

Citation suggérée : [Brémand Nicolas](#), Droit d'auteur en ligne, du flou à l'incertitude, NADMI, 2/2022, Blogdroiteeuropéen, janvier 2022,

Droit d'auteur en ligne, du flou à l'incertitude (Revue décembre 2020 – janvier 2022)

Par Nicolas BREMAND, Doctorant en droit de l'UE à l'Université de Nantes

Cette note propose une explication et une mise en perspective des principales évolutions en matière de marché unique numérique.

Mots clés : Marché intérieur - Marché unique numérique – Droit d'auteur – Droit voisin – Numérique -

Le contenu de la directive droit d'auteur a été évoqué dans une précédente [note d'actualité](#)¹. Il va à présent être abordé sa mise en œuvre ainsi que son effectivité au sein de l'Union européenne et en France.

Plusieurs articles emblématiques de la directive droit d'auteur n'ont pas tardé à provoquer à la fois un enthousiasme d'ayants droit - et notamment des éditeurs de presse - et une défiance des plateformes en ligne.

La Commission européenne a fait le choix de la directive. Ce type de norme paraît être un premier pas vers une régulation effective, mais semble largement insuffisant au regard des nombreuses incertitudes que soulève cette note. La technique des petits pas des pères fondateurs² ne répond pas à la rapidité des évolutions numériques. En droit du marché unique numérique, le choix de la directive est de moins en moins fréquent. Afin d'assurer une meilleure harmonisation des normes et donc de leur applicabilité, le règlement demeure le

¹ BREMAND N., « Le retour de l'opposabilité du droit d'auteur ? », NADMI, 1/2020, Blogdroiteeuropéen, juillet 2020.

² CANIVET G., MOLFESSIS N., La politique jurisprudentielle, *in* La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, 2006, p. 79, spéc. p. 93. Ces auteurs affirment que « [l]a technique des petits pas, qui est au fond à la jurisprudence ce que l'expérimentation est à la loi, est évidemment d'un secours insuffisant ».

meilleur outil juridique. Les deux propositions de règlements *Digital Market Act* (DMA)³ et *Digital Service Act* (DSA)⁴ vont dans ce sens.

La transposition de la directive droit d'auteur en France a été semée d'embûches⁵. La France comme 21 autres États membres a fait l'objet d'une procédure d'infraction de la Commission européenne pour non-transposition de la directive droit d'auteur⁶. Cette plainte du 26 juillet 2021 a conduit à l'adoption de l'[ordonnance du 24 novembre 2021](#)⁷. Cette dernière a permis de transposer les derniers articles de la directive droit d'auteur en incorporant en droit français les exceptions aux droits d'auteur, droits voisins et droits des producteurs de bases de données, des œuvres et objets protégés indisponibles et des licences collectives⁸. Cette ordonnance transpose les articles 3 à 6 de la directive⁹. Ces derniers favorisent « la fouille de textes et de données, l'utilisation d'extraits d'œuvres à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et la reproduction des œuvres dans un souci de conservation du patrimoine culturel »¹⁰. Cette exception pour l'enseignement ne couvre qu'un « environnement sécurisé accessible uniquement aux élèves et aux enseignants ». La jurisprudence avait pu confirmer que la publication d'un mémoire à un public extérieur au monde scolaire constituait une nouvelle communication au public et nécessitait une autorisation préalable de l'ayant droit¹¹.

Pour les œuvres et objets indisponibles, l'ordonnance crée une nouvelle définition d'une œuvre indisponible : « œuvre protégée dont on peut présumer de bonne foi, au terme d'efforts raisonnables d'investigation, qu'elle n'est pas disponible pour le public par le biais des circuits de distribution commerciaux habituels et dont la première publication ou communication au public remonte à trente ans ou plus »¹². Sans constituer une évolution majeure, cette définition permet une harmonisation à l'échelle européenne. Afin de favoriser la mise en œuvre des droits d'auteur, une plateforme européenne a été mise en place. Ainsi, depuis juin 2021, le portail de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)

³ Proposition de Règlement du 15 décembre 2020 sur les marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Loi sur les marchés numériques), dit DMA (Digital Markets Act), COM/2020/842 final, 2020/0374(COD), 81 pages.

⁴ Proposition de Règlement du 15 décembre 2020 relatif à un marché unique des services numériques (Loi sur les services numériques), dit DSA (Digital Services Act) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM/2020/825 final, 2020/0361 (COD), 113 pages.

⁵ Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019.

⁶ « Transposition de la directive (UE) 2019/70 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur : la Commission européenne lance une procédure d'infraction contre plusieurs États membres, dont la France », Légipress, n°395, 24/09/2021, p. 382.

⁷ Cette ordonnance transpose les articles 3 à 6 de la directive droit d'auteur. Il s'agit d'adapter le droit national français aux nouvelles exceptions ou nouvelles formes d'exceptions. Ces exceptions permettent de favoriser la fouille de textes et de données, l'utilisation d'extraits d'œuvres à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et la reproduction des œuvres dans un souci de conservation du patrimoine culturel. Les articles 3 et 4 de la directive droit d'auteur ont modifié l'article L. 122-5-3 du Code de la Propriété Intellectuelle.

⁸ MAXIMIN N., « Loi complétant la transposition de la directive « DAMUN », Ord. N°2021-1518 du 24 novembre 2021, JO 25 novembre 202 », Dalloz IP/IT, n°12, 24/12/2021, pp. 592-593.

⁹ Directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019.

¹⁰ MAXIMIN N., « Loi complétant la transposition de la directive « DAMUN », Ord. N°2021-1518 du 24 novembre 2021, JO 25 novembre 202 », Dalloz IP/IT, n°12, 24/12/2021, p. 592.

¹¹ CJUE, 2^e ch., 7 août 2018, affaire n° C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c/ Dirk Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634

¹² Art. L. 138-1 du CPI transposant l'article 8 de la directive droit d'auteur.

(<https://euiipo.europa.eu/out-of-commerce>) répond à ce besoin. En effet, cette plateforme permet aux ayants droit de s'opposer aux autorisations d'exploitation des organismes de gestion collective¹³.

Par ailleurs, il convient d'appréhender les évolutions relatives aux licences collectives¹⁴. L'article 12 de la directive droit d'auteur transposé par l'article 9 de l'ordonnance étend les licences collectives avec des garanties¹⁵. À présent, les organismes de gestion peuvent représenter leurs membres, mais également les titulaires de droits non adhérents, ces derniers ayant la faculté d'empêcher la publication de leurs œuvres.

Après avoir appréhendé la transposition française, on aborde les évolutions de la notion de communication au public (I) avant de s'intéresser au nouveau droit voisin des éditeurs de presse (II), puis aux incertitudes de l'article 17 de la directive droit d'auteur (III)¹⁶.

I) La construction jurisprudentielle de la notion de communication au public

Dans une précédente [note d'actualité](#)¹⁷, l'évolution jurisprudentielle en matière de définition de la notion de communication au public a été abordée. Cette dernière associe deux éléments, « un acte de communication d'une œuvre et la communication de celle-ci à un public »¹⁸ qui sont confrontés à des spécificités techniques des plateformes en ligne¹⁹.

La Cour de justice de l'Union européenne continue de construire la définition de la notion de communication au public avec notamment son arrêt du [22 juin 2021](#)²⁰. En l'espèce, un

¹³ MAXIMIN N., « Loi complétant la transposition de la directive « DAMUN », Ord. N°2021-1518 du 24 novembre 2021, JO 25 novembre 202 », Dalloz IP/IT, n°12, 24/12/2021, p. 593.

¹⁴ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 401.

¹⁵ Art. L. 324-8-1du CPI.

¹⁶ Directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019.

¹⁷ BREMAND N., « L'encadrement de l'enseignement par le marché unique numérique », NADMI, 1/2018, Blogdroiteeuropéen, octobre 2018.

¹⁸ LARRIEU J., LE STANC C., TREFIGNY P., « Droit du numérique, février 2021 – octobre 2021 », Recueil Dalloz, n°42, 02/12/2021, p. 2152.

¹⁹ WANG O., « La CJUE précise la notion de communication au public pour les plateformes en ligne », Dalloz actualité 08 juillet 2021, pp. 1-3 ; LARRIEU J., LE STANC C., TREFIGNY P., « Droit du numérique, février 2021 – octobre 2021 », Recueil Dalloz, n°42, 02/12/2021, p. 2152.

²⁰ CJUE, gr. ch., 22 juin 2021, *Youtube et Cyando*, aff. n° C-682/18 et C-683/18.

producteur de musique a découvert qu'une de ses œuvres était librement accessible sur la plateforme en ligne YouTube. Le producteur n'avait pas autorisé la diffusion de l'œuvre, que ce soit au format audio de la musique ou au format audiovisuel du concert. Ce litige est antérieur à la nouvelle directive droit d'auteur²¹. Cette dernière ne s'applique donc pas. La Cour fédérale d'Allemagne a posé une question préjudiciale sur l'interprétation de l'article 3, §1 de la directive 2001/29/CE relative au droit d'auteur²². La Cour commence par confirmer sa jurisprudence constante et les évolutions de la nouvelle directive droit d'auteur²³ en expliquant que « l'exploitant d'une telle plateforme joue un rôle incontournable dans la mise à disposition de contenus potentiellement illicites, effectuée par ses utilisateurs »²⁴. Toutefois, la Cour apporte un autre critère : « c'est notamment le fait d'intervenir en pleine connaissance des conséquences de son comportement dans le but de donner au public accès à des œuvres protégées qui est susceptible de conduire à qualifier cette intervention d'« acte de communication »²⁵. YouTube doit donc avoir connaissance d'une violation du droit d'auteur pour être responsable du contenu déposé par un de ses utilisateurs²⁶. Pour la Cour, « la seule circonstance que l'exploitant connaît, d'une manière générale, la disponibilité illicite de contenus protégés sur sa plateforme ne suffit pas pour considérer qu'il intervient dans le but de donner aux internautes accès à ceux-ci »²⁷. Toutefois, la situation est différente « si cet exploitant, alors qu'il a été averti par le titulaire des droits du fait qu'un contenu protégé est illégalement communiqué au public par l'intermédiaire de sa plateforme, s'abstient de prendre promptement les mesures nécessaires pour rendre ce contenu inaccessible »²⁸. Ainsi, l'acte de communication doit être délibéré pour ne plus bénéficier de la qualification de simple intermédiaire. L'intermédiaire technique doit avoir un rôle « purement technique, automatique et passif, impliquant que ledit prestataire n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées »²⁹.

La plateforme YouTube n'ayant pas déposé (elle-même) le contenu illicite ou n'ayant pas connaissance du caractère illicite, la plateforme n'est donc pas responsable. Au premier abord, il serait possible de considérer que cette interprétation limite le droit d'auteur³⁰. Toutefois, cette interprétation est classique en droit du marché unique numérique. Elle repose en grande partie sur la directive e-commerce. Selon cette dernière une plateforme en ligne doit agir

²¹ Directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019.

²² BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 401.

²³ Directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019.

²⁴ CJUE, gr. ch., 22 juin 2021, aff. n° C-682/18 et C-683/18, *Youtube et Cyando* , pt. 77.

²⁵ CJUE, gr. ch., 22 juin 2021, aff. n° C-682/18 et C-683/18, *Youtube et Cyando* , pt. 81.

²⁶ LARRIEU J., LE STANC C., TREFIGNY P., « Droit du numérique, février 2021 – octobre 2021 », Recueil Dalloz, n°42, 02/12/2021, p. 2163.

²⁷ CJUE, gr. ch., 22 juin 2021, aff. n° C-682/18 et C-683/18, *Youtube et Cyando* , pt. 85.

²⁸ CJUE, gr. ch., 22 juin 2021, aff. n° C-682/18 et C-683/18, *Youtube et Cyando* , pt. 85.

²⁹ En ce sens, CJUE 23 mars 2010, *Google France et Google*, aff. C-236/08 à C-238/08, pt 105.

³⁰ LARRIEU J., LE STANC C., TREFIGNY P., « Droit du numérique, février 2021 – octobre 2021 », Recueil Dalloz, n°42, 02/12/2021, pp. 2163 et suiv.

promptement pour faire cesser toute violation des droits³¹. De plus, une obligation générale de contrôle des contenus³² ne peut être imposée. En effet, la nouvelle directive droit d'auteur confirme l'interdiction d'une surveillance générale³³. Le droit d'auteur est souvent appréhendé par l'Union européenne comme un droit spécial qui doit se conformer à la norme centrale que constitue la directive e-commerce³⁴ et peut-être bientôt les règlements DMA³⁵ et DSA³⁶.

Depuis plusieurs années, la Cour a dû examiner l'impact des liens hypertextes sur le respect du droit d'auteur. Dans l'[arrêt Svensson du 13 février 2014](#)³⁷, la Cour avait considéré que l'intégration sur un site internet sans autorisation de l'ayant droit d'une vidéo déjà publiée sur un autre site ne viole pas les droits d'auteur³⁸. Toutefois, il existe deux conditions cumulatives. Il faut que le contenu ne soit « ni communiqué à un nouveau public ni [communiquée] en utilisant une technique spécifique différente de celle utilisée pour la communication originale »³⁹.

Toutefois, le [9 mars 2021](#)⁴⁰, la Cour a dû examiner un cas de figure un peu différent. En l'espèce, elle a indiqué que la modification de la taille de l'œuvre n'avait aucune importance sur l'existence d'un acte de communication au public⁴¹. La Cour va confirmer d'une manière imparable que si le titulaire du droit d'auteur a subordonné l'octroi de son autorisation à une mise en œuvre de restriction afin d'éviter que d'autres sites internet puissent communiquer l'œuvre, cela constitue une interdiction pour les tiers de communiquer l'œuvre au public⁴². Ainsi, la Cour considère qu'une simple interdiction « exprimée dans une disposition

³¹ Art. 14, §1, b) de la directive n° 2000/31 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 »), JOCE L 178, du 17/07/2000, p. 13.

³² Art. 15 de la directive n° 2000/31 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 »), JOCE L 178, du 17/07/2000, p. 13 ; LARRIEU J., LE STANC C., TREFIGNY P., « Droit du numérique, février 2021 – octobre 2021 », Recueil Dalloz, n°42, 02/12/2021, p. 2163.

³³ Directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019.

³⁴ Directive n° 2000/31 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 »), JOCE L 178, du 17/07/2000, pp. 1-16.

³⁵ Proposition de Règlement du 15 décembre 2020 sur les marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Loi sur les marchés numériques), dit DMA (Digital Markets Act), COM/2020/842 final, 2020/0374(COD), 81 pages.

³⁶ Proposition de Règlement du 15 décembre 2020 relatif à un marché unique des services numériques (Loi sur les services numériques), dit DSA (Digital Services Act) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM/2020/825 final, 2020/0361 (COD), 113 pages.

³⁷ CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, aff. n° C-466/12.

³⁸ ALLEAUME C., « Propriété littéraire et artistique (Novembre 2020 – Novembre 2021) », Légipresse, n°398, 05/01/2022, p.630.

³⁹ CJUE, ord., 21 oct. 2014, *BestWater International*, aff. n° C-348/13.

⁴⁰ CJUE 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c/ Stiftung PreuBischer Kulturbesitz*, aff. n° C-392/19.

⁴¹ CJUE 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c/ Stiftung PreuBischer Kulturbesitz*, aff. n° C-392/19.

⁴² CJUE 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c/ Stiftung PreuBischer Kulturbesitz*, aff. n° C-392/19, pt. 36.

contractuelle ou inscrite dans les conditions générales d'utilisation (CGU) du site licencié »⁴³ ne suffit pas. Toutefois, une autre précision interroge. En outre, la Cour indique qu'« il ne saurait être permis au titulaire du droit d'auteur de limiter son consentement autrement qu'au moyen de mesures techniques efficaces »⁴⁴. Cette affirmation est étonnante, car, par principe, s'il n'est pas indiqué explicitement qu'il est autorisé de reproduire ou de diffuser une œuvre, cette dernière n'est pas libre de droit⁴⁵. Ce dernier principe est conforme à la directive droit d'auteur de 2001⁴⁶ et à la jurisprudence antérieure⁴⁷. Il est donc envisagé que le titulaire des droits puisse ne pas recourir systématiquement et encore moins obligatoirement à de telles mesures techniques⁴⁸. La Cour justifie ce raisonnement « par un impératif de sécurité juridique des internautes »⁴⁹. Ainsi, le fait de créer des mesures de restriction informe l'internaute de l'interdiction de la transclusion d'une œuvre. Ce raisonnement qui privilégie « le bon fonctionnement de l'internet »⁵⁰ soulève des questionnements, car cela revient à créer une forme d'insécurité juridique des auteurs⁵¹. Ces derniers doivent la protection juridique de leur droit à un formalisme. Cette interprétation correspond à la reprise partielle de la transposition par l'Allemagne de l'article 17 de la directive droit d'auteur⁵². La loi Allemande a institué « pour faire échec dans une certaine mesure au blocage automatisé des actes de partage, des présomptions d'usage autorisé par la loi »⁵³. Il y a donc une inversion de la présomption. Cette dernière ne serait plus en faveur de l'auteur, mais de l'internaute.

La Cour de Justice de l'Union européenne a dû le [17 juin 2021](#)⁵⁴ détailler sa jurisprudence relative à la reproduction partielle d'une œuvre. En 2017 la Cour avait déjà condamné les agissements de l'exploitant de la plateforme en ligne⁵⁵ mais, en l'espèce, il s'agit des utilisateurs. La Cour doit interpréter la notion de communication au public de l'article 3, §1 et §2 de la directive 2001/29/CE. Cette notion couvrirait-elle le partage sur un réseau de pair à

⁴³ LARRIEU J., LE STANC C., TREIGNY P., « Droit du numérique, février 2021 – octobre 2021 », Recueil Dalloz, n°42, 02/12/2021, p. 2153.

⁴⁴ CJUE 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c/ Stiftung PreuBischer Kulturbesitz*, aff. n° C-392/19, pt. 38.

⁴⁵ Art.6, §4, alinéa 3 de la directive droit d'auteur de 2001 : « Les mesures techniques appliquées volontairement par les titulaires de droits ».

⁴⁶ Art.6, §4, alinéa 1 de la directive droit d'auteur de 2001 : « Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits ». Il est également possible de citer en droit international l'article 5 de la convention de Berne : « La jouissance et l'exercice de ces droits [d'auteur] ne sont subordonnés à aucune formalité ».

⁴⁷ CJUE, 7 août 2018, *Renckhoff*, aff. n° C-161/17, pt. 36.

⁴⁸ CJUE 9 mars 2021, *VG Bild-Kunst c/ Stiftung PreuBischer Kulturbesitz*, aff. n° C-392/19.

⁴⁹ ALLEAUME C., « Propriété littéraire et artistique (Novembre 2020 –Novembre 2021) », Légipresse, n°398, 05/01/2022, p.631.

⁵⁰ LARRIEU J., LE STANC C., TREIGNY P., « Droit du numérique, février 2021 – octobre 2021 », Recueil Dalloz, n°42, 02/12/2021, p. 2153.

⁵¹ ALLEAUME C., « Propriété littéraire et artistique (Novembre 2020 –Novembre 2021) », Légipresse, n°398, 05/01/2022, p.631.

⁵² BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 403.

⁵³ J.-P. MOCHON, « Les moyens techniques auxquels peuvent recourir les sites de partage », Légipress, n° 395, 24/09/2021, p. 407.

⁵⁴ CJUE, 5^e ch., 17 juin 2021, *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited*, aff. n° C-597/19.

⁵⁵ CJUE, 14 juin 2017, *Stichting Brein*, aff. n° C-610/15.

pair d'une partie d'un fichier média contenant une œuvre protégée ? Pour la Cour, « il n'est pas nécessaire de prouver que l'utilisateur concerné a préalablement téléchargé un nombre de segments représentant un seuil minimal »⁵⁶. Cependant, celle-ci va plus loin puisque par la suite, elle ajoute que « pour qu'il y ait un acte de communication et, par conséquent, un acte de mise à disposition, il suffit [...] qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de telle sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès, de l'endroit et au moment qu'elles choisissent individuellement, sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité »⁵⁷. Le fait que le segment ne soit pas utilisable à lui seul ne permet pas une exonération de la responsabilité de l'utilisateur⁵⁸. Car les utilisateurs de ce type de service savent bien que ces actes contribuent à la communication au public. Cette interprétation est conforme à la jurisprudence antérieure⁵⁹, mais elle est différente lorsqu'il s'agit des plateformes en ligne comme pour l'affaire YouTube précitée⁶⁰.

La Cour construit une définition quasi exhaustive de la notion de communication au public.

II) Le droit des éditeurs de presse face à la réticence des géants du numérique

Le [nouveau droit voisin réservé aux éditeurs de presse et aux agences de presse](#)⁶¹ de la directive droit d'auteur de 2019 a été pour une fois rapidement transposé en droit français⁶². Après environ trois ans pour son adoption, les difficultés demeurent⁶³.

Quelques mois après l'adoption de cette loi, le droit de la concurrence français a été mobilisé pour assurer l'effectivité du nouveau droit voisin pour les éditeurs de presse. L'Autorité de la concurrence française a, le [9 avril 2020](#)⁶⁴, pris une première décision contre Google pour non-respect de la directive droit d'auteur et imposé plusieurs injonctions concernant le droit des

⁵⁶ CJUE, 5^e ch., 17 juin 2021, *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited*, aff. n° C-597/19, pt. 46.

⁵⁷ CJUE, 5^e ch., 17 juin 2021, *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited*, aff. n° C-597/19, pt. 47.

⁵⁸ LARRIEU J., LE STANC C., TREFIGNY P., « Droit du numérique, février 2021 – octobre 2021 », Recueil Dalloz, n°42, 02/12/2021, p. 2154.

⁵⁹ CJUE, 2^e ch., 14 juin 2017, *Stichting Brein c/ Jack Frederik Wullems*, aff. n° C-610/15.

⁶⁰ ALLEAUME C., « Propriété littéraire et artistique (Novembre 2020 –Novembre 2021) », Légipresse, n°398, 05/01/2022, p. 631.

⁶¹ Art. 15 de la directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019, p. 27.

⁶² Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019.

⁶³ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 399.

⁶⁴ Décision n°20-MC-01 de l'Autorité de la concurrence du 9 avril 2020.

éditeurs de presse. Google a voulu remodeler le droit à son avantage⁶⁵. En effet, il excluait les éditeurs de presse ne relevant pas de la presse d'information politique et les rendait plus dépendants des produits de Google⁶⁶. La plateforme abusait de sa position dominante et portait atteinte au secteur de la presse.

Face au refus de Google d'appliquer quatre des sept recommandations de l'Autorité de la concurrence, Google a fait l'objet d'une nouvelle décision le [12 juillet 2021](#) pour non-respect des recommandations. En effet, Google n'avait pas respecté « l'injonction relative à la négociation de bonne foi pour déterminer la rémunération due par Google ; puis, c'est l'injonction relative à l'obligation de communiquer aux éditeurs et agences de presse les informations nécessaires à l'évaluation transparente de la rémunération qui n'a pas été respectée »⁶⁷. Par la suite, Google s'est vu reprocher le non-respect de l'injonction relative à l'obligation de neutralité concernant l'indexation, le classement et, de manière plus globale, la présentation des contenus protégés qui figurent sur plusieurs services de Google. Aussi, le géant du numérique a été mis en cause pour non-respect de l'injonction par rapport « à l'obligation de neutralité des négociations des négociations relatives aux droits voisins sur toute autre relation économique qu'[il] entretiendrait avec les éditeurs et agences de presse »⁶⁸.

Google doit, conformément à la directive droit d'auteur, proposer une rémunération juste et donner les moyens d'évaluer cette dernière. La décision de l'Autorité de la concurrence est sous astreinte de 300 000 euros par jour de retard à partir de deux mois après la date de la décision. De plus, Google doit informer l'Autorité de la concurrence mensuellement de ses actions en la matière. Cette dernière souligne la volonté de Google de violer la règle de droit en imposant des méthodes de négociation⁶⁹.

Le recours au droit de la concurrence ou à ses méthodes pour assurer l'effectivité du droit est de plus en plus fréquent en droit du marché unique numérique. Face à un marché constitué d'acteurs en situation de monopole, le droit de la concurrence permet de rééquilibrer le rapport de force⁷⁰. C'est une illustration des difficultés qu'a le législateur à assurer l'application du droit du numérique⁷¹. Comme en matière de concurrence, il semble essentiel de donner un pouvoir accru aux autorités de régulation pour assurer l'application du droit.

⁶⁵ MENDOZA-CAMINADE A., « Le droit voisin des éditeurs de presse à l'épreuve de la puissance des plateformes en ligne : la longue marche vers l'effectivité du droit », RLDC juin 2021, n° 106, p. 21.

⁶⁶ MENDOZA-CAMINADE A., « La mise en œuvre laborieuse du droit des éditeurs de presse : le recours au droit de la concurrence pour enfin appliquer le loi ? », Recueil Dalloz, n° 395, 24/09/2021, p. 1591.

⁶⁷ MENDOZA-CAMINADE A., « La mise en œuvre laborieuse du droit des éditeurs de presse : le recours au droit de la concurrence pour enfin appliquer le loi ? », Recueil Dalloz, n° 395, 24/09/2021, pp. 1591-1592.

⁶⁸ MENDOZA-CAMINADE A., « La mise en œuvre laborieuse du droit des éditeurs de presse : le recours au droit de la concurrence pour enfin appliquer le loi ? », Recueil Dalloz, n° 395, 24/09/2021, pp. 1591-1592.

⁶⁹ MASNI-DAZI V. F., « Droits voisins, acte III : Google encaisse un uppercut, nouveau round de négociations », Dalloz actualité, 23/07/2021, pp. 1-5.

⁷⁰ MENDOZA-CAMINADE A., « La mise en œuvre laborieuse du droit des éditeurs de presse : le recours au droit de la concurrence pour enfin appliquer le loi ? », Recueil Dalloz, n° 395, 24/09/2021, p. 1592.

⁷¹ MENDOZA-CAMINADE A., « La mise en œuvre laborieuse du droit des éditeurs de presse : le recours au droit de la concurrence pour enfin appliquer le loi ? », Recueil Dalloz, n° 395, 24/09/2021, p. 1592.

C'est dans cette optique que le [règlement DMA](#)⁷² propose que la Commission européenne puisse intégrer dans la catégorie des Gate Keepers des plateformes en ligne qui ne répondent pas aux critères du règlement. On passe ici à une nouvelle manière de réguler le numérique. Il s'agit d'intervenir plus vite et plus efficacement face aux spécificités des acteurs du numérique.

Cette évolution semble essentielle à la préservation de la souveraineté numérique par des normes plus efficaces et facilement adaptables aux évolutions du numérique.

III) Les incertitudes de l'article 17 de la directive droit d'auteur

La mise en œuvre des outils techniques est un élément central de l'effectivité de l'article 17 de la directive droit d'auteur. Ces outils techniques sont un des éléments de preuve des meilleurs efforts que doivent produire les sites de partage de contenu⁷³. Ces meilleurs efforts doivent aller du retrait du contenu apparu jusqu'au retrait sans réapparition⁷⁴, en empêchant cette dernière⁷⁵.

Selon l'article 17, §4 de la directive droit d'auteur : « Si aucune autorisation n'est accordée, les fournisseurs de services de partage [...] sont responsables des actes non autorisés de communication au public [...] à moins qu'ils ne démontrent que :

- a) ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation ; et
- b) ils ont fourni leurs meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires ; et en tout état de cause ;
- c) ils ont agi promptement [...] ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur, conformément au point b). ». Avant les orientations de la

⁷² Proposition de Règlement du 15 décembre 2020 sur les marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Loi sur les marchés numériques), dit DMA (Digital Markets Act), COM/2020/842 final, 2020/0374(COD), 81 pages.

⁷³ Art. 17 de la directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019, pp. 119-120.

⁷⁴ Il s'agit d'interdire la réapparition d'un œuvre protégée par le droit d'auteur.

⁷⁵ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 401.

Commission européenne⁷⁶, ces obligations pouvaient être considérées comme des obligations de moyen⁷⁷.

Pour être exonérées de leur responsabilité, les plateformes en ligne doivent donc donner leurs meilleurs efforts sur trois points. Elles doivent essayer d'obtenir une autorisation préalable, de retirer le contenu contrefait et d'empêcher sa réapparition⁷⁸. À cette fin, les plateformes ont souvent recours à des mesures techniques. Plusieurs plateformes en ligne utilisent des moyens techniques comme ContentId pour YouTube ou Rights Manger pour Facebook⁷⁹. Ces outils reposent sur les empreintes numériques et sur la reconnaissance automatique⁸⁰. Les outils techniques sont la seule solution réaliste pour contrôler la masse des contenus en ligne. Il faudrait 150 000 modérateurs pour contrôler l'ensemble des contenus sur YouTube⁸¹. Néanmoins, le contrôle automatisé est perfectible pour garantir le respect des droits d'auteur. C'est pour ces raisons que les autorités de régulation comme [l'Autorité de Régulation de la Communication Audiovisuelle et Numérique](#) (ARCOM) ont un rôle essentiel dans l'évaluation de ces outils techniques.

L'exonération de responsabilité repose donc sur la notion de meilleurs efforts. Mais il est important que les titulaires des droits aient fourni les informations pertinentes et nécessaires sur les œuvres.

Afin d'assurer l'effectivité du droit d'auteur, la Commission européenne a donné des [orientations pour l'application de la notion de meilleurs efforts](#)⁸². La Commission européenne donne des lignes directrices en apportant des précisions. Elle voit dans l'article 17, §7⁸³, de la directive droit d'auteur une obligation de résultat de produire les meilleurs efforts pour préserver des utilisations légitimes. Il s'agit de faire prévaloir la préservation des usages

⁷⁶ Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'article 17 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, 4 Juin 2021, COM/2021/288 final.

⁷⁷ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 401.

⁷⁸ MOCHON J.-P., « Les moyens techniques auxquels peuvent recourir les sites de partage », Légipress, n° 395, 24/09/2021, p. 405.

⁷⁹ MOCHON J.-P., « Les moyens techniques auxquels peuvent recourir les sites de partage », Légipress, n° 395, 24/09/2021, p. 404.

⁸⁰ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 401.

⁸¹ MOCHON J.-P., « Les moyens techniques auxquels peuvent recourir les sites de partage », Légipress, n° 395, 24/09/2021, p. 406.

⁸² Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'article 17 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, 4 Juin 2021, COM/2021/288 final. L'article 17, §10 de la directive a permis à la Commission européenne d'émettre des orientations.

⁸³ Art. 17, §7 de la directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019, pp. 119-120 : « La coopération entre les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et les titulaires de droits ne conduit pas à empêcher la mise à disposition d'œuvres ou d'autres objets protégés téléchargés par des utilisateurs qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins, y compris lorsque ces œuvres ou autres objets protégés sont couverts par une exception ou une limitation ».

légitimes sur l'article 17, §4 qui reste une obligation de moyen⁸⁴. Ainsi, les blocages automatiques de contenus doivent être « en principe limités aux téléchargements manifestement contrefaisants »⁸⁵. La priorité est donnée à la préservation des usages légitimes, en ne les bloquant pas, au risque de laisser des contenus contrefaisants en ligne après un contrôle automatisé. Cela semble faire écho aux critiques de l'article 17 de la directive droit d'auteur lors de son adoption. À l'époque, il était reproché à cet article de créer une censure des contenus et de bloquer des contenus légitimes. La Pologne a effectué un recours en annulation⁸⁶.

Néanmoins, il est toujours possible de demander *ex post* un contrôle et un blocage des contenus violant les droits d'auteur. La détermination d'un contenu manifestement contrefaisant devrait reposer sur les informations fournies par l'ayant droit et les exceptions au droit d'auteur comme les usages légitimes.

La Commission européenne a consacré une nouvelle notion avec les contenus susceptibles de causer un préjudice économique significatif⁸⁷. Lorsque cette notion s'applique, il serait exigé de l'exploitant de la plateforme en ligne un renfort des obligations de meilleurs efforts.

La Commission européenne ne semble pas favorable à un contrôle automatisé, car elle mentionne la possibilité de blocage *ex ante* uniquement sur la base d'un contrôle par une personne⁸⁸.

Une interprétation littéraire de l'article 17 de la directive droit d'auteur posait un principe d'autorisation assorti d'un régime de responsabilité avec un critère de meilleurs efforts devant respecter les usages légitimes. Le délicat équilibre entre les droits en présence semble fragilisé par les orientations de la Commission européenne⁸⁹. Là encore, la Commission européenne demeure hostile aux mécanismes automatisés et donc généralisés *a priori*. Cette vision semble se fonder sur l'interdiction d'une surveillance généralisée de l'article 15 de la directive e-commerce⁹⁰ et sur la condamnation des systèmes de surveillance automatisés et globalisés. Mais surtout, la réticence à l'utilisation des contrôles automatisés découle de « l'incapacité d'isoler les utilisations légitimes qui relèveraient notamment des exceptions »⁹¹. Ce dernier

⁸⁴ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 402.

⁸⁵ MOCHON J.-P., « Les moyens techniques auxquels peuvent recourir les sites de partage », Légipress, n° 395, 24/09/2021, p. 408.

⁸⁶ CJUE, requête, *Pologne contre Parlement et Conseil*, aff. n° C-401/19.

⁸⁷ Exemple : contenus sportifs ou les titres musicaux avant leur sortie officielle.

⁸⁸ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 402.

⁸⁹ MOCHON J.-P., « Les moyens techniques auxquels peuvent recourir les sites de partage », Légipress, n° 395, 24/09/2021, p. 408.

⁹⁰ Art. 15 de la directive n° 2000/31 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 »), JOCE L 178, du 17/07/2000, p. 13 .

⁹¹ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 402.

point constitue un des arguments de la Pologne pour son recours en annulation contre l'article 17, §4 de la directive droit d'auteur⁹². Ce recours est toujours en cours d'instruction.

Les orientations de la Commission européenne n'ont pas permis de lever les incertitudes relatives à la définition de la notion de meilleurs efforts. Au contraire, elles en ont créé d'autres par le développement de deux nouvelles notions (les contenus susceptibles de causer un préjudice économique significatif ; les contenus manifestement contrefaisants) et d'une présomption d'usage autorisé. Il se développe un rôle accru des autorités de régulation. Toutefois, la portée des orientations qui étaient prévues par la directive est limitée⁹³. Il reviendra forcément à l'avenir à la CJUE d'interpréter cette notion de meilleurs efforts. Le recours en annulation de la Pologne contre l'article 17 de la directive droit d'auteur⁹⁴ pour violation de la liberté d'expression⁹⁵ devrait apporter une interprétation claire et harmonisée. La Cour devrait apporter un cadre juridique à l'équilibre entre les différents droits.

L'Avocat général a déjà manifesté son opposition à la notion de préjudice économique significatif que la Commission européenne a créé⁹⁶. Il propose de rejeter la demande de la Pologne, car il estime que le contrôle *ex ante* ne constitue pas une violation de la liberté d'expression s'il est encadré par suffisamment de garanties⁹⁷. L'avocat général reprend les orientations de la Commission européenne en considérant qu'il ne faut « bloquer préventivement que les contenus manifestement contrefaisants »⁹⁸.

Toutefois, il faut noter un changement de paradigme en ce que l'avocat général considère que ce type d'appréciation doit « relever des autorités publiques et non de la volonté des acteurs privés »⁹⁹, alors que la jurisprudence Google Spain¹⁰⁰ impose un recours préalable par Google pour demander un déréférencement. Cela s'explique notamment par les spécificités du droit d'auteur, qui peut difficilement être en lien avec un contrôle uniquement automatisé. Car l'originalité d'une œuvre a une part de subjectivité que seul le juge peut trancher. Même si un recours postérieur à la décision des plateformes en ligne est toujours possible, le contrôle *a priori* par ces plateformes, semble très, voire trop aléatoire.

⁹² CJUE, requête, *Pologne contre Parlement et Conseil*, aff. n°C-401/19 ; BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 403.

⁹³ Elle demeure de la *soft law*. BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 402.

⁹⁴ Art. 17 de la directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, JOUE L 130, du 17/05/2019, pp. 119-120.

⁹⁵ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 400.

⁹⁶ Av. gén. H. Saugmandsgaard Øe, concl. du 15 juill. 2021, *Pologne contre Parlement et Conseil*, aff. C-401/19, pt 223.

⁹⁷ Av. gén. H. Saugmandsgaard Øe, concl. du 15 juill. 2021, *Pologne contre Parlement et Conseil*, aff. C-401/19, pt 149 et suiv.

⁹⁸ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, pp. 403-404.

⁹⁹ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 404.

¹⁰⁰ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos [AEPD], Mario Costeja González*, aff. n°C-131/12.

Les évolutions que pose l'article 17 de la directive droit d'auteur sont loin d'être clairement déterminées. En effet, de nombreux spécialistes du droit d'auteur¹⁰¹ restent dubitatifs quant à ces évolutions. Une auteure s'interroge même : « dans quelle mesure appartient-il au juge de réinterpréter une décision politique ? »¹⁰². Toutefois, les juges de l'Union européenne ont toujours eu un rôle central dans l'impulsion des évolutions de l'Union européenne ou dans les interprétations de l'esprit du législateur. Cet état de fait a souvent donné lieu à des critiques, considérant qu'on basculait dans un gouvernement des juges¹⁰³. En réalité, ils ne font que pallier les lacunes.

La protection des droits d'auteur semble passer par des mesures *ex ante* et des plaintes *ex post*¹⁰⁴. Actuellement, cette combinaison permet une meilleure effectivité du droit d'auteur en ligne.

¹⁰¹ BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 404 ; MOCHON J.-P., « Les moyens techniques auxquels peuvent recourir les sites de partage », Légipress, n° 395, 24/09/2021, p. 407.

¹⁰² BENSAMOUN A., « Filtrage des contenus par les plateformes contributives et liberté d'expression », Légipress, n°395, 24/12/2021, p. 404.

¹⁰³ LEVADE A., « Vent de contestation parlementaire ou le spectre d'un « gouvernement des juges » européens », Constitutions, n° 03, 22/08/2011, pp. 335-336 ; MONTES J., « Le retour du « gouvernement des juges », Analyse comparée de la juridiction de la vie politique dans la France et l'Espagne contemporaines », RSC, n° 02, 14/06/2002, pp. 293-303.

¹⁰⁴ MOCHON J.-P., « Les moyens techniques auxquels peuvent recourir les sites de partage », Légipress, n° 395, 24/09/2021, p. 407.