



L'article 17 de la directive « *Digital Single Market* » ou comment la légitimité d'un droit se pare des atours de la valse...

Alexandra Bensamoun

DANS **LÉGIPRESSE 2019/HS2 N° 62** , PAGES 89 À 97
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 2681-6415

ISBN 9782999819627

DOI 10.3917/legip.hs62.0089

Date de mise en ligne : 18/08/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-legipresse-2019-HS2-page-89?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

L'article 17 de la directive « Digital Single Market » ou comment la légitimité d'un droit se pare des atours de la valse...

Alexandra Bensamoun

Professeur de droit privé, Université de Rennes 1

Responsabilité, liberté, légitimité. Être responsable. Assumer ses actes, répondre des dommages causés par son activité, parfois ses proches ou plus généralement les personnes sur lesquelles on exerce un pouvoir, un ascendant. C'est le sens du droit de la responsabilité que de faire supporter le poids du dommage – et de la réparation – à celui qui l'a causé ou en a créé les conditions.

C'est aussi une des conditions d'épanouissement de la liberté, prise comme droit fondamental et que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 définit comme consistant « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

Dès lors, si l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique¹, dite « *Digital Single Market* » (« DSM »), nous parle bien de responsabilité, en limitant le champ de l'irresponsabilité conditionnée créée par la directive « e-commerce », il y est aussi question de liberté. La disposition tire ainsi sa légitimité des sources

¹ V. not. V.-L. Benabou, La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier, JCP juill. 2019. 693 ; M. Vivant, Une responsabilité *ad hoc* pour les sites de partage (commentaire de l'art. 17 de la directive) », CCE oct. 2019. Dossier 8 ; P. Sirinelli, Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, Daloz IP/IT 2019. 288 ; E. Treppoz, Premiers regards sur la directive droit d'auteur dans le marché numérique, JCP A juill. 2019. 1343 ; F. Pollaud-Dulian, Le droit d'auteur et les droits voisins en demi-teinte dans le marché numérique, RTD com. 2019. 648. Adde, Premières vues sur la Directive droit d'auteur dans le marché unique numérique, Daloz IP/IT 2019. 278 ; les différents commentaires de la chronique Droit d'auteur et droits voisins, PI juill. 2019, p. 33 ; La directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, CCE oct. 2019. Dossier 1.

L'application libérale de ce régime de « safe harbour » a permis, sur le terrain du droit d'auteur et des droits voisins, une captation de la valeur générée par les ayants droit au profit des prestataires du Web 2.0.

supérieures et s'inscrit dans une évolution normale du droit, tendant à une certaine objectivation des responsabilités. Et pourtant. C'est une légitimité qui doute d'elle-même, faite d'hésitations, d'atermolements, de renoncements. Si le texte doit incontestablement être considéré comme un progrès, il laisse également un goût d'inachevé. Certains diront qu'il « ne va pas jusqu'au bout de son audace »², d'autres qu'il ne désactive que « partiellement » la directive « e-commerce » en limitant cette « opposabilité retrouvée du droit d'auteur »³. D'autres encore que le texte emprunte des « chemins tortueux »⁴ ...

2. De la valse comme compromis. Il faut dire que la directive a connu un parcours chaotique et des versions variées – officielles ou non. La proposition de la Commission date de septembre 2016. Après un premier rejet, le Parlement a dû proposer un autre texte en septembre 2018, enclenchant une difficile procédure de trilogue, qui aboutira finalement à un accord en février 2019 : la directive est bien une « miraculée »⁵. Objet d'un intense lobbying, qui a vu s'affronter d'un côté les GAFAM dans une

alliance contre-nature avec certaines organisations libertariennes et de l'autre les ayants droit, le texte est de compromis et s'illustre en conséquence comme une valse à trois temps.

Le premier temps, triomphant, opère un retour à l'opposabilité du droit d'auteur (I), pendant que le second, hésitant, en limite les conséquences (II) et que le troisième, renonçant, extrait certains acteurs qui devraient y être soumis (III).

I - PREMIER TEMPS DE LA VALSE : LE RETOUR DE L'OPPOSABILITÉ

3. Raisons de cette disposition. La directive 2000/31/CE du 18 juin 2000, sur le commerce électronique, a créé, dans ses articles 12 et suivants⁶, les conditions d'une bulle d'irresponsabilité au bénéfice des intermédiaires techniques. Certes, les régimes sont différents suivant la qualification de transporteur ou fournisseur d'accès, de prestataires de cache ou encore d'hébergeur, mais tous aboutissent, dans les faits, à transformer la responsabilité conditionnée en une véritable irresponsabilité. À la fin des années quatre-vingt-dix, le choix est assumé, à la faveur du développement d'Internet et du commerce électronique. Mais les intermédiaires de l'an 2000 ne sont plus ceux d'aujourd'hui. Leur rôle a changé. Leur capacité d'action aussi. Et pourtant, l'article 14 de la directive 2000/31/CE a

² V.-L. Benabou, préc.

³ E. Treppoz, préc., n^{os} 17 et 18.

⁴ M. Vivant, préc., n^o 6.

⁵ C. Caron, La miraculée du droit d'auteur, CCE 2019. Repère 5.

⁶ Pour une approche critique de ces dispositions, M. Vivant, Responsabilité des intermédiaires techniques de l'internet : l'obscurité d'un droit sans boussole apparente, in *Mélanges Pouillet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Larcier, 2018, p. 319.

été appliqué à des acteurs dont la qualification d'hébergeur fait douter. Entre autres désordres, l'application libérale de ce régime de « *safe harbour* » a permis, sur le terrain du droit d'auteur et des droits voisins, une captation de la valeur générée par les ayants droit au profit des prestataires du Web 2.0. C'est dans ce cadre que le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a pu recommander, dès novembre 2015, une disqualification de certains acteurs et un retour à l'opposabilité du droit⁷.

4. Qui ? L'article 2.6 de la directive "DSM" désigne les personnes concernées par ce retour à l'opposabilité du droit d'auteur. Il s'agit des « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne », qu'on appelle plus communément les plateformes Web 2.0 ou sites communautaires. Le texte européen précise encore que « l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux » de ce « fournisseur d'un service de la société de l'information » est « de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives ».

De ces critères de qualification, transparaissent d'abord les oppositions, les inquiétudes, l'ensemble donnant lieu à des imprécisions problématiques. En ce sens, l'activité concernée doit avoir pour objectif principal ou comme un des objectifs principaux de stocker et de rendre accessible des œuvres ou objets couverts par un droit voisin. Restera donc à déterminer à partir de quand l'objectif devient « principal ». De même, le texte fait référence au volume important de la mise à disposition. Ici, le considérant 63 est censé éclairer la condition, indiquant que « l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur de services de partage de contenus en ligne stocke et donne accès à une quantité importante de contenus protégés par le droit d'auteur devrait être effectuée au cas par cas et tenir compte d'une combinaison d'éléments, tels que l'audience du service et le nombre de fichiers de contenus protégés par le droit d'auteur téléversés par les utilisateurs du service ». L'approche est quantitative et on peut regretter qu'une appréhension qualitative ne l'ait pas complétée. En effet, il est parfois possible que la qualité des éléments mis à disposition soit plus pertinente que la quantité. Au-delà de quelques évidences (l'audience, le nombre de fichiers), le considérant apporte peu de précisions et invite à une appréciation *in concreto* et pragmatique, retenant une sorte de faisceau d'indices.

Ensuite, les autres critères renvoient à des éléments plus maîtrisés. Ainsi, l'initiative doit revenir aux utilisateurs, lesquels ont en amont téléversé – ou « *uploadé* » – les objets protégés. En outre, le fournisseur doit poursuivre un but lucratif. L'exigence ne saurait être réduite à un paiement direct de l'internaute ; elle inclut les rémunérations indirectes, par la publicité ou encore par la monétisation des données personnelles ou d'usage recueillies. Enfin, les opérateurs sont définis par le rôle actif qu'ils jouent. Sur ce point, l'article 2.6 renvoie à l'organisation et à la promotion des contenus. Il s'agit ici de critères qui avaient été dégagés par la jurisprudence européenne, dans l'arrêt *L'Oréal contre eBay*⁸, critères perdus de vue par les juridictions nationales, au bénéfice de celui, également soutenu par la Cour de justice de l'Union européenne, de connaissance de l'existence des contenus

⁷ CSPLA, Rapport de la mission Articulation des directives 2000/31/CE et 2001/29/CE, P. Sirinelli, J.-A. Benazeraf et A. Bensamoun, nov. 2015, <https://bit.ly/2slUOZm>.

⁸ CJUE, gde ch., 12 juill. 2011, *L'Oréal et autres c/ eBay*, aff. C-324/09, D. 2011. 1965, obs. C. Manara ; *ibid.* 2054, point de vue P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2363, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2011. 463 et les obs. ; *ibid.* 465 et les obs. ; RTD eur. 2011. 847, obs. E. Treppoz.

illicites⁹ et qui résulte d'une mauvaise interprétation du considérant 42 de la directive « e-commerce »¹⁰.

5. Quoi ? L'article 17.1 de la directive "DSM" pose que les opérateurs visés accomplissent un acte de communication au public ou de mise à la disposition du public en donnant aux internautes l'accès à des œuvres. L'affirmation peut sembler évidente, mais elle était essentielle tant l'évidence était alors contestée et aussi parce que la jurisprudence

européenne sur le droit de communication au public¹¹ est d'une telle complexité que les rappels, même simples, sont devenus nécessaires. Puisque les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne réalisent des actes donnant prise au droit d'auteur et aux droits voisins (et sans doute aussi parce qu'ils jouent un rôle actif), ils ne peuvent plus bénéficier du bouclier de responsabilité de l'article 14 de la directive « e-commerce » (art. 17.3). Retour à l'opposabilité du droit, donc.

6. Comment ? Reste que les opérateurs ne vont pas se passer de tous les contenus mis en ligne par les utilisateurs de leurs services et qui font leur richesse. En conséquence, ils devront « obtenir une autorisation des titulaires de droits », « par exemple en concluant un accord de licence ». Le considérant 61 ajoute que « ces accords de licence devraient être équitables et maintenir un équilibre raisonnable entre les deux parties », permettant aux titulaires de droits de « percevoir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs

œuvres et autres objets protégés ». Ce qui devrait être rendu possible grâce à la mise en place d'un devoir de transparence à la charge des fournisseurs de services de partage, posé à l'article 17.8, alinéa 2, comparable à une sorte d'exigence de « reddition de comptes »¹².

L'accord conclu entre l'opérateur et l'ayant droit présente une originalité puisqu'il couvrira également les actes accomplis par les utilisateurs qui postent les contenus, actes susceptibles d'être analysés comme donnant prise au droit d'auteur. Cette licitation des actes amont des utilisateurs avait été soutenue dans le rapport du CSPLA sur l'articulation des directives 2001/29/CE et 2000/31/CE, à la faveur d'une plus grande sécurité juridique et d'une disposition en définitive pro-consommateur. Fort logiquement, l'article 17.2 exclut de ce dispositif les actes lucratifs. Ainsi, les internautes agissant à titre commercial ou dont l'activité génère des revenus significatifs ne pourront pas bénéficier de cette bienveillance législative.

Puisque les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne réalisent des actes donnant prise au droit d'auteur et aux droits voisins, ils ne peuvent plus bénéficier du bouclier de responsabilité de l'article 14 de la directive « e-commerce ».

⁹ V. les arrêts Google, CJUE 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, D. 2010. 885, obs. C. Manara ; *ibid.* 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *ibid.* 2011. 908, obs. S. Durrande ; *Légipresse* 2010. 158, comm. C. Maréchal ; *RTD eur.* 2010. 939, chron. E. Treppoz.

¹⁰ V. en ce sens, Rapport précité du CSPLA (nov. 2015), et A. Bensamoun, *Value gap* : une adaptation du droit d'auteur au marché unique numérique, D. 2018. 122.

¹¹ V. Sur le sujet le rapport du CSPLA, Le droit de communication au public de la directive 2001/29/CE, P. Sirinelli, J.-A. Benazerf et A. Bensamoun, déc. 2016, <https://bit.ly/2Rk1CXL>.

¹² En ce sens, P. Sirinelli, préc., p. 291.

Mais la directive n'assume pas son positionnement et « aménage ensuite un tortueux régime de responsabilité *ad hoc* »¹³.

II - DEUXIÈME TEMPS DE LA VALSE : LA LIMITATION DES CONSÉQUENCES

7. L'obligation des « best efforts ». À défaut d'accord, « les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sont responsables des actes non autorisés de communication au public » (art. 17.4). L'affirmation, conséquence logique de la renaissance de l'opposabilité du droit, est imparable, mais le retour au droit commun est apparu trop brutal, notamment parce que les plateformes ne peuvent pas identifier et surveiller tous les contenus. Une telle obligation serait d'ailleurs contraire à l'article 15 de la directive « e-commerce ». Le nouveau régime de responsabilité mis en place ne s'engage pas dans cette voie, ce que rappelle l'article 17.8.

Aussi, le fournisseur de services n'engagera pas sa responsabilité s'il parvient à prouver qu'il a fourni ses meilleurs efforts (« *best efforts* ») pour obtenir une autorisation, pour garantir l'indisponibilité des objets protégés et pour éviter une nouvelle mise à disposition par téléversement en violation des droits des titulaires. La notion, d'origine anglo-saxonne, laissera sans doute place à l'interprétation. Dès lors, l'article 17.5 apporte quelques précisions, comme une sorte de « guide » à destination du juge¹⁴ : « Pour déterminer si le fournisseur de services a respecté les obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 4, et à la lumière du principe de proportionnalité, les éléments suivants sont, entre autres, pris en considération : a) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que le type d'œuvres ou d'autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service ; et b) la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services ».

8. La variabilité de l'obligation. On observera que l'obligation imposée aux plateformes est à contenu variable. Cette modulation opérée en fonction des services offerts, des contenus protégés, de l'efficacité et du coup des mesures techniques disponibles, permet une souplesse bienvenue en un lieu où, les usages et les techniques évoluant, il aurait été dangereux de fixer le droit. On peut d'ailleurs espérer que l'obligation incitera au développement de bonnes pratiques et à l'émergence de mesures techniques fiables et accessibles¹⁵. La mission conjointe du CSPLA, de la Hadopi et du CNC sur l'évaluation de l'efficacité des outils de reconnaissance de contenus en ligne y contribuera sans conteste¹⁶. Mais on peut aussi

La mission conjointe du CSPLA, de la Hadopi et du CNC sur l'évaluation de l'efficacité des outils de reconnaissance de contenus en ligne y contribuera sans conteste.

¹³ V.-L. Benabou, préc.

¹⁴ M. Vivant, préc., n° 13

¹⁵ P. Sirinelli, préc., p. 292.

¹⁶ CSPLA, Rapport sur les outils de reconnaissance des contenus protégés par les plateformes de partage en ligne : état de l'art et propositions, présenté en plénière le 28 nov. 2019, <https://bit.ly/2rYWJJO>.

regretter un droit « désacralisé », mettant à disposition une « boîte à outils » et invitant davantage à une régulation¹⁷.

En définitive, l'obligation de fournir ses meilleurs efforts se révèle comme une obligation de moyens, limitée à certaines actions et conditionnée à un devoir de coopération.

9. Un devoir de coopération. Pour que l'obligation des meilleurs efforts ne constitue pas un devoir général de vigilance, elle est conditionnée à un devoir de collaboration entre le prestataire technique et les ayants droit. Ces derniers devront fournir aux fournisseurs de services « les informations pertinentes et nécessaires » (art. 17.4) pour assurer leur

mission. L'article 17.8, alinéa 2, évoque par ailleurs expressément cette « coopération visée au paragraphe 4 ». Les titulaires de droits sont en effet ceux qui ont la meilleure connaissance des œuvres. Ils doivent contribuer à la réussite de ce dispositif dont ils sont les bénéficiaires. Cette collaboration, notamment par la fourniture des moyens d'identification techniques, devrait permettre une détection efficace non seulement dans l'objectif d'une juste rémunération en cas de licence, mais aussi pour permettre un blocage *ex ante* (avant toute première mise en ligne, notamment dans le secteur de l'audiovisuel) et *ex post* (après notification).

10. Une obligation de diligence prolongée. Les meilleurs efforts permettent au prestataire d'échapper à sa responsabilité. Ils devront s'illustrer notamment dans la réactivité à blo-

quer l'accès ou à retirer un contenu illicite signalé (article 17.4, c). En réalité, il s'agit là d'un retour au système antérieur imposé par l'article 14 de la directive « e-commerce ». Mais le texte innove en allant au-delà. En effet, l'obligation de « *notice and take down* » est novée par une obligation de « *take and stay down* », obligation que la Cour de cassation française avait refusé d'imposer aux intermédiaires techniques, considérant – à tort – qu'elle revenait à imposer un devoir général de surveillance, interdit par la directive « e-commerce »¹⁸. Dès lors, l'opérateur devra, lorsque le titulaire de droits aura fait le choix du blocage ou du retrait, s'assurer que les contenus ne réapparaissent pas. La CJUE ne dit d'ailleurs rien d'autre lorsqu'elle impose à Facebook de supprimer des commentaires illicites (diffamatoires) identiques, et, sous certaines conditions, équivalents à un commentaire précédemment déclaré illicite.¹⁹

11. Une obligation articulée avec les droits des internautes. Le dispositif mis en place prend garde à préserver les droits des internautes. D'abord, pendant le processus d'adoption de la directive, le chiffon rouge des données personnelles a longtemps été agité, suscitant des

Pour que l'obligation des meilleurs efforts ne constitue pas un devoir général de vigilance, elle est conditionnée à un devoir de collaboration entre le prestataire technique et les ayants droit.

¹⁷ M. Vivant, préc., n° 13.

¹⁸ Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-13.666, *Sté Google France c/ Sté Bac films*, D. 2012. 2075, note C. Castets-Renard ; *ibid.* 2071, concl. C. Petit ; *ibid.* 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2012. 480 et les obs. ; *ibid.* 566, comm. P. Allaëys ; RTD com. 2012. 771, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2012. 565 et 433, obs. P. Sirinelli.

¹⁹ CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c/ Facebook Ireland Limited*.

inquiétudes. Pourtant, l'identité des internautes qui téléversent des contenus est indifférente au mécanisme, qui ne s'attache qu'à l'identification des œuvres. Pour couper court à la polémique, la directive a décidé de le rappeler (art. 17.9, al. 3).

Par ailleurs, l'article 17.7 impose une garantie des exceptions ou limitations. Précisément, l'alinéa 2 (dont on ne sait s'il illustre ou précise la déclaration générale de l'alinéa 1^{er} ?)²⁰ indique : « Les États membres veillent à ce que les utilisateurs dans chaque État membre puissent se prévaloir de l'une quelconque des exceptions ou limitations existantes suivantes lorsqu'ils téléversent et mettent à disposition des contenus générés par les utilisateurs sur les services de partage de contenus en ligne : a) citation, critique, revue ; b) utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche. » Ainsi, l'opposabilité du droit trouve une limite dans l'existence des exceptions et limitations prévues par la loi. Selon l'interprétation qui sera retenue de cette disposition, la préservation devra concerner certaines exceptions seulement ou toutes les exceptions – celles de l'article 5 de la directive 2001/29/CE et les nouvelles exceptions créées par la directive (UE) 2019/790. Encore faudra-t-il préciser les choses lorsque l'exception est facultative, ce qui est le cas de la majorité d'entre elles.

L'inquiétude, légitime, provenait de ce que les mesures prises par les opérateurs entraînent un risque de « sur-blocage » des contenus, faisant fi d'un espace de liberté. L'enjeu était aussi celui de la liberté d'expression (consid. 70). Dès lors, la directive impose la mise en place par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne d'un mécanisme de plaintes et recours « rapide et efficace » au bénéfice des utilisateurs de leurs services en cas de blocage (art. 17.9, al. 1^{er}). Le texte impose encore que le traitement du recours fasse l'objet d'un « contrôle par une personne physique », interdisant les traitements intégralement automatisés. En outre, ce mécanisme de règlement « amiable » ne doit pas priver les utilisateurs des voies de recours judiciaires. Ainsi, ces derniers doivent pouvoir « s'adresser à un tribunal ou à une autre autorité judiciaire compétente pour faire valoir le bénéfice d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur et aux droits voisins » (al. 2). Il y a lieu d'observer ici que le droit français, qui refusait de faire d'une exception un moyen offensif, mais seulement un moyen de défense en cas d'action en contrefaçon, devra s'adapter²¹. Dans ce nouveau schéma, ce n'est donc plus au titulaire de notifier son droit mais à l'utilisateur de revendiquer le bénéfice d'une exception.

*Dans ce nouveau schéma,
ce n'est donc plus au titulaire
de notifier son droit mais à
l'utilisateur de revendiquer
le bénéfice d'une exception.*

²⁰ Le premier alinéa semble renvoyer à toutes les exceptions, tout comme l'art. 17.9, qui indique que la directive « n'affecte en aucune façon les utilisations légitimes, telles que les utilisations relevant des exceptions ou limitations prévues par le droit de l'Union » (al. 3) et que « Les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne informent leurs utilisateurs, dans leurs conditions générales d'utilisation, qu'ils peuvent utiliser des œuvres et autres objets protégés dans le cadre des exceptions ou des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins prévues par le droit de l'Union. »

²¹ C'est d'ailleurs déjà le cas pour certaines exceptions, dont on peut réclamer le bénéfice devant la Hadopi, comme la copie privée. V. CPI, art. L. 331-31, 2°.

III - TROISIÈME TEMPS DE LA VALSE : L'EXCLUSION DE CERTAINS ACTEURS

12. Exclusions « naturelles ». La réactivation du droit d'auteur n'est pas tempérée que par un régime de responsabilité *ad hoc* ; elle l'est aussi par la soustraction de certains acteurs à ce nouveau dispositif. Il est inutile de s'attacher aux exclusions « naturelles », celles qui visent les opérateurs qui ne remplissent pas les conditions de la définition

de l'article 2.6, faute de poursuivre un but lucratif ou relevant de la sphère privée. On observera que la directive prend néanmoins le soin de rappeler que « Ne sont pas des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne au sens de la présente directive les prestataires de services tels que les encyclopédies en ligne à but non lucratif, les répertoires éducatifs et scientifiques à but non lucratif, les plateformes de développement et de partage de logiciels libres, les fournisseurs de services de communications électroniques au sens de la directive (UE) 2018/1972, les places de marché en ligne, les services en nuage entre entreprises et les services en nuage qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage. » En bref, tous les prestataires qui ne stockent pas des quantités importantes de contenus protégés, téléversés par les utilisateurs, qui ne poursuivent pas un but lucratif, n'entrent tout simplement pas dans le champ

du nouveau régime et restent soumis à la directive « e-commerce ». Leur responsabilité ne peut donc être engagée que s'ils n'ont pas été suffisamment réactifs après la notification par un ayant droit de la présence d'un contenu illicite.

13. Exclusions « contre nature » et strates. En revanche, la directive "DSM" procède également à des exclusions temporaires et partielles pour des acteurs qui, par définition, devraient bien être soumis au régime de responsabilité *ad hoc*. Ainsi, pour les « nouveaux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne dont les services ont été mis à la disposition du public dans l'Union depuis moins de trois ans et qui ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros calculés conformément à la recommandation 2003/361/CE de la Commission », l'article 17.6 limite le nouveau régime de responsabilité au respect de l'obligation des meilleurs efforts pour obtenir une autorisation et rappelle la nécessité d'agir promptement en cas de notification (conformément à la directive « e-commerce »). En définitive, le respect du droit d'auteur semble moins impérieux dès lors qu'on est une « jeune entreprise », une « start-up » (consid. 67). Faut-il donc croire que « le respect du droit d'auteur nuirait à la liberté du commerce »²² ? Faute de pouvoir contrer le pouvoir des GAFAs autrement que par des mesures spécifiques et adoptées dans la douleur, le législateur européen a préféré offrir aux petites plateformes une possibilité de développement en échappant aux licences et mesures

Tous les prestataires qui ne stockent pas des quantités importantes de contenus protégés, téléversés par les utilisateurs, qui ne poursuivent pas un but lucratif, restent soumis à la directive « e-commerce ».

²² E. Treppoz, préc., n° 18.

de filtrage que les gros acteurs n'auront pas de difficultés à mettre en œuvre. C'était aussi le prix du soutien de l'Allemagne dans le cadre des négociations sur la directive.

Mais l'association de ce critère matériel (petites entreprises en considération du chiffre d'affaires) et de ce critère temporel (trois ans) a pu paraître insuffisante. Aussi, le législateur européen a ajouté une strate supplémentaire, lorsque le nombre moyen de visiteurs uniques par mois de ces fournisseurs de services est supérieur à cinq millions. Dans cette hypothèse, ces entreprises devront également empêcher qu'un objet protégé qui a été notifié soit à nouveau téléversé. Ici aussi, c'est le système « *take down, stay down* » qui est imposé.

14. Conclusion. Vers une « valse à mille temps ». Une valse à trois temps, faite de pas, d'avancées, de progrès, mais aussi d'hésitations, d'atermoiements, de replis. Si la directive « DSM » contribue à restaurer la légitimité du droit d'auteur, elle l'enferme un peu plus encore, dans un traitement spécial, comme s'il fallait justifier d'une telle spécificité pour lutter contre des comportements illicites. Mais alors, que faire pour les autres contenus, ceux qui restent soumis au droit antérieur – les marques, les contenus haineux, les fausses informations... – et qui ne sont pas moins légitimes ? La valse à trois temps deviendra-t-elle, comme le dit la chanson de Jacques Brel, une « valse à mille temps » ?