER relève que « *les tribunaux partent de la prémisse que toute violation d'un droit d'auteur est ipso facto fautive* »³⁶⁸. La difficulté reste l'établissement d'un dommage, notamment dans son chiffrage³⁶⁹.

L'action en réparation du tort moral suppose une atteinte illicite à la personnalité, une atteinte d'une certaine gravité et que l'auteur n'ait pas donné satisfaction autrement au lésé³⁷⁰. En pratique, cette disposition n'a que guère de conséquence tant la jurisprudence est restrictive³⁷¹.

Enfin, l'action en remise du gain permet à un auteur, le maître, de condamner l'utilisateur illicite de son œuvre, le gérant, à restituer les gains et avantages réalisés grâce à la violation. En termes de conditions, il faut justifier d'une atteinte aux droits d'autrui, de son caractère intéressé, de la réalisation d'un gain, d'un lien de causalité et de la mauvaise foi du gérant³⁷².

3.1.3. Responsabilité pénale

Une protection pénale « *relativement sévère* »³⁷³ est prévue aux art. 67ss LDA. Son caractère accessoire implique que les dispositions générales du CP sont applicables (art. 333 CP)³⁷⁴, dont celles sur la poursuite des complices et instigateurs³⁷⁵. Contrairement aux actions civiles, l'infraction doit être intentionnelle, le dol éventuel étant suffisant³⁷⁶. À moins d'un agissement par métier, les infractions ne se poursuivent que sur plainte³⁷⁷. La circonstance du métier peut également avoir pour conséquence d'alourdir la peine encourue. Par exemple, la peine privative de liberté passe d'un à cinq ans³⁷⁸.

³⁶⁴ SCHLOSSER, CR-PI, N°28 ad art. 62 LDA, pp. 505-506.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ SCHLOSSER, CR-PI, N°30 ad art. 62 LDA, p. 506.

³⁶⁷ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°1196, p. 390.

³⁶⁸ SCHLOSSER, CR-PI, N°33 ad art. 62 LDA, p. 506.

³⁶⁹ Voir CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, p. 235 ; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, pp. 391ss ; SCHLOSSER, CR-PI, ad art. 62 LDA, pp. 506ss.

³⁷⁰ SCHLOSSER, CR-PI, N°84 ad art. 62 LDA, p. 527.

³⁷¹ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1378, p. 235.

³⁷² SCHLOSSER, CR-PI, N°92 ad art. 62 LDA, p. 529.

³⁷³ DESSEMENTET, Propriété intellectuelle et contrats de licence, p. 139.

³⁷⁴ SCHLOSSER, CR-PI, N°1 ad art. 67 LDA, p. 586.

³⁷⁵ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1426, p. 243.

³⁷⁶ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1426, p. 242 ; SCHLOSSER, CR-PI, N°2 ad art. 67 LDA, p. 586 ; REUSSER, p. 122.

³⁷⁷ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1423, p. 242 ; SCHLOSSER, CR-PI, N°4 ad art. 67 LDA, p. 586.

³⁷⁸ SCHLOSSER, CR-PI, N°10-11 ad art. 67 LDA, p. 588.

3.1.4. Réticence à légiférer

Une partie de la doctrine a longtemps proposé de légiférer en matière de responsabilité des fournisseurs de services internet. Peu d'avancées législatives ont eu lieu en près d'une décennie.

Pour commencer, nous pouvons remonter à une publication de la revue de droit de la communication de 2008. WERRO déplore que le législateur suisse fasse « *cavalier seul* », alors que l'Union européenne et les États-Unis s'arment de législations spéciales³⁷⁹. À ce titre, il suggère « *d'adopter les règles européennes, tout en y ajoutant [...] des règles complémentaires d'aspiration américaine* »³⁸⁰. En l'espèce, il s'agissait de règles permettant d'exonérer une plateforme de sa responsabilité, à condition de respecter certaines conditions. Pour les États-Unis, il s'agissait de la Section 230 du Communications Decency Act (CDA) de 1996³⁸¹, complété en 1998 par le Digital Millennium Copyright Act (DMCA)³⁸². Pour l'Union européenne, il faut se référer à la Directive sur le commerce électronique adopté en 2000³⁸³, qui inclut des règles relatives à la responsabilité des fournisseurs de service internet. L'auteur suggère notamment d'instaurer une immunité de principe d'un fournisseur, peu importe son niveau de connaissance, tant que des conditions claires sont respectées³⁸⁴. À ce propos, la proportionnalité est importante. D'une part, l'obligation générale de surveillance ne devrait pas s'imposer, d'autre part, chaque signalement de violation ne mérite pas une réaction³⁸⁵.

On voit l'équilibre délicat que l'auteur cherche à établir : défendre les intérêts des ayants droit et ceux des plateformes participatives, la responsabilité et l'immunité.

Contrairement aux espérances de l'auteur, cinq ans plus tard, ces propositions ne trouveront pas d'écho auprès du législateur. Nous avons déjà mentionné que, dans un rapport de 2013, le Conseil fédéral estimait la législation satisfaisante³⁸⁶. Les dispositions communes comme spéciales seraient adaptées aux évolutions d'internet, le droit suisse ne présenterait aucune lacune majeure. Il suffirait d'appliquer « *de manière judicieuse la plupart des règles d'ordre général figurant dans les lois actuelles* »³⁸⁷. Cependant, le Conseil fédéral reste conscient des limites de l'application du droit suisse dans un contexte transfrontalier, où la quasi-totalité des plateformes ont leur siège social à l'étranger. Il est regrettable que la seule voie de réforme possible se limitât au renforcement de la collaboration internationale³⁸⁸.

³⁷⁹ WERRO, p. 119 ; « *Le Conseil fédéral estime que celles-ci ne sont pas nécessaires [...] il n'y a selon nous aucune raison valable pour que les fournisseurs de services Internet soient traités autrement en Suisse qu'ailleurs* ».

³⁸⁰ WERRO, p. 120.

³⁸¹ 47 U.S. Code § 230(c) : « *No provider or user of an interaction computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider* ».

³⁸² Le titre 2 règle les limitations de responsabilité en cas de violation du droit d'auteur par les fournisseurs de services en ligne.

³⁸³ Voir notamment les art. 12ss de la 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 (« directive sur le commerce électronique »)

³⁸⁴ WERRO, p. 131.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ Rapport CF Amherd 2013 ; Voir 3.1.1.

³⁸⁷ Rapport CF Amherd 2013 p. 82.

³⁸⁸ Rapport CF Amherd 2013 p. 75.

Une partie de la doctrine sera une nouvelle fois déçue, lorsque deux ans plus tard, un rapport du Conseil fédéral de 2015 montre un campement de position³⁸⁹. Les titulaires ont les armes légales, défensives et réparatrices pour s'attaquer aux plateformes. Ces dernières peuvent également faire tomber leur responsabilité, en prouvant par exemple l'absence de causalité adéquate³⁹⁰.

En 2017, un rapport complémentaire est publié³⁹¹. Le Conseil fédéral constate que les usages d'internet ont considérablement évolué, et laisse ouvertes les questions liées au rapport de 2013. Il s'intéresse à des questions qui dépassent le cadre de notre travail, notamment aux questions de cyberharcèlement ou de « *fake news* ».

Le document souligne que l'autorégulation mise en place par les plateformes et médias sociaux peut être suffisante³⁹². Cet avis est discutable. Notre analyse de ces dispositifs, manuels comme automatiques, a relevé d'importantes limites. Nous critiquons ce laxisme, qui à date de ce rapport, évoluait uniquement par le fait de confier aux plateformes étrangères la responsabilité d'appliquer le droit.

Cependant, ce rapport complémentaire fut publié alors que la révision de la LDA était encore en cours de révision. On y retrouve une mention d'une obligation qui sera d'une importance capitale pour une plateforme comme YouTube. Il s'agit de l'obligation de suppression de contenus problématique, mais surtout d'assurer qu'elles ne surviennent plus. Il s'agit du « *stay-down* »³⁹³.

3.2. L'article 39d LDA et l'obligation de « *stay-down* »

Introduit le 1^{er} avril 2020, ce nouvel article représente une évolution législative majeure pour les plateformes participatives, les utilisateurs et les ayants droit. Lorsque la plateforme l'applique correctement, elle pourra échapper à une responsabilité liée à l'utilisation illicite d'œuvres protégées par ses utilisateurs. En revanche, dans l'hypothèse où un ayant droit constate que la plateforme n'a pas respecté son obligation de « *stay-down* »³⁹⁴, il pourra s'en prendre à un acteur plus intéressant, déjà identifié et a priori plus solvable.

Ce chapitre portera sur cette nouvelle obligation, ses objectifs, le contexte de son entrée en vigueur, son fonctionnement, ses conditions ainsi que son bilan.

3.2.1. Objectifs

L'art. 39d LDA est né d'une révision aux objectifs ambitieux, désireuse d'adapter le droit aux évolutions technologiques. Cette modernisation du droit d'auteur ambitionnait de renforcer la lutte contre le piratage, par exemple en empêchant la remise en ligne de contenus qui violent des droits de propriété intellectuelle.

³⁸⁹ Rapport CF Responsabilité 2015.

³⁹⁰ Rapport CF Responsabilité 2015, p. 2.

³⁹¹ Rapport complémentaire CF Amherd 2017.

³⁹² « *Pour l'instant, le Conseil fédéral mise sur une autorégulation de la branche et observe attentivement l'évolution de la situation* » ; Rapport complémentaire CF Amherd 2017, p. 52.

³⁹³ Rapport complémentaire CF Amherd 2017, p. 49.

³⁹⁴ Voir 3.2.2. pour la définition de « *stay-down* ».

Nous pensons d'emblée à des sites internet proposant illégalement de télécharger des films ou des musiques, directement (« *direct download* »)³⁹⁵ ou en pair-à-pair (« *peer-to-peer* »)³⁹⁶. Cependant, et nous l'avons abondamment analysé, des plateformes participatives comme YouTube ou Twitch permettent à leur façon de violer les droits de propriété intellectuelle. À l'instar d'un site web qui offre au téléchargement ou au « *streaming* » un film ou une musique, YouTube peut servir de plateforme d'hébergement du même contenu, disponible à la consommation, évitant simplement l'étape de téléchargement³⁹⁷.

Dans un dossier de presse publié par l'IPI en 2017³⁹⁸, nous remarquons un vocabulaire frontal, si ce n'est infantilisant, vis-à-vis des plateformes d'hébergement qui ne luttent pas suffisamment contre le piratage. Elles sont qualifiées de « *brebis galeuses* », responsables de maintenir un « *jeu du chat et de la souris* »³⁹⁹.

Les plateformes ont besoin d'utilisateurs pour mettre en ligne, visionner, télécharger et partager du contenu. Qu'il soit licite ou illicite, des revenus sont générés par des publicités et abonnements. Lorsque des contenus font l'objet de signalements d'atteinte aux droits d'auteur, les plateformes doivent respecter une obligation de « *take-down* »⁴⁰⁰ et les supprimer. Il leur est alors reproché de ne pas empêcher une nouvelle publication. Le dossier sous-entend que cette réticence est principalement due à des raisons économiques. Pour lutter efficacement contre ces violations, il faut respecter une seconde obligation, celle du « *stay-down* ». Concrètement, il faut empêcher la réintroduction des contenus incriminés.

Une partie de la doctrine prévenait de manière précoce que la loi devrait régulièrement s'adapter aux évolutions technologiques de ces plateformes⁴⁰¹. Lorsque les législations européenne⁴⁰², et dorénavant suisse, ont établi cet encadrement, les plateformes ont intensifié la protection du droit d'auteur. Il est regrettable que notre ancien régime, ainsi que l'autorégulation, ait été aussi longtemps jugé suffisant.

L'art. 39d LDA ne vise pas à modifier le régime ordinaire de responsabilité, mais à le compléter⁴⁰³. La nouvelle obligation de « *stay-down* » permet de combler les lacunes des règles existantes. En 2017, d'après le Message du Conseil fédéral⁴⁰⁴, les instruments juridiques ont été explicitement qualifiés d'insuffisants, voire d'inefficaces.

³⁹⁵ « *Le téléchargement direct est une pratique de mise à disposition de fichiers téléchargeables directement sur l'infrastructure d'un site web* » ; [https://fr.wikipedia.org/wiki/Téléchargement_direct](https://fr.wikipedia.org/wiki/T%C3%A9l%C3%A9chargement_direct) (consulté le 08.08.2022).

³⁹⁶ « *Un partage de fichiers en pair-à-pair est un réseau informatique logiciel destiné à partager des fichiers entre plusieurs ordinateurs interconnectés par internet, chaque internaute pouvant être serveur et client d'un autre internaute* » ; [https://fr.wikipedia.org/wiki/Partage_de_fichiers_en_pair-à-pair](https://fr.wikipedia.org/wiki/Partage_de_fichiers_en_pair-%C3%A0-pair) (consulté le 08.08.2022).

³⁹⁷ Depuis l'introduction de l'offre payante YouTube Premium, il est désormais également possible de télécharger des vidéos sur YouTube.

³⁹⁸ <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/news/2017/2017-11-221.html> (consulté le 09.08.2022).

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ Voir 3.2.3. pour la définition de « *take-down* ».

⁴⁰¹ Voir WERRO ; Le Rapport final de l'AGUR12 précise tout de même qu'en 2008 la révision partielle, relativement tardive, de la LDA a su s'adapter aux nouveaux standards d'internet ; Rapport final AGUR12 p. 35/87.

⁴⁰² Voir 4.

⁴⁰³ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1336, p. 228.

⁴⁰⁴ Message FF 2018, p. 602.

Par exemple, pour supprimer du contenu réintroduit⁴⁰⁵, il était nécessaire de saisir une nouvelle fois les tribunaux⁴⁰⁶. Le retrait d'un contenu reste possible par une action en cessation (art. 62 al. 1 let. b LDA), mais l'arsenal juridique ne permet pas d'empêcher durablement la répétition des violations. Même si l'action en prévention existe (art. 62 al. 1 let. a LDA), elle est source d'insécurité juridique et « *soumise à des conditions strictes* »⁴⁰⁷. Selon le Message, cette nouvelle disposition répond à cette problématique, l'action en prévention contre les fournisseurs d'hébergements est concrétisée⁴⁰⁸.

La révision apporte également une réponse aux limites des procédures internes aux plateformes (« *notice* » et « *take-down* » par exemple⁴⁰⁹).

3.2.2. Notions

L'art. 39d LDA vise explicitement le fournisseur d'hébergement et non le fournisseur d'accès. Avant l'entrée en vigueur de la révision, FRANCEY soulignait l'importance de délimiter les conditions de responsabilité en fonction des différentes catégories de fournisseurs de services⁴¹⁰. Un fournisseur d'accès par exemple ne saurait être complice d'une violation du droit d'auteur⁴¹¹. Son exclusion visait à éviter le phénomène d'« *overblocking* ». En effet, un fournisseur d'hébergement est d'une part plus proche des contenus incriminés, et d'autre part, il peut les bloquer de manière ciblée. On ne saurait exiger de Swisscom d'empêcher l'accès à un site web hébergeant une vidéo illicite, alors que ce même site peut retirer cette seule vidéo de ses serveurs. C'est pour éviter de bloquer du contenu illicite, conjointement à du contenu parfaitement licite⁴¹², que l'art. 39d LDA vise le fournisseur d'hébergement. En réalité, cette décision du législateur de ne pas réguler la responsabilité du fournisseur d'accès est le reflet d'un arrêt récent du Tribunal fédéral⁴¹³.

Dans notre travail, nous avons déjà apporté une définition du fournisseur d'hébergement et de la plateforme participative⁴¹⁴.

L'art. 39d al. 1 LDA mentionne le fournisseur d'hébergement, tout en y apportant une définition qui délimite précisément son type : « *[l]e fournisseur d'un service d'hébergement Internet qui sauvegarde les informations saisies par les usagers* ». Il s'agit d'une description correspondant au terme anglais de « *hosting provider* »⁴¹⁵. Elle décrit clairement une plateforme comme YouTube. D'un côté il y a l'hébergeur qui sauvegarde passivement sur ses serveurs, et de l'autre, l'utilisateur qui y enregistre activement du contenu⁴¹⁶.

⁴⁰⁵ Par une action en cessation, sur la base de l'art. 62 al. 1 let. b LDA.

⁴⁰⁶ Message FF 2018, p. 602.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Voir 3.2.3.

⁴¹⁰ FRANCEY JULIEN, N°56-57, pp. 23-24 ; L'implication d'un fournisseur d'accès et d'hébergement dans un acte illicite est différente ; Voir 3.1.1.

⁴¹¹ CHERPILLOD, Propriété intellectuelle, N°1334, p. 228.

⁴¹² Définition de l'« *overblocking* » ; SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies, p. 40.

⁴¹³ ATF 145 III 72 ; <https://www.wg-avocats.ch/actualites/propriete-intellectuelle/lutte-contre-piratage/> (consulté le 10.10.2022).

⁴¹⁴ Voir 2.1.4 et 2.2.

⁴¹⁵ BARRELET/EGLOFF, N°3 ad art. 39d LDA, p. 307.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

Une des conditions d'application de l'art. 39d LDA⁴¹⁷ apporte une précision importante quant au fonctionnement du fournisseur : il doit générer un risque de violation. Nous reviendrons sur ce point plus tard⁴¹⁸.

Le premier alinéa de l'art. 39d LDA donne une définition de l'obligation de « *stay-down* ». Le rapport final de l'AGUR12 du 28 novembre 2013 faisait de même dans un glossaire fourni par l'IPI : « *[/]es hébergeurs qui sont, en raison de leur fonctionnement technique ou de leur modèle commercial (notamment héberger des sites pirates), à l'origine d'un danger particulier de violation des droits d'auteur doivent faire en sorte que les contenus portant atteinte au droit d'auteur ne soient pas réintroduits sur leur serveur* »⁴¹⁹. Le glossaire du Message de Conseil fédéral reprend cette définition⁴²⁰.

Finalement, certains termes utilisés sont délibérément et judicieusement indéterminés. Nous avons déjà décrié l'immobilisme législatif dans le domaine des nouvelles technologies. Cependant, l'exercice de rédaction législative en la matière est délicat. Internet se développe plus rapidement que n'importe quelle réglementation légale, il est nécessaire d'employer des notions suffisamment larges. Plus important encore, cette approche permet à la jurisprudence de définir et d'adapter les textes légaux « *en tenant compte des développements futurs* »⁴²¹.

3.2.3. Moyens préexistants

Nous avons déjà étudié les moyens existants à travers le régime ordinaire de responsabilité⁴²², mais aussi les instruments proposés par les plateformes⁴²³. Nous ne reviendrons pas sur ces points. Le Message rappelle leur insuffisance et inefficacité⁴²⁴.

Il reste un dernier moyen que nous n'avons pas encore évoqué, le système d'autorégulation établi par le Code de conduite Hébergement en 2013 (CCH)⁴²⁵, établi sous l'égide de Swico⁴²⁶. Nous y retrouvons les procédés de « *notice* », « *notice and notice* » et « *notice and take-down* » :

- le « *notice* » est un signalement envoyé à un hébergeur lorsqu'une violation a été repérée sur sa plateforme⁴²⁷ ;

⁴¹⁷ Art. 39d al. 1 let. c LDA.

⁴¹⁸ Voir 3.2.5.3.

⁴¹⁹ Voir le renvoi au glossaire ; <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/urg.html> (consulté le 10.10.2022)

⁴²⁰ Message FF 2018, p. 654.

⁴²¹ BARRELET/EGLOFF, N°7 ad art. 39d LDA, p. 308 ; SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 8 ; Message FF 2018, p. 603.

⁴²² Voir 3.1.

⁴²³ Pour YouTube voir 2.3.2.

⁴²⁴ Message FF 2018, p. 602.

⁴²⁵ BARRELET/EGLOFF, N°2 ad art. 39d LDA, p. 306 ; <https://www.swico.ch/fr/connaissances/normes-et-standards/code-de-conduite-hebergement/#notification-notification-etou-notification-retrait-de-contenu-illicite> (consulté le 10.10.2022).

⁴²⁶ « *Swico est l'association professionnelle pour le secteur des TIC et d'internet et représente les intérêts des entreprises établies et des start-up sur les plans politique, économique et social* ». Elle a fusionné avec la Swiss Internet Industry Association (Simsa) le 18 juin 2018 ; <https://www.swico.ch/fr/association/> (consulté le 10.10.2022).

⁴²⁷ BARRELET/EGLOFF, N°2 ad art. 39d LDA, p. 307 ; Voir aussi Message FF 2018, p. 568.

- le « *notice and notice* » est la réponse de l'hébergeur. Suite au signalement, il invite la personne qui a publié le contenu incriminé à le supprimer ou à justifier sa licéité⁴²⁸ ;
- le « *notice and take-down* » est la suppression de ce contenu par l'hébergeur site au signalement⁴²⁹.

Le Message du Conseil fédéral relève toutefois les limites d'un tel système. Il le qualifie de défaillant et inefficace lorsque la violation des droits d'auteur bénéficie au modèle économique d'une plateforme d'hébergement⁴³⁰. Cette limite s'applique particulièrement à YouTube, qui génère des revenus publicitaires et d'abonnement sur n'importe quel contenu publié⁴³¹.

L'obligation de « *stay-down* » a été mise en place pour mettre fin à la répétition de ces procédés de notification et suppression⁴³².

3.2.4. Chronologie et AGUR12

La LDA s'inscrit dans une époque où son évolution est essentielle, l'élan de modernisation du droit d'auteur ne doit pas se figer. Sa première adaptation à l'ère du numérique date de 2008⁴³³.

En mars 2010, un postulat émanant du Conseil des États porte sur le téléchargement illégal de musique⁴³⁴. En mai 2010, le Conseil fédéral avait donné son avis, affirmant que « *la loi sur le droit d'auteur offre [...] déjà des possibilités adéquates permettant de régler les utilisations d'œuvres sur internet* », et proposait de rejeter le postulat⁴³⁵. Le Conseil des États lui a donc donné tort.

Par la suite, en réponse à ce postulat, le Conseil fédéral a publié en novembre 2011 un rapport qui constatait un cadre juridique suffisant, et préférait réévaluer la situation périodiquement⁴³⁶.

Vu les réactions négatives à ce rapport, la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga a institué, en août 2012, le groupe de travail AGUR12, dirigé par l'IPI. Ce dernier fut chargé « *d'examiner la situation du droit d'auteur et de mettre en lumière des possibilités de l'adapter à l'état actuel de la technique* »⁴³⁷. Pour ce qui est de sa

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ Message FF 2018, p. 568.

⁴³¹ Depuis 2020, les publicités sur YouTube concerne également les créateurs ne faisant pas partie du Programme Partenaire YouTube. Ainsi, la plateforme génère des revenus publicitaires sur une base de vidéos encore plus large, et ce, sans devoir les partager avec ces « *petits* » créateurs ; <https://blog.youtube/news-and-events/updates-to-youtubes-terms-of-service/> (consulté le 10.10.2022).

⁴³² « *Notice and take-down* » ; BARRELET/EGLOFF, N°2 ad art. 39d LDA, p. 307.

⁴³³ <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/urg.html> (consulté le 25.08.2022).

⁴³⁴ Postulat Savary 2010.

⁴³⁵ *Ibidem*.

⁴³⁶ Rapport CF Savary 2011 ; <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/urg.html> (consulté le 25.08.2022)

⁴³⁷ <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/urg.html> (consulté le 25.08.2022) ; Plus précisément, « *[l]e mandat du groupe de travail est de mettre en lumière, d'ici à la fin 2013, des possibilités d'adapter le droit d'auteur à l'état actuel de la technique. Il est chargé notamment d'identifier et d'éliminer des restrictions d'utilisation involontaires et des entraves non souhaitées à la concurrence tout en assurant une rémunération appropriée pour l'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur et la lutte contre le piratage. Une autre tâche du groupe de travail est de procéder à une analyse approfondie des modalités de la gestion collective afin d'identifier des*

composition, elle reflète la volonté de considérer les intérêts de tous les acteurs et groupes d'intérêts concernés. À cette date, le groupe se composait de six représentants des artistes, trois des producteurs, trois des utilisateurs, trois des consommateurs et trois de l'administration⁴³⁸. En 2016, l'AGUR12 II a été renforcé par deux représentants des fournisseurs d'internet et un de l'Office fédéral de la justice⁴³⁹. Entre octobre 2012 et juin 2013, le groupe s'est réuni sept fois, et a publié le Rapport final AGUR12 en novembre 2013⁴⁴⁰. Il porte sur cinq axes, dont la simplification de la lutte contre le piratage.

Le Conseil fédéral a examiné les recommandations du groupe en juin 2014 et chargé le Département fédéral de justice et police de soumettre un projet de révision à mettre en consultation⁴⁴¹.

En décembre 2015, l'avant-projet de révision de la LDA a vu le jour. Il prévoyait notamment l'amélioration de la protection des ayants droit en cas d'atteintes sur internet⁴⁴².

La procédure de consultation s'est déroulée de décembre 2015 à mars 2016. L'IPI fut chargé de cette phase qui a permis de récolter 1224 prises de position, documentées sur plus de 8000 pages⁴⁴³. Naturellement, les divergences étaient inévitables. Par exemple, les ayants droit attendaient plus d'obligations des fournisseurs de services, qui les considéraient à leur tour disproportionnées⁴⁴⁴. Un rapport rendant compte des résultats de la consultation fut publié en décembre 2016.

En septembre 2016, le groupe AGUR12 II a été chargé de reprendre les analyses et questions soulevées par la consultation de l'avant-projet.

Au terme de quatre réunions, le groupe de travail a trouvé un compromis en mars 2017 et a clarifié les questions laissées jusque-là en suspens. Il restait alors à soumettre au Conseil fédéral une proposition sur la révision de la LDA.

Le Message du Conseil fédéral a finalement été publié le 22 novembre 2017⁴⁴⁵.

Le parlement a ensuite adopté la modernisation du droit d'auteur en septembre 2019, et la LDA révisée est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020.

Cette révision repose sur un ensemble de travaux et de consultations qui ont duré près de huit ans⁴⁴⁶. Le processus a été long, la satisfaction entière de chaque partie impossible, mais l'AGUR12 a réalisé un objectif difficile, le compromis⁴⁴⁷.

moyens d'en accroître l'efficacité et d'en réduire les coûts » ; <https://www.ige.ch/fr/droit-et-politique/evolutions-nationales/droit-dauteur/revision-du-droit-dauteur/groupe-de-travail-agur12/agur12> (consulté le 25.08.2022).

⁴³⁸ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N°9, p. 4 ; <https://www.ige.ch/fr/droit-et-politique/evolutions-nationales/droit-dauteur/revision-du-droit-dauteur/groupe-de-travail-agur12/agur12> (consulté le 25.08.2022).

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ Rapport final AGUR12 2013 ; <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/urg.html> (consulté le 25.08.2022).

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² FRANCEY JULIEN, N°221, p. 96.

⁴⁴³ FRANCEY JULIEN, N°223, p. 96.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁴⁵ Message FF 2018.

⁴⁴⁶ <https://www.wg-avocats.ch/actualites/propriete-intellectuelle/lutte-contre-piratage/> (consulté le 28.08.2022).

⁴⁴⁷ Message FF 2018, p. 567 : « [s]i aucun des groupes d'intérêt représenté au sein de l'AGUR12 n'a pu imposer l'ensemble de ses revendications, chacun d'entre eux a toutefois pu intégrer dans le compromis des préoccupations importantes, tout en devant faire l'impasse sur d'autres exigences. Le compromis offre donc un équilibre, ce qui était le but recherché par la constitution de l'AGUR12 ».

Parmi les résultats, il y a l'art. 39d LDA. Les chapitres qui suivent analyseront les conditions d'application de cette nouvelle disposition.

3.2.5. Les conditions cumulatives (al. 1)

L'art. 39d LDA a la teneur suivante :

« Le fournisseur d'un service d'hébergement Internet qui sauvegarde les informations saisies par les usagers est tenu d'intervenir afin d'empêcher qu'une œuvre ou un autre objet protégé ne soit à nouveau rendu accessible de manière illicite à des tiers par le biais de son service lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a. l'œuvre ou un autre objet protégé a déjà été rendu accessible à des tiers de manière illicite par le biais du même service ;
- b. le fournisseur a été rendu attentif à la violation du droit ;
- c. le service, notamment en raison de son fonctionnement technique ou de ses objectifs économiques qui favorisent les violations du droit, génère un risque particulier qu'une telle violation soit commise.

Le fournisseur doit prendre les mesures qui peuvent être raisonnablement exigées de lui d'un point de vue technique et économique compte tenu du risque de violation »⁴⁴⁸.

Sous certaines conditions, l'article impose donc une obligation de « *stay-down* » aux plateformes participatives lorsque du contenu illicite est à nouveau partagé par ses utilisateurs. Nous démontrerons que YouTube connaît cette pratique de « *reupload* » quotidiennement, faisant d'elle un hébergeur qui les favorise. Mais voyons à quelles conditions cette obligation s'applique.

3.2.5.1. Accessibilité

« [L]’œuvre ou un autre objet protégé a déjà été rendu accessible à des tiers de manière illicite par le biais du même service »⁴⁴⁹.

La première condition suppose qu'un contenu illicite ait été rendu accessible une première fois. Sur une plateforme participative proposant de partager du contenu, il faut la comprendre comme suit : un contenu est posté par un tiers non titulaire des droits sur l'œuvre (« *upload* »), puis retiré, car il viole des droits de propriété intellectuelle (« *take-down* »)⁴⁵⁰, pour être posté une nouvelle fois sur la même plateforme (« *reupload* »).

Concernant le contenu illicite, il peut s'agir d'une œuvre à part entière, d'une partie ou d'un lien conduisant vers une autre plateforme⁴⁵¹. Pour le retrait, il peut résulter d'une procédure d'autorégulation (ex. code de conduite consacré par SWICO) ou d'une décision judiciaire (ex. art. 62 al. 1 let. b LDA)⁴⁵². L'étape de « *reupload* » consiste simplement à répéter l'« *upload* ».

⁴⁴⁸ Art. 39d LDA.

⁴⁴⁹ Art. 39d al. 1 let. a LDA.

⁴⁵⁰ Avant d'être retiré, il aura pu être nécessaire de signaler la violation à la plateforme par une première « *notice* ».

⁴⁵¹ BARRELET/EGLOFF, N°5 ad art. 39d LDA, p. 308 ; Message FF 2018, p. 602.

⁴⁵² SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 7 ; Message FF 2018, p. 602.

Les étapes liées à cette première condition démontre que l'obligation de « *stay-down* » impose aux ayants droit la charge de supporter une deuxième violation. SALVADÉ relève que cela va à l'encontre du but de la loi et des moyens de lutte contre le piratage⁴⁵³. Il est difficile de déterminer le point de départ de l'obligation. Idéalement, la solution serait d'empêcher une nouvelle publication en amont, mais le texte légal n'irait-il pas trop loin en prévoyant l'interdiction pure et simple de l'acte même de « *reupload* » ? N'y aurait-il pas une impossibilité technique et pratique ? Selon nous, un point de départ postérieur à la nouvelle publication peut être acceptable, dans la mesure où la plateforme agit relativement rapidement. Le texte légal n'indique aucun délai exact. Il s'agit d'un point à éclaircir par la jurisprudence. Dans tous les cas, l'al. 2 mentionne des mesures raisonnablement exigibles, condition qui pourrait s'appliquer au délai attendu pour agir. Au final, le Message du Conseil fédéral parle d'intervention rapide⁴⁵⁴.

Ensuite, une nouvelle violation n'est pas nécessairement importante tant que l'obligation de « *stay-down* » est respectée. En effet, le préjudice sera plus ou moins lourd de conséquences en fonction des ayants droit concernés. Prenons le cas d'un utilisateur ordinaire de YouTube, monétisant ou non ses vidéos, réalisant un faible nombre de vues. Il constate qu'un tiers a reposté ses œuvres illégalement. Si l'obligation de « *stay-down* » lui est grandement profitable, supporter une nouvelle publication ne représente pas une épreuve insurmontable. Les conditions existantes seront satisfaisantes pour ce profil d'utilisateur. Ceci, dans la mesure où après un premier signalement, sa demande de retrait est exécutée. En revanche, pour un créateur de contenu professionnalisé, générant la majeure partie de ses revenus grâce à ses vidéos, le « *reupload* » par un tiers peut s'avérer problématique. En particulier s'il se répète dès les premiers jours suivant la publication⁴⁵⁵. Concernant les géants du divertissement⁴⁵⁶, les revenus en jeu sont particulièrement importants⁴⁵⁷. Ces acteurs espèrent ne supporter aucune nouvelle publication illicite de leurs contenus. Pour corriger cet inconvénient imposé aux ayants droit, l'une des solutions reste l'automatisation efficace des procédures de « *take-down* ». Sur une plateforme accueillant autant de risques de violations, YouTube a fait le choix d'employer des algorithmes très stricts. Conjointement aux interventions manuelles, la plateforme se conforme aux attentes décrites dans le Message du Conseil fédéral. Comme nous l'avons déjà précisé, il en ressortait une volonté d'intervention rapide, voulant mettre fin au jeu du chat et de la souris⁴⁵⁸. Le géant californien a répondu en développant des outils qui anticipent suffisamment tôt une éventuelle obligation de « *stay-down* »⁴⁵⁹.

⁴⁵³ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 7.

⁴⁵⁴ Message FF 2018, p. 601.

⁴⁵⁵ Sur YouTube, les créateurs de contenu qui génèrent des revenus importants et stables soulignent l'importance des premiers jours, voire des premières heures suivant une publication. La majorité des vues sont réalisées durant cette période, d'où l'importance de ne pas subir une limitation dans la monétisation ou être victime d'un « *reupload* » par des tiers.

⁴⁵⁶ Par exemple Vevo pour la musique ou Canal+ pour le divertissement.

⁴⁵⁷ Les clips de musique postés par Vevo représentent des centaines de millions de vues par mois, générant des revenus considérables, chiffrable en millions de dollars ; <https://en.wikipedia.org/wiki/Vevo> (consulté le 05.09.2022).

⁴⁵⁸ Message FF 2018, pp. 601-602.

⁴⁵⁹ Voir 3.2.9. qui explique la nouvelle fonction d'interdiction de copie qui doit permettre le retrait automatique de contenu illicite après un premier, et idéalement unique, signalement.

3.2.5.2. Avertissement

« [L]e fournisseur a été rendu attentif à la violation du droit »⁴⁶⁰.

Cette deuxième condition exige du titulaire de signaler la violation de droits causée par la remise en ligne de son œuvre protégée. Cette étape est l'acte de « *notice* ». C'est un second signalement, différent de celui ayant entraîné un premier « *take-down* »⁴⁶¹.

Cette notification se fait principalement par voie électronique⁴⁶². Une plateforme comme YouTube propose une procédure très simple. Les titulaires remplissent un formulaire Web ou cliquent sur un onglet de « *demande de suppression* »⁴⁶³.

Ensuite, l'œuvre signalée et la violation doivent être précisément identifiables⁴⁶⁴. Le Message du Conseil fédéral suggère l'utilisation d'une empreinte numérique afin de faciliter cette identification, et nous avons vu que YouTube propose ce genre de mécanisme⁴⁶⁵. Si l'on se réfère au formulaire mis à disposition par la plateforme, il permet certes de reconnaître directement le contenu incriminé, mais il se limite au surplus à une simple précision de la « *relation avec le contenu protégé par des droits d'auteurs* »⁴⁶⁶. Alors que les algorithmes et analyses manuels ont prouvé leur efficacité, avec toutefois certaines limites, l'utilisation d'une empreinte numérique reste indispensable pour un signalement pertinent.

Une nouvelle fois, la doctrine déplore la nécessité de répéter une notification qui a déjà eu lieu lors de la première violation⁴⁶⁷. Si l'obligation de « *stay-down* » après une nouvelle notification n'est pas une solution idéale, l'art. 39d LDA permet tout de même de mettre fin aux répétitions de « *notice and take-down* » après « *seulement* » une deuxième violation. Selon nous, l'analyse en fonction du type de titulaire concerné doit également s'appliquer. Un nouveau signalement de la part d'un créateur non régulier, ou du moins parfaitement amateur, n'est pas nécessairement insurmontable. Ses « *notices* » se feront de manière ponctuelle. Ils ne sont pas une cible d'utilisateurs profitant des créations d'autrui pour générer des vues ou des revenus. En revanche, les créateurs professionnels font face à cette situation suffisamment souvent et ne devraient pas être obligés de contacter YouTube de manière répétées.

3.2.5.3. Favorisation

« [L]e service, notamment en raison de son fonctionnement technique ou de ses objectifs économiques qui favorisent les violations du droit, génère un risque particulier qu'une telle violation soit commise »⁴⁶⁸.

⁴⁶⁰ Art. 39d al. 1 let. b LDA.

⁴⁶¹ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 7.

⁴⁶² Message FF 2018, p. 602 ; BARRELET/EGLOFF, N°6 ad art. 39d LDA, p. 308 ; SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 7.

⁴⁶³ <https://support.google.com/youtube/answer/2807622?hl=fr> (consulté le 06.09.2022).

⁴⁶⁴ Message FF 2018, p. 602 ; BARRELET/EGLOFF, N°6 ad art. 39d LDA, p. 308 ; SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 7.

⁴⁶⁵ Message FF 2018, p. 602 ; Voir 2.3.2.3.

⁴⁶⁶ <https://support.google.com/youtube/answer/2807622?hl=fr> (consulté le 06.09.2022).

⁴⁶⁷ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, pp. 7-8.

⁴⁶⁸ Art. 39d al. 1 let. c LDA.

Cette dernière condition suppose que le fonctionnement ou l'objectif du fournisseur d'hébergement favorise la violation du droit d'auteur. Les notions utilisées sont volontairement indéfinies. Cela permet de tenir compte des évolutions futures, en offrant aux juges une marge de manœuvre suffisante pour chaque cas d'espèce⁴⁶⁹. L'utilisation du terme « *notamment* » montre que les critères ne sont pas exhaustifs. Si l'on reprend ces derniers, une plateforme participative comme YouTube les remplit aisément. En premier lieu, c'est son algorithme⁴⁷⁰ qui joue un rôle important dans la favorisation de violation. Son fonctionnement manque cruellement de transparence. Indiscernable et impossible à manipuler à son avantage, son évolution régulière et imprévisible en fait une figure chimérique, source de spéculation et d'interprétation fantasmée. Lorsque les créateurs de contenus parviennent tout de même à en cerner le fonctionnement, il en ressort un même critère, celui de la régularité. En effet, pour qu'un contenu soit recommandé et atteigne de nouvelles audiences, il faut produire à un rythme constant. L'algorithme récompense les utilisateurs qui suivent ce modèle, constituant une incitation à proposer un contenu de manière intensive. Cette analyse s'applique particulièrement aux utilisateurs impliqués professionnellement. À l'image de la télévision, de nombreuses chaînes YouTube ont un calendrier de sortie précis (par ex. une nouvelle vidéo tous les dimanches à 13h)⁴⁷¹. Malheureusement, cette mise en avant de la productivité est souvent source de « *burn-out* », de frein à la liberté de création et d'un abaissement qualitatif au profit d'un critère quantitatif⁴⁷². Cette constatation s'opère en parallèle au critère économique, car les impressions et les taux de clics⁴⁷³ sont d'autant de moyens d'incitations à publier. Le critère du « *Watch Time* »⁴⁷⁴, qui influe sur la recommandation ou non d'une vidéo, pousse à réimaginer chaque seconde d'une publication. Plus les créateurs « *séduisent* » l'algorithme et tous ses critères, plus les revenus générés seront importants. En l'espèce, nous pouvons évoquer deux facteurs essentiels, le CPM (coût pour mille impressions) et le RPM (revenu pour mille vues)⁴⁷⁵. Ces deux données varient en fonction des critères de publications que nous venons d'évoquer. Afin d'augmenter, ou du moins maintenir ces deux éléments, il en résulte une course à la productivité. Face aux milliers d'heures de vidéos postées quotidiennement, la démarcation est alors un facteur déterminant. À ce titre, l'utilisation d'œuvres existantes peut s'avérer indispensable pour proposer des vidéos plus originales. Ceci, au risque d'utiliser des œuvres protégées, pour ensuite revendiquer systématiquement l'usage loyal, la citation ou la libre parodie. Ces moyens de défense et de justification sont compréhensibles, tant la pression de publication intensive permet de générer des

⁴⁶⁹ Message FF 2018, p. 603.

⁴⁷⁰ Ici, l'algorithme ne se réfère pas aux outils de protection des droits d'auteur. Il s'agit en l'occurrence d'un ensemble d'instructions et d'opérations qui permettent de recommander, mettre en avant voire invisibiliser les contenus de ses utilisateurs.

⁴⁷¹ Dans l'interface de chaque créateur, la plateforme propose également les créateurs horaires réalisant les meilleures audiences. Supposons que plusieurs jours et plusieurs horaires soient recommandés, cela peut avoir pour conséquence d'inciter à multiplier les sorties hebdomadaires de vidéos.

⁴⁷² Une recherche indiquant les mots clés « *burn-out* » et « *youtubeur* » sur la plateforme démontre que ce triste état de fait concerne de nombreux utilisateurs.

⁴⁷³ Voir <https://support.google.com/youtube/answer/9314486?hl=fr> (consulté le 07.09.2022) pour les définitions.

⁴⁷⁴ Le « *Watch Time* » se définit comme le temps de visionnage d'une vidéo par une audience. Il s'agit en quelque sorte d'un taux de rétention. Aujourd'hui, c'est un critère essentiel pour que la plateforme recommande une vidéo ; <https://audreytips.com/glossaire-web/watch-time/> (consulté le 07.09.2022).

⁴⁷⁵ <https://support.google.com/youtube/answer/9314357?hl=fr> (consulté le 07.09.2022).

revenus importants. La doctrine rappelle à juste titre que la favorisation des fournisseurs d'hébergement peut résulter de leur intérêt à bénéficier d'un « *trafic élevé pour faire de la publicité* »⁴⁷⁶. La répartition des revenus publicitaires sur YouTube est un autre élément à considérer, où 55% sont redistribués à ses utilisateurs⁴⁷⁷. Ensuite, la facilité de publication de vidéos déjà supprimées peut démontrer une favorisation des violations. Si les outils automatiques de YouTube peuvent repérer un contenu illicite déjà retiré, il ne faut oublier que « *les pirates de contenu excellent* »⁴⁷⁸ en matière de contournement des algorithmes⁴⁷⁹.

Finalement, considérer que YouTube favorise les violations est d'autant plus logique que « *le risque particulier de violations ne doit pas être apprécié de manière trop stricte* »⁴⁸⁰. Précisons tout de même qu'il existe un ensemble de critères à prendre en compte pour considérer qu'une plateforme génère un risque particulier de violation. Le simple fait de faciliter la réintroduction n'est pas suffisant. Selon le Message du Conseil fédéral, les facteurs à considérer sont multiples : « *un nombre anormalement élevé de dénonciations légitimes de violations de droits d'auteur, une accumulation de liens vers des collections de liens renvoyant à des contenus illicites ou un fonctionnement qui permet une utilisation du service sans que les utilisateurs aient à établir leur identité au moyen de preuves suffisantes* »⁴⁸¹. Pour revenir à YouTube, et comme relevé par SALVADÉ, la plateforme est sujette à un nombre suffisamment élevé de réclamations pour remplir cette condition⁴⁸².

3.2.6. Les mesures raisonnablement exigibles (al. 2)

« *Le fournisseur doit prendre les mesures qui peuvent être raisonnablement exigées d'un point de vue technique et économique compte tenu du risque de violation* »⁴⁸³.

Ce deuxième alinéa explicite le comportement à adopter par un fournisseur d'hébergement lorsque les conditions du premier alinéa sont remplies. C'est également un principe de proportionnalité qui est posé.

Les mesures concrètes à adopter ne sont pas précisées, le Message du Conseil fédéral indique que c'est à la discrétion de l'hébergeur⁴⁸⁴. Cependant, la fin de l'alinéa rappelle que l'étendue de l'obligation dépend du cas d'espèce⁴⁸⁵. Une plateforme qui accueille des décennies de contenus par jour est à traiter différemment d'un hébergeur qui stocke un nombre limité de données. Pour ce dernier, son rôle dans la lutte contre le piratage est minime. Une obligation de « *stay-down* » qui empêche l'accès à un

⁴⁷⁶ BARRELET/EGLOFF, N°7 ad art. 39d LDA, p. 308.

⁴⁷⁷ Sur les revenus publicitaires générés pour mille vues, 45% sont gardés par YouTube, et les 55% restants sont versés à ses créateurs ; <https://www.businessinsider.com/how-much-money-youtube-creators-influencers-earn-real-examples-2021-6?r=US&IR=T> (consulté le 08.09.2022).

⁴⁷⁸ Message FF 2018, p. 602.

⁴⁷⁹ Voir 2.3.2.2.

⁴⁸⁰ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 9 ; BARRELET/EGLOFF, N°7 ad art. 39d LDA, p. 308.

⁴⁸¹ Message FF 2018, p. 603.

⁴⁸² Selon YouTube, ce serait près de 100 ans de vidéos qui sont vérifiés quotidiennement ; SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 8 ; <https://support.google.com/youtube/answer/2814000?hl=fr> (consulté le 08.09.2022).

⁴⁸³ Art. 39d al. 2 LDA.

⁴⁸⁴ Message FF 2018, p. 603.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

cercle plus large de personnes que la famille ou les amis est jugée satisfaisante⁴⁸⁶. Les personnes qui accèdent aux contenus illicites ne seront pas inquiétées, car elles bénéficieront de l'usage privé (art. 19 al. 1 let. a LDA)⁴⁸⁷.

Il n'en va pas de même pour un acteur comme YouTube. D'abord, le risque de violation y est immensément plus important. Ensuite, force est de constater que le site a mis en place des outils particulièrement efficaces dans la lutte contre le partage de contenus illicites. Pour ce faire, des années et des millions de dollars ont été mis au service d'algorithmes toujours plus sophistiqués. Ainsi, imposer des mesures techniques et économiques à un géant du Web qui domine le marché du numérique⁴⁸⁸ ne ferait qu'accompagner les initiatives déjà entreprises.

En ce qui concerne le principe de proportionnalité, à quel degré s'applique-t-il à une plateforme présentant autant de risques de violation ? À notre avis, la rapidité de réaction peut être relativisée. Les milliers d'heures de vidéos illicites partagées (« *upload* ») et repartagées (« *reupload* ») peuvent « *survivre* » un certain temps avant d'être retirées. Nous avons déjà évoqué que faire supporter une deuxième violation et un deuxième signalement (« *notice* ») aux ayants droit représente une limite à l'obligation de « *stay-down* ». Cependant, il faut garder en tête cette masse de contenus avant d'imposer des conditions trop strictes à YouTube.

Cela étant, cette proportionnalité indispensable est assumée par la plateforme. Son investissement humain, technique et économique dans la lutte contre le piratage démontre des capacités adaptées aux nouvelles exigences de l'art. 39d LDA. De plus, des cas de suppressions que l'on pourrait qualifier de préventives surviennent suffisamment souvent pour attester de son adaptabilité à la nouvelle disposition. Soumettre YouTube à l'obligation de « *stay-down* » paraît justifié et proportionné.

3.2.7. La procédure de « *stay-down* »

Pour mieux comprendre l'art. 39d LDA, résumons l'ensemble de ses étapes⁴⁸⁹ :

- initialement, le titulaire des droits utilise les outils existants de retrait. Il s'agit du « *notice and take-down* » (système d'autorégulation ou décision judiciaire) ;
- lorsqu'un « *reupload* » du même contenu survient, l'art. 39d LDA peut s'appliquer. Une fois les conditions remplies, la plateforme doit empêcher toute nouvelle remise en ligne (obligation de « *stay-down* ») ;
- le titulaire peut ne pas être satisfait, si les mesures sont jugées insuffisantes ou qu'aucune mesure de « *stay-down* » n'est prise. Dans ce cas, une action civile est possible. Il devra « *agir en justice et demander au tribunal d'ordonner l'interdiction d'une atteinte imminente sur la base de l'art. 62 al. 1 let. a en relation avec les art. 62 al. 1^{bis} et 39d* »⁴⁹⁰. L'action « *pourra aussi être exercée par voie provisionnelle* »⁴⁹¹ (art. 65 LDA) ;
- finalement, deux situations peuvent en résulter. Soit le fournisseur d'hébergement se soumet à son obligation, soit il ne le fait pas. Dans le premier cas, le processus se clôt, dans le second, la procédure d'exécution des

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 9.

⁴⁸⁸ YouTube appartient à Google, maison mère appartenant aux GAFAM.

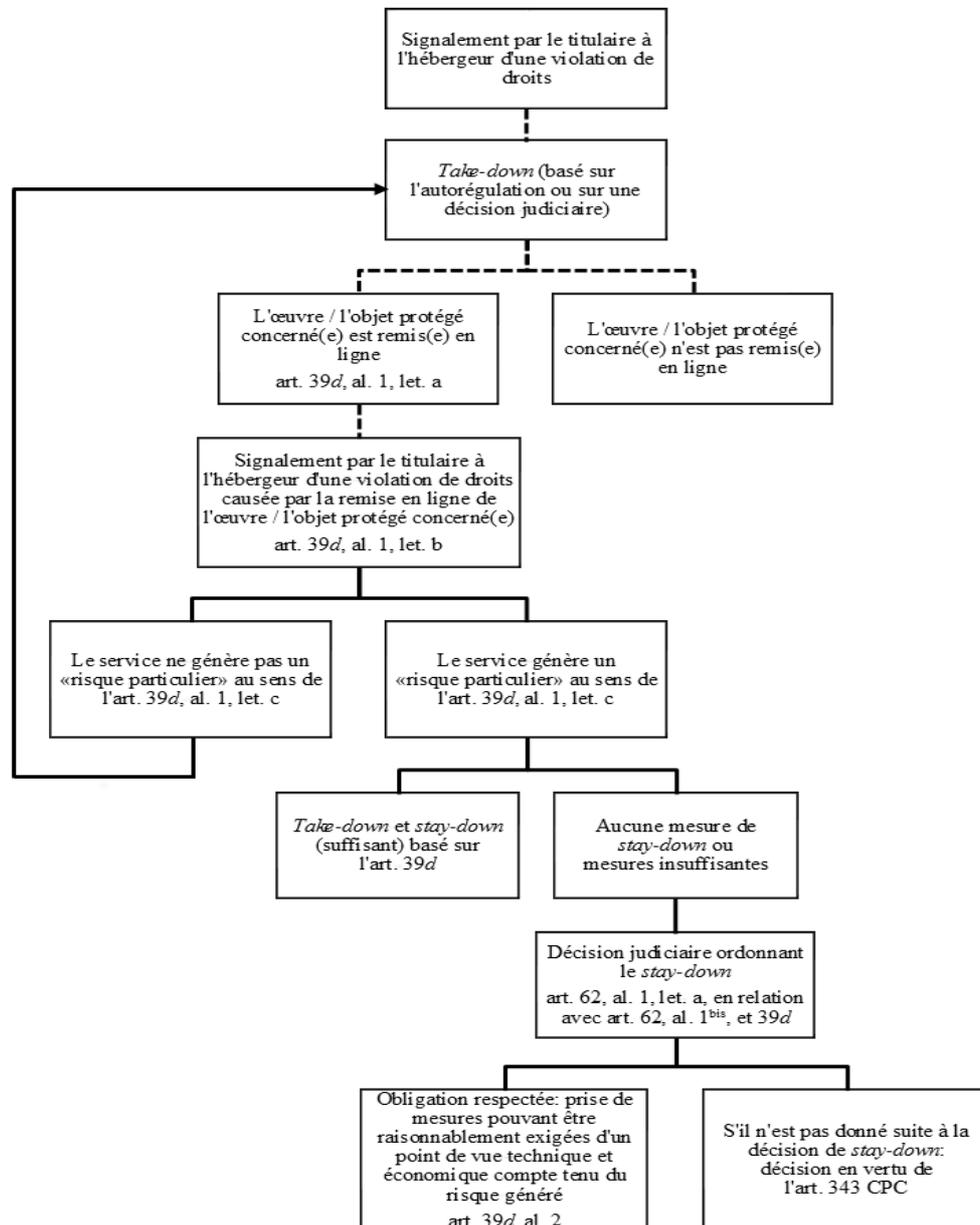
⁴⁸⁹ Message FF 2018, p. 604.

⁴⁹⁰ BARRELET/EGLOFF, N°11 ad art. 39d LDA, p. 309.

⁴⁹¹ SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 9.

décisions des art. 335ss CPC s'applique⁴⁹². L'art. 343 al. 1 let. a CPC précise que la décision peut être accompagnée d'une peine prévue à l'art. 292 CP⁴⁹³.

L'illustration suivante, proposée par le Message du Conseil fédéral, permet de visualiser le fonctionnement de l'art 39d LDA⁴⁹⁴ :



⁴⁹² Message FF 2018, p. 611.

⁴⁹³ *Ibidem* ; SALVADÉ, Responsabilité des plateformes, p. 10.

⁴⁹⁴ Message FF 2018, p. 604.

3.2.8. Bilan de la révision

À l'heure où nous écrivons ce travail, la révision est relativement récente, datant précisément de deux ans et demi. Une année avant son entrée en vigueur, la Commission de la science, de l'éducation et de la culture a déposé un postulat⁴⁹⁵. Elle a chargé le Conseil fédéral « *d'établir un rapport sur l'évolution dans les domaines touchés par le droit d'auteur* » pour juger de l'efficacité de la révision⁴⁹⁶. En réponse à cette intervention parlementaire, le Conseil fédéral a publié en décembre 2021 un rapport nommé « *Suivi de la révision de la loi sur le droit d'auteur* »⁴⁹⁷.

La révision du 1^{er} avril 2020 concerne des pans plus larges que l'obligation de « *stay-down* », comme le traitement des données personnelles ou la protection des photographies. D'un point de vue quantitatif, le rapport tire un bilan modeste de l'art. 39d LDA. Nous tenterons ici de mettre en exergue ainsi que de compléter ce maigre compte rendu.

Précisons que le rapport doit aussi tenir compte de l'évolution à l'échelle européenne. Cet aspect sera traité dans un chapitre ultérieur.

Une avancée peu mise en avant concerne la « *Watch List* » des États-Unis. Le gouvernement américain avait publié un rapport en avril 2016⁴⁹⁸, plaçant la Suisse dans une situation embarrassante. Il considérait que notre pays ne fournissait pas suffisamment d'efforts dans la lutte pour la protection des droits de protection intellectuelle. Emanuel Meyer, chef du service Droit d'auteur de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, avait reconnu l'importance de prendre au sérieux les critiques émises par un partenaire commercial aussi important que les États-Unis⁴⁹⁹. Cette réponse faisait écho à des accusations graves ciblant la Suisse. Nous étions placés au plus bas dans cette liste, qualifiée de « *paradis pour les plateformes de piratage* »⁵⁰⁰, malgré notre haut degré de protection et d'application des droits de propriété intellectuelle⁵⁰¹. En avril 2020, le gouvernement américain a publié son nouveau rapport, et déclaré que la Suisse était retirée de sa « *Watch List* »⁵⁰². Il considère que la révision de la LDA est satisfaisante pour les titulaires de droits, a amélioré l'application des moyens de protection et occasionne un meilleur effet dissuasif⁵⁰³. Tout antiaméricaniste peut légitimement critiquer l'autorité dominante et autoproclamée dans la formulation suivante : « *[t]he United States will carefully monitor the implementation, interpretation and effectiveness of the newly enacted*

⁴⁹⁵ Postulat Suivi 2019.

⁴⁹⁶ Le rapport du Conseil fédéral devra notamment considérer l'évolution réglementaire européenne ; <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20193421> (consulté le 10.09.2022).

⁴⁹⁷ Rapport CF Suivi 2021.

⁴⁹⁸ Special 301 Report, 2016.

⁴⁹⁹ « *The US is an important trade partner, and it's clear that if they give criticism we have to take it seriously* » ; https://www.swissinfo.ch/eng/politics/online-laxity_us-puts-switzerland-on-copyright-watch-list/42119418 (consulté le 11.09.2022).

⁵⁰⁰ Rapport CF Suivi 2021, p. 8/27.

⁵⁰¹ « *Generally speaking, Switzerland broadly provides high-levels of IPR protection and enforcement in its territory. Switzerland makes important contributions to promoting such protection and enforcement internationally, including in bilateral and multilateral contexts, which are welcomed by the United States* » ; Special 301 Report, 2016, p. 55.

⁵⁰² Special 301 Report, 2020, p. 7.

⁵⁰³ *Ibidem* ; « *Switzerland is removed from the Watch List due to long-awaited amendments to the Swiss Copyright Act [...]. The amendments address specific difficulties in its system of online copyright protection and enforcement* » ; Rapport CF Suivi 2021, p. 8/27.

legislation »⁵⁰⁴. Il n'en demeure pas moins que cette révision s'inscrit dans la continuité de revendications émanant de nos propres autorités, car elle répond aux attentes d'une majorité d'ayants droit, aussi bien locaux qu'internationaux.

Revenons au bilan du Conseil fédéral. De nombreux acteurs ont été sollicités, incluant les procureurs cantonaux, les organisations de titulaires de droits, d'utilisateurs et de consommateurs⁵⁰⁵. Le Conseil fédéral se félicite d'un taux de réponses particulièrement élevé, dépassant les deux tiers⁵⁰⁶.

Au moment de sa publication, aucune application judiciaire de l'art. 39d LDA n'avait eu lieu. Il ressort de ce constat deux interprétations : les coûts et l'effet dissuasif.

Concernant la première, les titulaires de droits affirment que la voie civile conduirait à des procès coûteux et exigerait des ressources considérables⁵⁰⁷. Or, l'obligation de « *stay-down* » a des effets avant une procédure judiciaire, puisque les voies internes (ex. formulaire de signalement sur YouTube, suppressions automatiques) permettent de l'éviter.

Ceci conduit à la deuxième interprétation, l'effet dissuasif de l'art. 39d LDA⁵⁰⁸. Face à un tel risque de responsabilité, un fournisseur d'hébergement fera son possible pour empêcher ses utilisateurs de poster à répétition du contenu illicite. Cette constatation est d'autant plus vraie au regard de l'évolution entreprise par YouTube. Nous avons étudié en détails les mesures prises par la plateforme, qui, en parallèle des législations européenne et américaine, témoignent de cet effet dissuasif.

Par ailleurs, le Conseil fédéral « *remarque que les critiques des ayants droit [sur les moyens d'application] ont diminué* »⁵⁰⁹. Au regard de ces conclusions, le bilan à tirer de la révision du 1^{er} avril 2020 introduisant l'art. 39d LDA semble globalement positif et prometteur.

Malheureusement, cet enthousiasme doit être atténué par un certain nombre de critiques. D'abord, il existe des limites quant aux mesures techniques prises par une plateforme participative comme YouTube. Dans l'optique de protéger au mieux les droits d'auteur, cette dernière a pu se montrer particulièrement sévère, perfectible et parfois incohérente. Nous en voulons pour exemple les outils automatiques qui peuvent retirer sans fondement des contenus parfaitement licites⁵¹⁰. La volonté de respecter les nouvelles législations, cet effet dissuasif que nous évoquions, provoque par la même occasion un déséquilibre dans l'offre de contenus et la balance de ce qui est réellement licite et illicite. Le Conseil fédéral évoque des exemples de musellement d'avis politiques, de restrictions à la liberté d'expression⁵¹¹. L'exemple cité est intéressant. Il s'agissait de policiers américains qui, pour empêcher de voir leurs agissements publiés sur les réseaux sociaux, diffusaient des musiques protégées pendant leurs interventions. Ainsi, ils espéraient la suppression de vidéos potentiellement compromettantes avec l'aide des outils automatiques tels que Content ID⁵¹². Si la démarche est ingénieuse, elle prouve que l'épée de Damoclès qui menace

⁵⁰⁴ Special 301 Report, 2020, p. 31.

⁵⁰⁵ Rapport CF Suivi 2021, p. 6/27.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ Rapport CF Suivi 2021, p. 8/27.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ *Ibidem* ; <https://www.lextechinstitute.ch/rapport-du-conseil-federal-sur-le-suivi-de-la-revision-du-droit-dauteur/> (consulté le 13.09.2022).

⁵¹⁰ Voir notamment 2.3.3.3.

⁵¹¹ Rapport CF Suivi 2021, p. 8/27.

⁵¹² Rapport CF Suivi 2021, p. 8/27.

les plateformes participatives peut se retourner contre les utilisateurs les plus légitimes à s'exprimer⁵¹³.

Ce dernier exemple concerne un pays comme les États-Unis, qui, à l'image de l'Union européenne, connaît une obligation générale de « *stay-down* ». En Suisse, cette dernière s'applique de manière plus ciblée, visant plus spécifiquement les « *hébergeurs dont les services favorisent une violation des droits d'auteur* »⁵¹⁴.

3.2.9. YouTube et l'obligation de « *stay-down* »

Nous avons démontré les raisons qui plaident pour une application de l'obligation de « *stay-down* » à YouTube. La plateforme remplit les conditions de son application. Elle rend accessible des œuvres illicites qui ont déjà retirées. Dans le même temps, elle offre la possibilité d'une réponse rapide. Cela réalise la deuxième condition, puisque la première et la seconde notification sont des communications que la plateforme connaît constamment. Ces plaintes sont d'autant plus fréquentes que le modèle économique de la plateforme d'hébergement de vidéos la plus populaire au monde repose sur la publication frénétique de ses utilisateurs. Finalement, au regard de ses capacités techniques et financières, ainsi que du risque de violation généré, il est raisonnable d'exiger d'elle des mesures proactives de lutte contre le partage illicite d'œuvres protégées.

Dans la pratique, quelles ont été les réponses apportées pour remédier aux risques de responsabilité ? Nous pouvons citer en premier lieu l'affinement des outils automatiques de suppressions employés par YouTube. Il s'agit de Copyright Match Tool et Content ID. Ces deux moyens constituent des armes efficaces de lutte contre le partage illicite. L'empreinte numérique nécessaire à Content ID permet aux utilisateurs aguerris de limiter considérablement les nouvelles publications sans droits de leurs œuvres. Ces avancées permettent à la plateforme de limiter les revendications pour violations. Mais lorsque les législations européenne et suisse ont menacé de la rendre responsable des manquements de ses utilisateurs, elle se devait de compléter son arsenal existant.

C'est ainsi qu'est née en 2021⁵¹⁵ une nouvelle option liée au formulaire de demande de suppression d'une vidéo. Elle permet d'« *[e]mpêcher la publication de copies de ces vidéos sur YouTube à l'avenir* »⁵¹⁶. Cette possibilité représente selon nous la réponse la plus directe et adéquate à l'obligation de « *stay-down* ». L'option est proposée lors d'une première notification, et anticipe la suivante par une suppression automatique des nouvelles publications. Selon nous, cela remédie convenablement aux limites de l'art. 39d LDA, qui imposent aux ayants droit de supporter une nouvelle violation.

Ce n'est que dans l'hypothèse où la fonctionnalité ne s'applique pas correctement, ou qu'un titulaire n'en fait pas usage⁵¹⁷, que YouTube est menacé d'une décision

⁵¹³ Un autre exemple est l'usage loyal, bafoué par certains titulaires aux intentions frôlant la censure.

⁵¹⁴ Rapport CF Suivi 2021, p. 8/27.

⁵¹⁵ <https://www.socialmediatoday.com/news/youtube-adds-new-tools-to-detect-copyright-violations-and-block-them-within/601665/> (consulté le 15.09.2022).

⁵¹⁶ <https://studio.youtube.com/channel/UCJwnPfd8yR7REX18GORcqq/copyright/history> (consulté le 15.09.2022).

⁵¹⁷ Il est important pour un titulaire de cocher cette option pour toute notification car une fois la demande lancée le choix est irréversible ; <https://support.google.com/youtube/answer/10298392?hl=fr> (consulté le 15.09.2022).

judiciaire pour non-respect de son obligation de « *stay-down* ». Considérant l'absence de jurisprudence en la matière, nous concluons à l'efficacité des efforts entrepris, aussi bien du législateur que de YouTube.

3.3. Droit suisse et droit européen

Force est de constater que les avancées Suisse en matière de lutte contre le piratage sur les plateformes participatives sont en retard comparées à celles des législations américaine et européenne. Les États-Unis, principal hébergeur de sites internet comme YouTube, Twitch et la plupart des réseaux sociaux ont naturellement entrepris des réformes légales avant le reste du monde. Il y a d'abord eu la Section 230 de la Communications Decency Act (CDA) de 1996, complété en 1998 par le Digital Millennium Copyright Act (DMCA)⁵¹⁸. En ce qui concerne l'Union européenne, les fondements relatifs à la responsabilité des fournisseurs de service internet remontent au début du millénaire, avec la Directive sur le commerce électronique⁵¹⁹. Au regard des évolutions rapides des services internet, les travaux européens n'ont jamais cessé. Ceci, jusqu'à la Directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique de 2019⁵²⁰.

Une partie de la doctrine préconisait d'adopter en droit suisse une législation s'inspirant de ces deux exemples⁵²¹. Pendant longtemps, nos propres auteurs reprochaient à la Suisse de faire cavalier seul en la matière. À l'instar de notre position unique au sein du marché européen, le retard de nos législations a démontré une réticence à réguler la responsabilité des plateformes participatives⁵²². Alors qu'en 2020 la LDA aurait dû s'aligner sur la législation de nos alliés européen et américain⁵²³, nous avons fait une nouvelle fois le choix de la distinction. Comme le souligne le rapport de suivi du Conseil fédéral, notre obligation de « *stay-down* » va moins loin que ce qui a été entrepris par l'Union européenne⁵²⁴. Nous ciblons plus particulièrement les hébergeurs qui favorisent une violation des droits d'auteur, au contraire du droit européen, qui prévoit une obligation générale de « *stay-down* »⁵²⁵.

Le chapitre suivant traitera de la Directive 2019/790, qui précise le régime de responsabilité des fournisseurs de service de partage de contenu en ligne en cas de violation du droit d'auteur par leurs utilisateurs⁵²⁶.

⁵¹⁸ Voir 3.1.4.

⁵¹⁹ 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.

⁵²⁰ Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 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.

⁵²¹ Voir 3.1.4.

⁵²² A l'aune de la Directive 2000/31/CE, BRUCHET et CINELLI parlait de la Confédération helvétique comme une figure d'exception ; <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=507> (consulté le 15.09.2022).

⁵²³ Pour les États-Unis cela aurait été logique vu notre sortie de sa « Watch List ». Pour l'Union européenne, il s'agissait de prendre en considération l'évolution de son droit pour élaborer notre propre révision de la LDA.

⁵²⁴ Rapport CF Suivi 2021, p. 8/27.

⁵²⁵ *Ibidem*.

⁵²⁶ https://fr.wikipedia.org/wiki/Directive_sur_le_droit_d%27auteur_dans_le_march%C3%A9_unique_num%C3%A9rique (consulté le 15.09.2022).

4. La responsabilité des plateformes en droit européen

À l'échelle européenne, l'encadrement légal des plateformes participatives est différent de la Suisse. Nous n'étudierons pas en profondeur les subtilités du système européen, ni de ses sources légales ou de ses institutions. Le cœur de ce chapitre final concerne uniquement l'article 17 de la Directive 2019/790, aussi appelée Directive droit d'auteur. À l'image de notre disposition sur le « *stay-down* », elle « *responsabilise davantage les exploitants de plateforme numérique [...] et introduit le principe selon lequel les fournisseurs de partage de contenus en ligne sont directement responsables lorsque des œuvres protégées sont mises en ligne par des utilisateurs* »⁵²⁷. Après quelques remarques préliminaires, nous verrons dans quel contexte la Directive a été adoptée, avec quels objectifs, mais aussi les difficultés rencontrées. Ensuite, nous examinerons plus précisément l'article 17, ses notions et son fonctionnement. Finalement, nous ferons un bilan de l'impact actuel de la Directive dans différents États membres, notamment par un arrêt d'avril 2022 qui témoigne de sa difficile transposition.

4.1. Remarques préliminaires

4.1.1. Le droit communautaire

Le droit communautaire se fonde sur un système de règles particulier. Il « *est à la fois autonome et intégré aux systèmes juridiques des États membres* »⁵²⁸. D'un point de vue législatif, l'Union adopte différents types d'actes, plus ou moins contraignants, d'application plus ou moins large⁵²⁹. La disposition qui nous intéresse ici fait partie du droit dérivé, c'est-à-dire « *l'ensemble des actes juridiques pris par les institutions dans l'exercice des compétences qu'elles tirent des traités* »⁵³⁰. En l'espèce, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis (art. 288 TFUE)⁵³¹ :

- le règlement est l'acte normatif par excellence, contraignant, à portée générale et directement applicable dans tous les États membres⁵³² ;
- la directive lie tous les États membres destinataires, fixe des objectifs à atteindre, et laisse à chaque instance nationale la compétence quant à la forme et les moyens⁵³³ ;
- la décision a un caractère obligatoire pour ses destinataires, comme un pays ou une entreprise par ex., et est directement applicable⁵³⁴ ;
- la recommandation n'est pas contraignante, elle suggère une ligne de conduite déterminée sans l'obligation de s'y conformer⁵³⁵ ;
- l'avis, à l'instar de la recommandation, ne lie pas, et comme son nom l'indique, permet d'exprimer une opinion non contraignante⁵³⁶.

⁵²⁷ GAZIN FABIENNE, p. 14.

⁵²⁸ BOEV IVAN, p. 172.

⁵²⁹ https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_fr (consulté le 20.09.2022).

⁵³⁰ MAIANI FRANCESCO/BIEBER ROLAND, p. 89.

⁵³¹ *Ibidem* ; Il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive.

⁵³² Art. 288 TFUE ; MAIANI FRANCESCO/BIEBER ROLAND, p. 90.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ *Ibidem*.

Ainsi, la Directive 2019/790 qui nous intéresse est une réglementation indirecte, prise par le Conseil de l'Union européenne, tout aussi détaillée qu'un règlement, mais qui a la particularité de devoir être transposée. Lorsqu'un État ne respecte pas le délai de transposition, il peut faire l'objet d'une procédure de manquement devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

La Suisse n'étant pas membre de l'Union, cette directive ne saurait être étudiée d'un point de vue helvétique. Pour autant, nos institutions ne restent pas sourdes aux avancées européennes en matière de protection des droits d'auteur. Le rapport du Conseil fédéral sur le suivi de la révision analyse les évolutions européennes, et reconnaît un agissement tardif de notre pays⁵³⁷. Le Conseil fédéral fait référence à la Directive 2019/790, qu'il dénomme la « *directive copyright* »⁵³⁸, en soulignant deux éléments importants. D'une part, la préexistence d'un socle de protection, et d'autre part, la lente et difficile transposition de la directive. Nous développerons ce dernier point ultérieurement. Revenons d'abord sur le premier, à savoir certains textes préexistants et relatifs aux droits d'auteur.

4.1.2. Actes existants

Avant, en parallèle, et postérieurement aux textes européens, il existe des actes dans chaque État membre. Ces derniers étant liés par la législation communautaire, nous n'évoquerons pas leurs règles internes⁵³⁹. Dans un environnement aussi complexe que le vieux continent, il est essentiel d'unifier les règles et la jurisprudence concernant une problématique foncièrement transfrontière. Les discussions sur l'harmonisation des règles sur le droit d'auteur ont débuté très tôt, on peut remonter jusqu'aux années 1970⁵⁴⁰. Quant aux premières directives relatives au « *copyright* », elles sont adoptées dès les années 1990' :

- en 1991, la Directive 91/250 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ;
- en 1992, la Directive 92/100 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle ;
- en 1993, la Directive 93/83 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble ;
- en 1993, la Directive 93/98 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ;
- en 1996, la Directive 96/9 concernant la protection juridique des bases de données⁵⁴¹.
- en 2000, la Directive 2000/31 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive sur le commerce électronique) ;

⁵³⁷ « L'UE a [...] agi plus tôt dans le domaine de l'amélioration de l'application des droits » ; Rapport CF Suivi 2021, p. 6/27.

⁵³⁸ Rapport CF Suivi 2021, p. 6/27.

⁵³⁹ A ce sujet, l'Allemagne a été le premier pays européen à légiférer sur la responsabilité des intermédiaires techniques d'internet, en 1997, avec la Teledienstegesetz (TDG) ; CHARLET FRANÇOIS, p. 17.

⁵⁴⁰ Voir ROSATI ELEONORA, Commentary, pp. 2ss pour l'historique complet.

⁵⁴¹ ROSATI ELEONORA, Commentary, p. 3.

- en 2001, la Directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (Directive Infosoc)⁵⁴².

En une décennie, le Conseil et le Parlement ont ainsi adopté sept directives relatives au droit d'auteur, aux portées spécifique comme générale. Le nombre d'actes s'est naturellement étendu au-delà de ces directives⁵⁴³.

4.1.3. Des évolutions nécessaires

La directive sur le commerce électronique était particulièrement importante, car elle établissait un régime de responsabilité limitée pour les hébergeurs. Premièrement, ils n'étaient pas tenus responsables des actes illicites de leurs utilisateurs, dans la mesure où ils n'en avaient pas connaissance, ou qu'ils agissaient rapidement pour empêcher l'accès⁵⁴⁴. Deuxièmement, ils bénéficiaient du principe d'interdiction de surveillance généralisée des contenus ou activités illicites hébergés⁵⁴⁵.

Malgré ses nobles ambitions⁵⁴⁶, la directive ne pouvait probablement pas anticiper l'émergence d'acteurs qui vont littéralement révolutionner l'internet du nouveau millénaire⁵⁴⁷. Les violations innombrables et facilitées du droit d'auteur ont conduit à revoir et adapter les régimes de responsabilité de ces fournisseurs de services. C'est ainsi qu'il s'en est suivi une série d'initiatives, aussi bien nationales que communautaires. En revanche, cela a pu avoir pour conséquence une certaine instabilité. En effet, une base légale inadaptée au contexte qu'elle encadre conduira à des interprétations inexactes ou, plus important encore, différentes d'une juridiction à une autre. Ceci est évidemment contraire à l'objectif d'harmonisation.

La Directive 2019/790 s'inscrit dans cette course à l'encadrement juridique adéquat des plateformes œuvrant sur internet. Avant celle-ci, la Directive 2001/29 (Directive Infosoc) faisait office d'acte le plus ambitieux en matière d'harmonisation européenne du droit d'auteur⁵⁴⁸. En l'occurrence, il s'agissait de mettre en œuvre le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996.

Cet ensemble de normes doit s'analyser au regard d'une stratégie pensée depuis 2015, à savoir celle d'un marché numérique unique européen. Celle-ci a conduit à l'adoption de la Directive 2019/790, ainsi qu'à d'autres projets subséquents, à savoir, le règlement sur les marchés numériques et le règlement sur les services numériques⁵⁴⁹. Notons qu'il s'agit désormais de règlements et non de directives, ce qui en fait des projets d'une ampleur inédite à l'échelle mondiale. Ils entreront en vigueur respectivement en 2023 et 2024. Nous ne développerons pas ces projets plus en détail.

On constate ainsi une régulière mouvance à l'échelle législative. En matière de jurisprudence, la CJUE n'est pas en reste, notamment par rapport à la Directive

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ La législation complète sur le droit d'auteur est détaillée par la Commission européenne sur : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/copyright-legislation> (consulté le 05.10.2022).

⁵⁴⁴ Art. 14 Directive 2000/31.

⁵⁴⁵ Art. 15 Directive 2000/31.

⁵⁴⁶ Notamment la protection de l'innovation et de la compétitivité de l'industrie européenne dans ce secteur ; §2 et 60 Directive 2000/31.

⁵⁴⁷ Par ex. Facebook en 2004, YouTube en 2005, Twitter en 2006, Instagram en 2010, Twitch en 2011 ou TikTok en 2017.

⁵⁴⁸ ROSATI ELEONORA, Commentary, p. 4.

⁵⁴⁹ Digital Markets Act (DMA) et Digital Services Act (DSA) ; ROSATI ELEONORA, Commentary, p. 9.

Infosoc. En effet, depuis 2006, elle « a statué sur plus de cent demandes de décision préjudicielle [sur son] interprétation »⁵⁵⁰. Sur ce point, nous pouvons citer l'affaire *The Pirate Bay* du 14 juin 2017⁵⁵¹. Les acteurs concernés étaient des fournisseurs d'accès à internet néerlandais (Ziggo et XS4ALL), une plateforme de partage en ligne (*The Pirate Bay*) et une fondation néerlandaise de défense d'intérêts des titulaires de droits d'auteur (Stichting Brein). En l'espèce, la cour avait été saisie pour une interprétation, à savoir, si la plateforme de partage effectuait une communication au public au sens de la directive, et si cela constituait une infraction aux droits d'auteur⁵⁵². Elle a jugé que la fourniture et la gestion d'une plateforme de partage en ligne constituent un acte de communication, ici, d'œuvres protégées⁵⁵³. Précisément, ce sont les utilisateurs qui proposent des fichiers illégaux, mais la plateforme reste un acteur incontournable dans leur mise à disposition et incite à le faire. Ainsi, cette affaire représente une victoire pour les ayants droit concernés, qui peuvent se féliciter du blocage de tels sites. En revanche, il est important de rappeler que la responsabilité telle qu'instituée par les directives 2001/29 et 2000/31 demeure. En effet, si une plateforme ne joue pas un rôle actif, et qu'elle s'efforce de supprimer ou de bloquer rapidement le contenu illicite, elle reste bénéficiaire d'une exonération de responsabilité de principe. Dans l'affaire *The Pirate Bay*, ce n'était pas le cas.

Le régime de responsabilité a connu des changements avec la directive 2019/790, qui prévoit désormais des normes plus contraignantes. C'est pour cette raison que son adoption a été très mouvementée, suscitant un impressionnant lobbying et un rejet largement médiatisé⁵⁵⁴. En réalité, les réactions les plus frontales ont aussi été les plus entendues par les utilisateurs d'une plateforme comme YouTube. Les apports, analyses et critiques académiques sont restés relativement discrets⁵⁵⁵. Nous reviendrons sur cette instrumentalisation après avoir rappelé les objectifs de la directive droit d'auteur.

4.2. Contexte d'adoption de la Directive 2019/790

4.2.1. Objectifs

La directive 2019/790 se compose de quatre-vingt-six considérants et trente-deux articles. Elle est plus détaillée et précise que le projet initial, explicitant et motivant l'ambition de ses objectifs⁵⁵⁶. Elle s'inscrit dans une volonté d'adapter les droits d'auteur à l'ère digitale⁵⁵⁷. Sa médiatisation est due principalement à son art. 17 (anciennement art. 13), qui instaure un régime spécifique de responsabilité pour les « *online content-sharing service providers* »⁵⁵⁸ et les contenus partagés par leurs utilisateurs⁵⁵⁹. Il s'agit d'une extension du droit européen relatif au droit d'auteur sur

⁵⁵⁰ ROSATI ELEONORA, Happy 20th birthday, *InfoSoc Directive !*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, vol. 16, n°3, p. 191.

⁵⁵¹ CJUE, 2^{ème} cha., 14 juin 2017, aff. C-610/15, *Stichting Brein*.

⁵⁵² SIMON, Liens, p. 35.

⁵⁵³ SIMON, *Communication*, p. 35.

⁵⁵⁴ DUSOLLIER SÉVERINE, p. 791.

⁵⁵⁵ Voir par ex. QUINTAIS, qui regroupent en novembre 2019 des recommandations proposées par des académiciens européens.

⁵⁵⁶ Directive 2019/790 ; ROSATI, *Commentary*, p. 13 ; BINCTIN/PRÈS, p. 10.

⁵⁵⁷ DUSOLLIER SÉVERINE, p. 791.

⁵⁵⁸ Les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne.

⁵⁵⁹ GRISSE, p. 887.

internet et une composante du projet de marché unique numérique⁵⁶⁰. Ce texte tente d'apporter une solution équilibrée aux défis causés par la culture du partage démocratisée par le Web 2.0, où le stockage de contenu constitue désormais un acte juridique de reproduction, et son accessibilité un acte de communication au public⁵⁶¹.

Officiellement née en 2016, et adoptée le 17 avril 2019, la directive poursuit des objectifs reposant sur des acquis déjà bien établis : assurer un niveau élevé de protection aux titulaires de droits, faciliter l'acquisition de droits et instaurer un cadre qui permette d'exploiter les œuvres et autres objets protégés⁵⁶². Sur son site internet, la Commission européenne détaille précisément en quoi consiste ce nouvel acte législatif. Ici, elle semble également chercher à rassurer tous les acteurs impliqués dans l'univers en ligne, allant des internautes aux fournisseurs de services en ligne, sans oublier le monde de la culture et de la recherche⁵⁶³. Précisément, la conciliation d'intérêts aussi variés s'articule autour de trois axes principaux, détaillés sur la même page internet⁵⁶⁴.

À l'instar de notre disposition sur le « *stay-down* », l'équilibre entre la protection des titulaires et des utilisateurs n'est pas simple à établir⁵⁶⁵. Sans surprise, une fervente opposition s'est manifestée pour empêcher l'adoption de la directive.

4.2.2. Lobbying et instrumentalisation

C'est en 2018 que les voix les plus bruyantes se sont élevées contre cet acte⁵⁶⁶, en particulier à la fin de cette même année, lorsque nombre de créateurs de contenus ont entrepris de sensibiliser leur audience. Si l'on effectue une recherche sur YouTube avec les mots clés « *article 13* » et « *censure* », certains des vidéastes les plus connus ont rejoint le mouvement en indiquant comme mot-dièse de ralliement « *#saveyourinternet* »⁵⁶⁷. Rappelons qu'à l'époque de ces faits, l'art. 13 correspondait à l'actuel art. 17 de la directive 2019/790.

Le procédé était pensé pour alerter massivement les utilisateurs, avec des exemples efficaces, mais pas dénués de sensationnalisme. Il a été notamment question d'expliquer que si une cannette de Coca-Cola était présente sur une vidéo, même en simple élément de décors, YouTube pourrait être contraint de supprimer la vidéo en question. Cette période montre un bras de fer intense entre Google et l'Union européenne, notamment lorsque le géant américain envoie à ses créateurs les plus populaires des documents visant à discréditer le projet communautaire. Ce faisant, il espérait certainement que ces créateurs céderaient à la panique et décideraient d'en faire des vidéos alarmantes. En outre, certains vidéastes ont relevé que la plateforme allait jusqu'à les menacer de devoir clôturer leur chaîne et de se retrouver au chômage. En retour, les parties favorables à la directive ont fait de même en perpétuant ce lobbying massif, à l'image de la Scam⁵⁶⁸, dont un mail partisan et défavorable à Google

⁵⁶⁰ MAJUMDAR, p. 11.

⁵⁶¹ SIRINELLI, p. 288.

⁵⁶² Consid. 2 et 4 Directive 2019/790 ; ROSATI, Considerations, pp. 1-2 ; Voir également ROSATI, Commentary, pp. 13ss pour le contenu et les objectifs.

⁵⁶³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/QANDA_21_2821 (consulté le 05.10.2022).

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ BINCTIN/PRÈS, p. 8 et p. 11.

⁵⁶⁶ *Ibidem* ; ROSATI, Commentary, p. 308.

⁵⁶⁷ https://www.youtube.com/results?search_query=article+13+censure (consulté le 05.10.2022).

⁵⁶⁸ La Société civile des auteurs multimédia est une société française de gestion des droits d'auteur.

peut être aperçu dans une vidéo de Cyrilmp4⁵⁶⁹. Le document se réjouit de la future adoption, tant elle devrait permettre de meilleurs mécanismes de recours, une responsabilisation des plateformes ne signant pas d'accords avec les ayants droit, et un meilleur système de rémunération. Cette vidéo montre une synthèse efficace de ces échanges de coups, d'un ton humoristique, sans rentrer dans l'alarmisme partisan. Elle expose objectivement les intérêts de chaque partie. Nous pouvons également relever le vocabulaire tranchant utilisé par la Scam pour désigner Google, qualifié de « *champion de la collecte des données personnelles et de l'optimisation fiscale* »⁵⁷⁰. Math, un vidéaste que nous avons déjà cité, atténue également les colères en expliquant avec humour l'art. 13⁵⁷¹. Il n'en ressort pas moins une critique récurrente, à savoir, que la directive n'est nullement adaptée aux usages modernes d'internet, ou encore, qu'elle a été rédigée par des personnes étrangères à une plateforme comme YouTube. Grossièrement, ses rédacteurs sont perçus comme venant d'un autre temps, méconnaissant l'internet moderne et réfléchissant encore avec des références non transposables aux outils contemporains. Cette mise en œuvre supposément impossible répond parfaitement aux menaces propagées par YouTube, qui indiquait être contraint de supprimer à titre préventif toute vidéo contenant des œuvres sans autorisation.

Un autre indicateur de la mobilisation populaire est une pétition, signée à ce jour par plus de cinq millions d'internautes⁵⁷². Celle-ci a contribué à relayer les mots-dièse comme « *#savetheinternet* », « *#saveourinternet* » ou encore « *#fckart13* ». Il est amusant de noter que des signatures sont encore apportées quotidiennement.

En résumé, les opposants mettaient en avant l'inapplicabilité de l'art. 13 et la menace à la liberté d'expression sur internet, face à des supporters qui se félicitaient du rééquilibrage du rapport de force pour les ayants droit et une meilleure rémunération⁵⁷³. Nous pouvons déplorer les actes de pression de YouTube, qui n'a pas hésité à appeler personnellement certains utilisateurs (dont Cyrilmp4 et Math), en incitant à diffuser les mots-dièse évoqués⁵⁷⁴. Cependant, les craintes liées à la liberté d'expression demeurent selon nous parfaitement légitimes. Lionel Maurel, cofondateur de la Quadrature du Net, association de défense des internautes, fait partie des porte-étendards de cette cause⁵⁷⁵.

Malgré un accueil entaché de scepticisme, la directive a finalement été adoptée, avec un art. 13 transformé en art. 17. Voyons désormais cette disposition en détail.

4.3. L'article 17 de la Directive 2019/790 sur le droit d'auteur

La norme peut être perçue comme plus complexe qu'une règle comme le « *stay-down* » helvétique. En effet, notre art. 39d LDA se compose d'environ neuf-cents

⁵⁶⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=A3TdoeJtoPs> (consulté le 05.10.2022).

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ <https://www.youtube.com/watch?v=COU0pG0fQ6I&t=0s> (consulté le 05.10.2022).

⁵⁷² <https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet> (consulté le 05.10.2022).

⁵⁷³ <https://www.lefigaro.fr/medias/2018/11/22/20004-20181122ARTFIG00190-article-13-comment-google-orchestre-la-mobilisation-des-youtubeurs.php> (consulté le 05.10.2022).

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ <https://www.radiofrance.fr/franceculture/droits-d-auteur-ce-qui-change-avec-la-nouvelle-directive-europeenne-5072084> ; <https://www.laquadrature.net/2019/03/21/la-quadrature-du-net-appelle-le-parlement-europeen-a-rejeter-la-directive-sur-le-droit-dauteur/> (consultés le 05.10.2022).

caractères, tandis que l'art. 17 Directive 2019/790 en contient dix fois plus, soit plus de neuf-mille caractères. Cette comparaison, certes simpliste, reflète déjà un régime de responsabilité d'apparence plus compliqué. Mais n'oublions pas qu'il s'agit d'une directive, libre ensuite à chaque État membre de rédiger des actes plus concis. Nous verrons dans cette partie les notions essentielles à comprendre, ainsi que le fonctionnement du système.

4.3.1. Notions

La majorité des notions utilisées par cet article ne nous sont pas inconnues, car les dispositions étudiées jusqu'à présent fonctionnent de manière similaire. Il en va de même pour les conditions et exceptions en tant que telles, aisément compréhensibles, car proches des règles existantes.

Dans un premier temps, il faut se référer à l'art. 2 par. 5 et 6 de la directive. On y retrouve une définition d'un « *service de la société de l'information* »⁵⁷⁶ et du « *fournisseur de services de partage de contenus en ligne* ». Comme relevé par ROSATI, cette liste est incomplète quant aux notions clés⁵⁷⁷. Nous nous intéresserons donc aussi à l'« *acte de communication/mise à disposition du public* », aux « *titulaires* » et aux « *meilleurs efforts* ».

Pour être qualifié de « *fournisseur de service de partage de contenus en ligne* », il faut répondre à plusieurs critères cumulatifs⁵⁷⁸ :

- être un « *service de la société de l'information* » ;
- avoir pour activité principale le stockage d'une quantité importante d'œuvres ou d'objets protégés par le droit d'auteur ;
- ce stockage doit résulter d'un téléversement (« *upload* ») par ses utilisateurs ;
- l'accès du public à ces œuvres stockées est organisé et promu à des fins lucratives.

Deux précisions sont apportées par la directive. Premièrement, la notion indéterminée de « *quantité importante* » est explicitée au considérant 63. Il en ressort qu'il faut procéder à une étude au cas par cas, avec plusieurs exemples de critères à prendre en compte, comme l'audience ou le nombre de fichiers protégés téléversés par les utilisateurs⁵⁷⁹. Le considérant précédent nous rappelle d'ailleurs la volonté de limiter le régime de responsabilité à des plateformes similaires à YouTube⁵⁸⁰. Dans un second temps, l'art. 2 par. 6 al. 2 donne une liste non exhaustive de services exclus du régime spécial de responsabilité de la nouvelle directive, comme les encyclopédies à but non lucratif, les places de marché en ligne ou les services en nuage à usage privé⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ Voir art. 1^{er} par. 1 point b) Directive 2015/1535.

⁵⁷⁷ ROSATI, Commentary, p. 315.

⁵⁷⁸ Art. 2 par. 6 Directive 2019/790 ; Divisées en quatre selon BINCTIN/PRÈS, p. 178 ; Divisées en trois selon ROSATI, Commentary, p. 316.

⁵⁷⁹ Cons. 63 Directive 2019/790 ; BINCTIN/PRÈS, p. 178 ; ROSATI, Commentary, p. 319.

⁵⁸⁰ « *La définition de fournisseur de services de partage de contenus en ligne prévue par la présente directive ne devrait cibler que les services en ligne qui jouent un rôle important sur le marché des contenus en ligne en étant en concurrence pour les mêmes publics avec d'autres services de contenus en ligne, comme les services de diffusion audio et vidéo en flux continu* » ; Cons. 62 Directive 2019/790.

⁵⁸¹ Comme par ex. Wikipédia, Amazon ou iCloud.

Considérées comme effectuant des actes relevant du droit d'auteur, les plateformes de partage en ligne procèdent à une « *communication au public ou mise à disposition du public* »⁵⁸². En relation avec la définition précédente, l'art. 17 pose une présomption légale irréfragable⁵⁸³. Cependant, lorsqu'il était question d'attribuer ces actes aux plateformes d'hébergement comme YouTube, et que l'interprétation se faisait au regard de la directive 2001/29 et 2000/31, la situation pouvait être différente. Par ex., dans l'affaire YouTube de 2021⁵⁸⁴, la directive 2019/790 n'étant pas applicable *rationae temporis*⁵⁸⁵, la plateforme s'était vue exonérée d'une responsabilité. Dorénavant, ces actes sont présumés. Si l'affaire avait été jugée à la lumière de la nouvelle directive, plus stricte, YouTube n'aurait pas échappé à sa responsabilité de la même manière.

Les titulaires de droits concernés par l'art. 17 par. 1 Directive 2019/790 sont énumérés de manière exhaustive à l'art. 3 par. 2 Directive 2001/29, incluant les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes.

Enfin, la notion de « *meilleurs efforts* » doit se comprendre, selon ROSATI, comme un concept autonome du droit européen, dont l'appréciation peut être subjective comme objective⁵⁸⁶. Pour mieux la cerner, on peut parler de bonne foi, d'obligation de moyens, de diligence particulière, etc. En l'espèce, un meilleur effort sera retenu si YouTube a concrètement tenté d'identifier un titulaire et de négocier une autorisation.

Voyons désormais comment s'articule la responsabilité d'une plateforme comme YouTube au regard de cet art. 17.

4.3.2. Fonctionnement

Au-delà de l'article, précisons que les consid. 61 à 71 et 84 sont particulièrement pertinents pour sa compréhension.

Pour l'analyse de cette disposition, nous ne procéderons pas à une énumération de conditions exhaustives ou non. L'article contient un texte long et précis, nous tenterons donc d'expliquer les éléments importants relatifs à la responsabilité d'une plateforme participative comme YouTube. Pour une compréhension plus détaillée de ce régime de responsabilité, il serait intéressant de se référer aux transpositions de différents États membres.

4.3.2.1. Acte de communication au public ou de mise à disposition du public

L'art. 17 débute en posant une présomption de communication au public ou de mise à disposition du public lorsqu'une plateforme comme YouTube héberge du contenu posté par ses utilisateurs. Nous l'avons déjà évoqué : cela marque un tournant dans la responsabilisation d'une telle plateforme. En effet, lorsque l'appréciation se faisait au regard de l'art. 3 Directive 2001/29 et de l'art. 14 Directive 2000/31, YouTube avait la possibilité d'échapper à une responsabilité liée au partage de contenus illicites par ses utilisateurs.

⁵⁸² Pour les définitions, voir 1.3 et ROSATI, Commentary, pp. 324ss.

⁵⁸³ Art. 17 par. 1 Directive 2019/790 ; BINCTIN/PRÉS, p. 180.

⁵⁸⁴ CJUE, gde cha., 22 juin 2021, aff. jtes C-682/18 et C-683/18, YouTube et Cyando.

⁵⁸⁵ Voir notamment consid. 64 Directive 2019/790.

⁵⁸⁶ ROSATI, Commentary, p. 330.

Selon la première directive, le site effectuait un acte de communication ou de mise à disposition de contenus illicites à condition d'y jouer un rôle incontournable, mais surtout, de manière délibérée. La première condition était facilement remplie pour YouTube, tandis que la deuxième l'était plus difficilement. En effet, ses mesures techniques de blocage et de suppression, ou encore son interdiction de partager des œuvres protégées, empêchaient de retenir le caractère délibéré⁵⁸⁷.

Au vu de la seconde directive, la plateforme jouissait aussi d'une exonération dans la mesure où ses outils permettaient d'agir promptement pour retirer ou bloquer l'accès aux contenus illicites⁵⁸⁸.

Désormais, aucune ambiguïté ne devrait ressortir de la jurisprudence européenne. Les fournisseurs de services visés par l'art. 17 Directive 2019/790 commettent un acte de communication au public ou de mise à disposition du public, dès lors qu'ils donnent accès aux œuvres protégées téléversées par leurs utilisateurs⁵⁸⁹.

La fin de l'ancien système d'exonération de responsabilité pour YouTube est cristallisée au troisième paragraphe de l'art. 17 Directive 2019/790, par l'inapplicabilité du régime spécial prévu pour l'hébergeur (art. 14 Directive 2000/31) : « l'art. 14 [...] ne s'applique pas aux situations couvertes par le présent article ».

4.3.2.2. Accords avec les titulaires de droits

L'exigence d'obtenir une autorisation des ayants droit est prévue au deuxième alinéa de l'art. 17 par. 1 Directive 2019/790. Elle reflète les enjeux économiques de cette directive. L'outil contractuel doit assurer un équilibre raisonnable entre toutes les parties⁵⁹⁰. L'article parle d' « *autorisation* », en donnant pour exemple un « *accord de licence* », sachant que le consid. 69 suggère que ce n'est pas l'unique possibilité⁵⁹¹. De plus, les art. 18 et 19 Directive 2019/790 renforcent l'objectif d'une meilleure rémunération des ayants droits, puisqu'elle doit être proportionnelle, appropriée et transparente.

Ces autorisations d'exploitation ont une conséquence importante pour les plateformes participatives populaires, car elles s'étendent légalement aux utilisateurs.

Désormais, les utilisateurs qui publieraient du contenu sans droit ne sauraient être poursuivis⁵⁹². Une limite à cette protection est néanmoins prévue en fin d'article. Si les utilisateurs agissent à titre commercial, ou que leur activité génère des revenus significatifs, ils devront à leur tour négocier des accords de licence. Nous relevons ici un point crucial quant aux créateurs de contenus sur YouTube. En effet, ces derniers seront-ils poursuivables dès lors qu'ils monétisent leurs vidéos ? Qu'en est-il des vidéastes les plus populaires, qui engrangent des salaires toujours plus élevés ?⁵⁹³ *A priori*, dès qu'une monétisation existe, les utilisateurs de la plateforme ne bénéficieront plus des accords qu'elle a signés. Nous estimons que ces questions devraient être éclaircies, tant par les législations qui transposent la directive que par la jurisprudence européenne.

⁵⁸⁷ Voir CJUE, gde cha., 22 juin 2021, aff. jtes C-682/18 et C-683/18, YouTube et Cyando.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ Art. 17 par. 1 Directive 2019/790.

⁵⁹⁰ BINCTIN/PRÈS, p. 176 ; consid. 61 Directive 2019/790.

⁵⁹¹ Art. 17 par. 2 Directive 2019/790 ; ROSATI, Commentary, p. 333.

⁵⁹² BINCTIN/PRÈS, p. 184.

⁵⁹³ Lucas Hauchard (Squeezie), le vidéaste français le plus populaire de YouTube, avait déjà admis être millionnaire grâce à la plateforme, et gagner un salaire mensuel conséquent ; <https://www.youtube.com/watch?v=eUzIRApjYs> (consulté le 07.10.2022).

BINCTIN/PRÈS déplorent un autre problème lié à cette extension : sa limitation aux seuls actes de communication et de mise à disposition, excluant les actes de reproduction⁵⁹⁴. ROSATI quant à elle considère que ces derniers doivent être couverts par les autorisations accordées par les titulaires⁵⁹⁵.

Nous verrons qu'il existe des règles permettant aux utilisateurs de continuer à bénéficier d'exceptions aux droits d'auteur. Sinon, l'absence d'autorisation (en leur faveur ou en celle de la plateforme) pourrait conduire selon BINCTIN/PRÈS, au travers du droit commun, à l'application du régime de la contrefaçon⁵⁹⁶.

4.3.2.3. Absence d'accord et exonération de responsabilité

Un régime limité à celui de ces premiers paragraphes serait immensément trop sévère. Négocier des accords de licence avec l'intégralité des ayants droit, même regroupés, peut s'avérer impraticable. Dans l'exemple de YouTube, sa responsabilité ou celle de ses utilisateurs s'appliquerait de manière disproportionnée. Concernant ces accords, les titulaires ne sont d'ailleurs pas tenus de les livrer.

C'est pourquoi, en l'absence d'autorisation, un fournisseur ne sera pas responsable s'il respecte trois conditions cumulatives, posées à l'art. 17 par. 4 Directive 2019/790 :

- avoir fourni les meilleurs efforts pour obtenir une autorisation ;
- avoir fourni les meilleurs efforts, de manière diligente, pour rendre indisponibles les œuvres protégées suffisamment identifiées par les titulaires ;
- avoir agi rapidement, dès notification motivée des titulaires, pour bloquer et rendre impossible les nouvelles publications illicites.

La lecture de ce quatrième paragraphe peut faire penser à toutes les mesures déjà entreprises par YouTube à l'encontre des contenus illicites postés par ses utilisateurs. La troisième condition, par exemple, fait écho à l'obligation suisse de « *stay-down* » de l'art. 39d LDA. Ce régime est également largement inspiré de l'art. 14 Directive 2000/31⁵⁹⁷.

Pour mieux comprendre les efforts attendus par les fournisseurs, l'art. 17 par. 5 Directive 2019/90 mentionne des critères à prendre en compte. Ces derniers doivent être évalués à la lumière du principe de proportionnalité. À ce sujet, nous avons déjà expliqué les capacités d'une plateforme comme YouTube à répondre à de telles attentes. Notamment avec un outil aussi développé que Content ID, dont l'empreinte numérique empêche automatiquement et en amont les publications illicites répétées. L'exonération de responsabilité repose sur une collaboration entre fournisseurs et titulaires, conformément aux art. 17 par. 8, art. 18 et 19 Directive 2019/790. L'échec d'une négociation de bonne foi, l'absence de transparence quant à l'ampleur et le potentiel économique d'une plateforme ou le manque d'informations relatives aux œuvres protégées des titulaires sont autant de critères à prendre en compte pour certifier ou non d'une réelle collaboration⁵⁹⁸. Ces exigences doivent permettre une

⁵⁹⁴ BINCTIN/PRÈS, p. 184.

⁵⁹⁵ ROSATI, Commentary, p. 334.

⁵⁹⁶ BINCTIN/PRÈS, pp. 188ss.

⁵⁹⁷ BINCTIN/PRÈS, p. 188 ; Les auteurs précisent également que cette exonération s'applique pour les actes de communication et de mise à disposition, les actes de reproduction restent soumis au droit antérieur. Précisément, l'art. 14 Directive 2000/31 s'il s'agit d'hébergeur, le régime de la contrefaçon de la Directive 2004/48 si le fournisseur joue un rôle actif.

⁵⁹⁸ Voir également les consid. 66 et 68 Directive 2019/790.

application uniforme et efficace à l'échelle européenne, comme précisé à l'art. 17 par. 10 Directive 2019/790, qui prévoit des consultations de toutes les parties intéressées⁵⁹⁹.

Finalement, l'art. 17 par. 8 Directive 2019/790 précise qu'il n'est aucunement question d'obliger les plateformes à respecter une obligation de surveillance généralisée. Il s'agissait d'une crainte légitime, mais instrumentalisée par YouTube lors de son lobbying. Les mesures exigées demeurent cependant ciblées. Il est toujours question d'œuvres précises et identifiées.

4.3.2.4. Garanties pour les internautes

Nous avons évoqué les peurs des vidéastes quant à un éventuel musellement, une restriction de leur liberté d'expression. En réponse, des exceptions aux droits d'auteur, ainsi qu'une procédure de plainte sont expressément prévues aux art. 17 par. 7 et 9 Directive 2019/790. Sont ainsi visés : la citation, la critique, la revue, la caricature la parodie et le pastiche⁶⁰⁰.

De surcroît, ces libertés sont assurées par des dispositifs de plainte et de recours rapide et efficace. Ainsi, en cas de retrait illégitime, une personne physique est tenue de traiter ces revendications. YouTube par exemple propose un ensemble de mécanismes adéquat, avec un filtre automatisé des demandes, qui, en cas d'insatisfaction, aboutit à une analyse humaine.

Notre crainte est que l'exigence de rapidité et d'efficacité puisse mener à des appréciations hâtives et injustes.

Cependant, une dernière voie de recours est garantie par le par. 9, à savoir, le règlement impartial des litiges grâce à des mécanismes de recours extrajudiciaires.

4.3.2.5. Les acteurs non concernés

Tous les services ne sont pas concernés par l'art. 17 Directive 2019/790. D'une part, il y a les acteurs⁶⁰¹ mentionnés à l'art. 2 par. 6 al. 2 Directive 2019/790 qui sont exclus de ce nouveau régime de responsabilité. Ils continueront de bénéficier du régime plus favorable de l'art. 14 Directive 2000/31.

D'autre part, il y a les acteurs émergents, qui bénéficient d'un traitement particulier, d'un régime de « super exonération »⁶⁰². Les conditions sont énumérées à l'art. 17 par. 6 Directive 2019/790⁶⁰³, à savoir une activité au sein de l'Union de moins de trois ans et un chiffre d'affaires inférieur à 10 millions d'euros. Ces services bénéficient d'exigences de meilleurs efforts allégées.

⁵⁹⁹ BINCTIN/PRÈS, p. 197.

⁶⁰⁰ Voir également le consid. 70 Directive 2019/790.

⁶⁰¹ En l'espèce, ceux qui ne répondent pas à la définition de « fournisseur de service de partage de contenu en ligne » au sens de la directive.

⁶⁰² BINCTIN/PRÈS, p. 197.

⁶⁰³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52021DC0288> (consulté le 07.10.2022).

4.4. Bilan

4.4.1. YouTube

Après une intense bataille législative et d'influence, quel bilan tirer du régime de responsabilité de l'art. 17 Directive 2019/790 ?

D'abord, nous comprenons la critique des utilisateurs et créateurs de YouTube. Les mécanismes pour protéger les intérêts des ayants droit sont toujours systématiquement appliqués, tandis que ceux concernant les exceptions aux droits d'auteur le sont moins. Les abus liés à la plateforme en sont l'illustration. Cependant, la directive propose d'équilibrer cette forme d'injustice. Elle garantit explicitement le respect des exceptions et limites aux droits d'auteur, et rappelle clairement l'importance de libertés fondamentales (ex. par. 8 à 10).

Force est de constater qu'aujourd'hui, de nombreux vidéastes sont affiliés à des géants spécialisés dans les médias en ligne. Ces derniers défendent leurs intérêts, assurent un développement pérenne de leurs carrières et favorisent leurs professionnalisations (par ex. Webedia⁶⁰⁴ ou le groupe Canal+ via le Studio Bagel⁶⁰⁵). Avec ou sans ces infrastructures, certains réalisent des programmes avec un budget qui se rapproche des médias traditionnels. Cyprien Iov (Cyprien) dépense près de cent mille euros par court-métrage⁶⁰⁶. Lucas Hauchard (Squeezie) a récemment organisé une compétition automobile de Formule 4 ayant coûté plus de quatre millions d'euros⁶⁰⁷. Maxime Chabroud (Amixem) a révélé avoir dépensé un million et demi d'euros en 2021⁶⁰⁸. Ces utilisateurs, toute proportion gardée, ne sont-ils pas dorénavant des acteurs semblables aux géants tels que Sony Music ou Warner, dont les intérêts sont tout autant dignes de protection ? Il est de plus en plus rare d'entendre des créateurs célèbres se plaindre de problèmes liés aux droits d'auteur. Peut-être pouvons-nous en déduire que la multiplication de règles similaires à celles de la directive conduit à un meilleur encadrement contractuel et légal de la création sur internet. Une disposition aussi importante que l'art. 17 aura sans doute permis d'accélérer la maturité organisationnelle de YouTube ou Twitch.

Pour autant, les créateurs sont minoritaires. Si leurs poids comptent plus, les contrats publicitaires des plateformes restent plus importants que l'épanouissement artistique des utilisateurs⁶⁰⁹. Ensuite, si l'on se réfère au site internet d'analyse de statistiques SocialBlade, les chaînes les plus populaires appartiennent majoritairement aux médias traditionnels⁶¹⁰. Frédéric Molas (Joueur du Grenier) avait déjà confié sa crainte de voir YouTube se métamorphoser en une télévision de nouvelle génération, avec des programmes déjà très présents.

⁶⁰⁴ <https://fr.webedia-group.com> (consulté le 07.10.2022).

⁶⁰⁵ https://fr.wikipedia.org/wiki/Studio_Bagel (consulté le 07.10.2022).

⁶⁰⁶ Les projets du vidéaste sont financés de plusieurs manières (autofinancement, publicité ou aides nationales à la création audiovisuelle) ; https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/10/24/aides-du-cnc-le-youtubeur-cyprien-se-defend-de-tout-conflit-d-interets_5373950_4408996.html (consulté le 18.10.2022).

⁶⁰⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=VPgJgnJnnjI> (consulté le 18.10.2022).

⁶⁰⁸ https://www.youtube.com/watch?v=1gu1q3T_l8s (consulté le 18.10.2022).

⁶⁰⁹ Le modèle économique de YouTube repose justement sur ces revenus, essentiels au financement des serveurs par ex.

⁶¹⁰ <https://socialblade.com/youtube/top/50> (consulté le 19.10.2022).

Enfin, nous trouvons paradoxal que YouTube ait été le terrain d'une lutte d'influence aussi frontale au sujet de cette directive. La plateforme représente un terrain d'expression pour une variété d'acteurs : créateurs de contenus, chaînes de télévision, marques, géants de l'industrie musicale et cinématographique, etc. Le texte européen vise à protéger au mieux les intérêts de chacun. Pour autant, YouTube a instrumentalisé un socle de créateurs indépendants pour s'y opposer, prétextant à la protection excessive des intérêts des acteurs les plus puissants. C'est sur ce point que nous relevons une réelle ambiguïté, puisque depuis longtemps, ces mêmes créateurs reprochent cette inégalité de protection à la plateforme.

Cette opposition n'aurait pas dû se matérialiser par un lobbying malhonnête. Nous pensons que les différents acteurs avaient tout intérêt à communiquer et proposer des vidéos informatives communes. Les utilisateurs ne devraient pas prendre part à une course au partage d'informations sensationnalistes, mais à de véritables débats constructifs.

Finalement, une fois la directive adoptée, cette période de conflit inutile s'est dissipée, et la plateforme a repris son évolution habituelle. Alors que les polémiques de réclamations injustifiées existent toujours, le droit d'auteur européen a le mérite d'avoir entrepris sa propre évolution, imparfaite, mais ambitieuse de s'adapter.

4.4.2. Transposition

Depuis l'adoption de la directive en juin 2019, de nombreux pays ont été interpellés par la Commission européenne pour leur manque d'efforts dans sa transposition. Initialement, le délai imparti était fixé au 7 juin 2021⁶¹¹. En juillet 2021, vingt-trois États membres n'avaient pas, ou que partiellement, transposé la directive dans leur droit national⁶¹². En mai 2022, treize d'entre eux n'avaient toujours pas pris de mesures. La Belgique, après deux ans de travaux, n'a exécuté ses obligations qu'en juin 2022. Cette difficile mise en œuvre illustre une nouvelle fois les défis, débats et combats idéologiques soulevés par cette directive. Pourtant, l'art. 25 offre une marge de manœuvre dans son application, en donnant la possibilité d'adopter des solutions nationales qui peuvent se contenter du minimum exigé, ou au contraire, retenant des solutions plus ambitieuses⁶¹³. Cette liberté sera finalement « *un frein à l'harmonisation* » lorsque le législateur ne saura satisfaire les différentes parties et groupes de pression⁶¹⁴. Dès avril 2019, sept États avaient ouvertement contesté la nouvelle disposition, craignant une entrave à l'innovation et à la compétitivité européenne⁶¹⁵.

La Pologne, qui fait partie des États interpellés par la commission, est un exemple récent. Elle avait saisi la Cour de justice d'un recours en annulation de l'art. 17, au motif qu'il viole la liberté d'expression et d'information garantie par l'art. 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶¹⁶. En l'espèce, c'était le contrôle *a priori* des contenus partagés, le filtrage automatique, qui était critiqué. Le point 46 de la décision de la Cour rappelle d'abord que les plateformes de partage de contenus en

⁶¹¹ Art. 29 Directive 2019/790.

⁶¹² <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-calls-member-states-comply-eu-rules-copyright-digital-single-market> (consulté le 19.10.2022).

⁶¹³ BINCTIN/PRÉS, p. 227.

⁶¹⁴ *Ibidem*.

⁶¹⁵ GAZIN FABIENNE, p. 14.

⁶¹⁶ CJUE, gde cha., 26 avril 2022, aff. C-401/19, Pologne c. Parlement européen et Conseil.

ligne facilitent l'accès à l'information, permettent de s'exprimer librement, et sont des outils sans précédent en termes de liberté d'expression. Le juge européen reconnaît au point 53 qu'une limitation de ces libertés fondamentales existe lorsque les plateformes doivent faire cesser ou empêcher les atteintes aux droits d'auteur⁶¹⁷. L'État polonais considère que la liberté et la proportionnalité ne sont pas garanties par l'art. 17, mais la Cour en juge autrement. Selon elle, au point 54, le filtrage préalable et automatique est nécessaire, à condition que les titulaires aient fourni suffisamment d'informations, et en particulier si les contenus téléversés sont importants. Au point 55, la Cour reconnaît que ces contrôles constituent *a priori* une limitation à la Charte. C'est en les justifiant qu'elle rejette le recours. Elle rappelle entre autres que des limites claires et précises sont posées pour les mesures de blocage (point 67), que les exceptions comme la parodie ou la citation sont garanties (point 87), ou qu'il n'existe aucune obligation générale de surveillance (point 90). Le point 99 conclut en imposant aux États membres le respect des droits fondamentaux dans la transposition nationale de l'art. 17.

Cette décision démontre qu'en Europe, des plateformes comme YouTube pourraient peut-être continuer à être exonérées d'une responsabilité, dans la mesure où des conditions très précises seraient respectées. Un arrêt rendu au regard des Directives 2001/29 et 2000/31 l'avait déjà établi, en juin 2021⁶¹⁸. La responsabilité n'était alors pas établie, notamment lorsque YouTube joue un rôle parfaitement neutre ou qu'elle s'efforce de retirer ou bloquer les contenus illicites⁶¹⁹.

Ces deux arrêts, fondés sur des directives anciennes comme récentes, n'établissent pas pour autant l'Union comme un espace où les géants de l'internet échappent aisément à leur responsabilité. Le règlement sur les marchés numériques (Digital Markets Act, DMA) et le règlement sur les services numériques (Digital Services Act, DSA) sont des projets qui démontrent que les GAFAM restent une cible d'encadrement pour l'exécutif européen⁶²⁰. Si ces actes dépassent le cadre de la propriété intellectuelle, le Commissaire européen Thierry Breton rappelle que « *l'UE est la première juridiction au monde à établir une norme complète pour réglementer l'espace numérique [...] dans un marché unique de 450 millions de consommateurs* »⁶²¹.

⁶¹⁷ GAZIN FABIENNE, p. 14.

⁶¹⁸ CJUE, gde cha., 22 juin 2021, aff. jtes C-682/18 et C-683/18, YouTube et Cyando.

⁶¹⁹ SIMON, Plateformes, pp. 40-41.

⁶²⁰ Le DSA en particulier, dont l'objectif est de moderniser la Directive 2000/31 ; <https://www.touteurope.eu/societe/numerique-que-sont-le-dma-et-le-dsa-les-reglements-europeens-qui-veulent-reguler-internet/> (consulté le 19.10.2022).

⁶²¹ « *The EU is the first jurisdiction in the world to set a comprehensive standard for regulating the digital space [...] in a single market of 450 million consumers* » ; <https://www.linkedin.com/pulse/sneak-peek-how-commission-enforce-dsa-dma-thierry-breton/> (consulté le 19.10.2022).

Conclusion

Ce travail a démontré que la responsabilité des plateformes participatives sous l'angle du droit d'auteur est une problématique complexe.

Nous avons d'abord vu qu'il existe un ensemble de règles régissant les droits d'auteur sur internet. Dans le domaine des fournisseurs de services, le droit commun était jugé suffisant pour réguler un acteur comme YouTube. Ce dernier propose de son côté des outils sophistiqués pour prévenir des violations de ses utilisateurs. La doctrine a longtemps relevé les limites de cette situation, critiquant l'inertie législative suisse. Celle-ci a pris fin, notamment avec l'adoption de l'art. 39d LDA. Cette disposition fait suite à la lutte menée par les plateformes concernées, comme YouTube et ses outils algorithmiques. Mais aussi par une association comme la Swico et son Code de conduite. La nouvelle obligation de « *stay-down* » est selon nous une réponse légale appropriée pour empêcher durablement les atteintes aux droits d'auteur sur internet. Malgré ses limites, dont celles liées à l'automatisation des « *take-down* », elle a permis de contraindre les plateformes à empêcher considérablement les nouvelles violations.

Dans le même temps, la prudence de nos autorités à légiférer reflète les enjeux de nos sociétés modernes, en premier lieu celui de la gouvernance privée. Lorsque les géants de l'internet dictaient leurs propres règles, l'écart se creusait entre le développement rapide des technologies et l'encadrement juridique. L'opinion publique est également de plus en plus sensible à la presque toute-puissance des GAFAM.

La complexité internationale rajoute une couche de difficulté lorsqu'il s'agit de protéger les œuvres. C'est pourquoi les législations nationales, communautaires et internationales doivent lutter de pair pour apporter une solution valable à la protection des droits d'auteur sur internet. La Suisse impose d'importantes obligations aux plateformes participatives depuis 2020, l'Union européenne et les États-Unis adoptent et modernisent leurs règles depuis plusieurs décennies.

Plus récemment, c'est la Directive 2019/790 qui a prouvé que le vieux continent pouvait infléchir des entités qui comptent plusieurs milliards d'utilisateurs. En revanche, le fonctionnement législatif européen montre qu'une disposition aussi importante que l'art. 17 mettra plusieurs années avant d'être harmonieusement appliquée. Les controverses et l'absence de transposition totale en témoignent.

Ce duel entre gouvernance privée et intervention étatique a en réalité cristallisé une forte opposition entre internet et son cadre législatif. Il y a d'un côté des ayants droit quotidiennement victimes de violations liées à leurs œuvres. De l'autre, des utilisateurs et créateurs de contenus limités dans leurs libertés artistique et d'expression. Pour chaque camp, les conditions d'utilisation comme la loi ne sont pas pleinement appliquées. Les protections, restrictions et exceptions ne semblent satisfaire qu'une partie ou l'autre, rarement les deux.

L'ensemble de ces frustrations peuvent-elles réellement être résolues par un cadre juridique toujours plus strict ? La primauté des règles gouvernementales et internationales sur la gouvernance des acteurs du numérique est-elle suffisante ? Selon nous, il existera toujours une part d'injustice, aussi sur internet. Titulaires et utilisateurs auront toujours des revendications, aussi bien pour libérer que limiter

l'exploitation d'œuvres protégées. Cependant, le propre du droit est de proposer des outils légaux pour satisfaire le plus de revendications et d'intérêts possible. Le fossé entre les diverses législations du monde doit se combler, la gouvernance privée doit être limitée par nos institutions. Les règles de « *stay-down* » de l'art. 39d LDA et celles de l'art. 17 Directive 2019/790 sont des réponses adéquates aux problématiques de responsabilité des plateformes participatives. En Europe par ex., les futures DMA et DSA seront peut-être la preuve qu'il est possible d'encadrer encore plus efficacement l'espace numérique.

Déclaration sur l'honneur*

Par la présente, j'affirme avoir pris connaissance des documents d'information et de prévention du plagiat émis par l'Université de Neuchâtel et m'être renseigné-e correctement sur les techniques de citation.

J'atteste par ailleurs que le travail rendu est le fruit de ma réflexion personnelle et a été rédigé de manière autonome.

Je certifie que toute formulation, idée, recherche, raisonnement, analyse ou autre création empruntée à un tiers est correctement et consciencieusement mentionnée comme telle, de manière claire et transparente, de sorte que la source en soit immédiatement reconnaissable, dans le respect des droits d'auteur et des techniques de citations.

Je suis conscient-e que le fait de ne pas citer une source ou de ne pas la citer clairement, correctement et complètement est constitutif de plagiat.

Je prends note que le plagiat est considéré comme une faute grave au sein de l'Université. J'ai pris connaissance des risques de sanctions administratives et disciplinaires encourues en cas de plagiat (pouvant aller jusqu'au renvoi de l'université).

Je suis informé-e qu'en cas de plagiat, le dossier sera automatiquement transmis au rectorat.

Au vu de ce qui précède, **je déclare sur l'honneur ne pas avoir eu recours au plagiat ou à toute autre forme de fraude.**

Nom : **KORUCUOGLU**

Prénom : **Ersel**

Cursus : **Master of Law
Propriété Intellectuelle et Innovation**

Faculté d'inscription : **Faculté de Droit**

Lieu et date : **Neuchâtel, le 01.12.2022**

Signature :



Facultatif :

Au cas où ce mémoire obtient la note de 6.0, j'autorise la bibliothèque de droit de l'Université de Neuchâtel à rendre le présent mémoire, en format papier, accessible aux utilisateurs et utilisatrices de la bibliothèque.

Signature :



Ce formulaire doit être dûment rempli par tout étudiant ou toute étudiante rédigeant un travail substantiel (notamment un mémoire de bachelor ou de master) ou une thèse de doctorat. Il doit accompagner chaque travail remis au professeur ou à la professeure.

*Formulaire largement inspiré de la Directive de la direction 0.3 bis, intitulée Formulaire Code de déontologie en matière d'emprunts, de citations et d'exploitation de sources diverses, de l'Université de Lausanne, du 23 avril 2007 et adapté aux besoins de l'Université de Neuchâtel.