



La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market »


COLOMBE DE CALLATAÿ

Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocate au barreau de Bruxelles

SARI DEPREEUW



Chargée de cours à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocate au barreau de Bruxelles



Section 1. Introduction	124
Section 2. Responsabilité civile et infractions aux droits intellectuels	126
Section 3. Responsabilité et « actionnabilité » des intervenants dans l'infraction aux droits intellectuels	130
Section 4. Régime particulier de limitation de responsabilité des intermédiaires sur internet – directive e-commerce	143
Section 5. Responsabilité directe du « fournisseur de services de partage de contenus en ligne » et la notion d'« acte de communication au public » dans la « directive digital single market »	156
Section 6. Conclusions et perspectives	174

SECTION 1. INTRODUCTION

1. Toute personne physique ou morale dont les droits intellectuels sont violés peut entreprendre une série d'actions afin d'y remédier. Elle peut viser la réparation du dommage qui a été causé par l'infraction au droit intellectuel et, indépendamment de tout dédommagement, la cessation de l'infraction. Tandis que les notions de dédommagement et responsabilité civile sont intrinsèquement liées, le lien entre la responsabilité et la cessation d'une infraction est plus ténu. Le titulaire de droits peut tenter d'obtenir un ordre de cessation contre le contrefacteur (qui est responsable pour l'infraction) mais également contre toute personne dont les services sont utilisés pour porter atteinte aux droits intellectuels (même si la responsabilité civile n'est pas établie dans son chef), désignée communément comme un « intermédiaire ».

2. Les lois de propriété intellectuelle, en particulier le droit d'auteur et le droit des marques (la présente contribution se concentrera sur ceux-ci) décrivent les actes protégés par les droits exclusifs respectifs. Quand ces actes sont posés sans le consentement préalable du titulaire de droits, ils sont constitutifs de contrefaçon (sauf si une exception peut être invoquée). Le titulaire du droit devra rapporter la preuve que les conditions requises pour que la contrefaçon soit établie sont réunies. À côté de ces lois, le régime de responsabilité de droit commun peut aussi trouver à s'appliquer.

L'existence d'une infraction sera la base de toute action contre un contrefacteur ou un intermédiaire. Depuis l'adoption de la Directive InfoSoc(1) et la Directive Enforcement(2), le titulaire de droits a plusieurs possibilités pour obtenir la cessation d'une infraction et démontrer la responsabilité pour le dommage qui s'ensuit. On distingue différents degrés de responsabilité. Entre la responsabilité directe ou « primaire » (du contrefacteur responsable de ses propres actes de contrefaçon) et l'ordre de cessation contre un intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour commettre la contrefaçon, se trouve un régime de responsabilité indirecte ou « secondaire » (pour l'acte de contrefaçon d'un tiers dont la personne visée n'est pas responsable) et un régime de limitation de cette responsabilité.

(1) Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 167 du 22 juin 2001, pp. 10-19.

(2) Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L 157 du 30 avril 2004, pp. 45-86.

Le développement des différents types d'intermédiaires sur Internet a mené à l'évolution des règles de responsabilité. Nous sommes passés d'un régime légal d'exonération de responsabilité de certains intermédiaires techniques vers une application nuancée par les cours et tribunaux à ceux qui assument un rôle plus actif pour arriver à une révision de la responsabilité de certaines « plateformes » par le législateur européen (notamment avec l'adoption de la Directive « Digital Single Market (3) ») ou encore par l'annonce d'un « Digital Services Act »(4).

3. La présente contribution s'ouvre par un retour général sur la notion d'infraction en droits intellectuels et la manière dont les deux fondements, responsabilité du fait de ces infractions et responsabilité civile de droit commun, s'articulent (section 2). Nous examinerons dans quelles circonstances les intermédiaires peuvent engager leur responsabilité directe et indirecte ou faire l'objet d'injonctions (section 3). La contribution s'intéresse en particulier au régime de limitation de la responsabilité des intermédiaires en ligne, régi entre autres par la Directive « e-commerce »(5) (section 4).

La question sera examinée à la lumière des derniers développements législatifs et jurisprudentiels sur le sujet. Selon la manière dont les infractions aux droits de propriété intellectuelle (avec des différences entre les infractions en droit des marques et en droit d'auteur) sont formulées et selon le rôle actif ou passif joué dans l'exploitation qu'ils font d'œuvres ou de signes contrefaisants, leur responsabilité pourra être engagée à différents degrés. La nouvelle directive Digital Single Market aborde la responsabilité de certaines plateformes (« fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ») d'une façon ambiguë (section 5). Finalement, nous terminerons avec quelques conclusions et perspectives, dans l'attente du projet de nouveau « Digital Services Act » (section 6).

Le sujet est vaste, complexe, et en constante évolution. La présente contribution entend donner un aperçu le plus global, à jour et référencé possible au lecteur.

(3) Directive 2019/790/UE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, *J.O.U.E.*, L 130 du 17 mai 2019, qui devra être transposée en droit belge au plus tard le 7 juin 2021.

(4) La candidate à la présidence de la Commission Européenne Ursula von der Leyen a annoncé un « Digital Services Act » dans son programme « A Union that strives for more. My agenda for Europe. Political guidelines for the next european commission 2019-2024 », accessible en ligne le 10 novembre 2019 via https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf.

(5) Directive 2000/31/CE 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, *J.O.U.E.*, L 178 du 19 juillet 2000.

SECTION 2. RESPONSABILITÉ CIVILE ET INFRACTIONS AUX DROITS INTELLECTUELS

4. Les droits exclusifs conférés par les droits intellectuels sont décrits dans leurs sources respectives de droit. Ces dispositions énumèrent les actes d'exploitation pour lesquels les tiers ont besoin d'une autorisation préalable des titulaires de droits et que les titulaires peuvent interdire en l'absence de leur autorisation. Ainsi l'auteur a le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction et la communication au public de son œuvre (art. XI.165 CDE) et le titulaire d'une marque a le droit d'interdire certains usages dans la vie des affaires (art. 2.20 Convention Benelux, art. 9 RMUE).

5. La violation de ces dispositions ouvre au titulaire de droits la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts à l'égard du contrefacteur⁽⁶⁾ et, dans certaines circonstances, à l'égard de tiers (comme des plateformes dont les services sont utilisés pour la contrefaçon).

Il est ainsi explicitement prévu, en matière de droits intellectuels, que « la partie lésée a droit à la réparation de *tout préjudice* qu'elle subit du fait de l'atteinte à un droit [intellectuel⁽⁷⁾] » (nous soulignons), le cas échéant par un *montant forfaitaire*, à titre de dommages et intérêts (art. XI.335 CDE). Des mesures d'indemnisation plus importantes sont disponibles en cas de mauvaise foi du contrefacteur (la cession de tout ou partie du bénéfice réalisé et la confiscation des biens contrefaisants, par exemple)⁽⁸⁾.

En *droit des marques*, l'article 2.21 de la Convention Benelux prévoit des mesures de réparation similaires.

6. Par contre, l'articulation de ces dispositions spécifiques en matière de droits intellectuels avec la responsabilité de droit commun n'est pas toujours claire. Les dispositions de la Convention Benelux en matière

(6) Il sera démontré ci-après que, dans le contexte d'Internet, le « contrefacteur » peut être entendu comme l'utilisateur d'une plateforme ou la plateforme elle-même, qui pourrait être tenue pour responsable d'un acte de contrefaçon pour son propre comportement si son activité tombe dans le champ d'application d'un droit exclusif, c'est-à-dire si on considère qu'elle s'est rendue elle-même coupable d'un « usage » au sens du droit des marques ou d'une reproduction ou d'une de communication au public au sens du droit d'auteur (*infra*, section 3, § 1).

(7) Notamment : un brevet d'invention, un certificat complémentaire de protection, un droit d'obtenteur, un droit d'auteur, un droit voisin, un droit d'un producteur de bases de données ou un droit sur une topographie d'un produit semi-conducteur.

(8) « En cas de mauvaise foi, le juge peut, à titre de dommages et intérêts, ordonner *la cession de tout ou partie du bénéfice réalisé* à la suite de l'atteinte, ainsi qu'en reddition de compte à cet égard. Seuls les frais directement liés aux activités de contrefaçon concernées sont portés en déduction pour déterminer le bénéfice à céder [...] »

de marques et dessins et modèles précisent expressément qu'elles s'appliquent « sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile ». Les dispositions en matière de droit d'auteur ne précisent en revanche rien concernant leur articulation avec le régime de la responsabilité de droit commun.

Des questions se sont dès lors posées concernant l'articulation entre infraction en matière de propriété intellectuelle d'une part et responsabilité de droit commun d'autre part, qui ne sont pas encore tranchées définitivement.

§ 1. Régime de responsabilité objective, sans faute ?

7. Premièrement, la question s'est posée de savoir si le demandeur en contrefaçon doit ou non prouver – en plus des conditions spécifiques prévues par les lois relatives aux droits intellectuels (décrites ci-dessus) – l'accomplissement des conditions de l'article 1382 du Code civil, selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

Une réponse positive à cette question impliquerait par exemple qu'un titulaire de marque doive, en plus de la preuve du risque de confusion du public confronté au produit d'un contrefacteur faisant usage d'un signe distinctif identique, prouver que ce dernier est coupable d'une *faute* – avec l'élément objectif et subjectif que la notion de faute implique – qui soit en outre en *lien causal* avec un *dommage*.

À l'inverse, dans la négative, seule la preuve de l'acte illicite au sens des lois de propriété intellectuelle devrait être rapportée. La contrefaçon serait assimilée à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil et constituerait l'acte générateur du droit à réparation. L'atteinte au droit intellectuel relèverait alors d'un système de responsabilité purement « objectif ».

8. L'article 13 de la Directive Enforcement semble exiger une condition de *conscience* de l'infraction pas forcément pour établir une faute dans le chef du contrevenant mais à tout le moins pour que des dommages et intérêts puissent être réclamés. Il prévoit que « les États membres veillent à ce que, à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante *en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir* de

verser au titulaire du droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte » (nous soulignons).

Cet élément de connaissance, qui semble s'écarter d'une responsabilité objective, n'a pas été transposé en droit belge, ce qui contribue à laisser la doctrine dans le doute.

9. Les auteurs n'apportent pas une réponse unanime à cette question (9), qui peut pourtant avoir des implications importantes en ce qui concerne notamment la question de la responsabilité des intermédiaires, vu l'élément *subjectif* de la faute. Pour T. Léonard, il existe « un droit à réparation ouvert par la simple constatation de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle ou de l'acte de contrefaçon » (10). M. Buydens le suit : « la contrefaçon constitue [un] acte contraignant en soi son auteur à réparer le dommage causé, sans même qu'une faute doive à cette fin être démontrée » (11).

Un arrêt récent de la Cour de cassation semble confirmer cette interprétation. Dans un arrêt du 9 février 2017 (12) (étranger au droit de la propriété intellectuelle mais dont l'enseignement peut y être transposable), la Cour a décidé que « la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue *en soi* une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise *librement et consciemment* » (nous soulignons). La Cour précise cependant que : « il n'est pas nécessaire que l'auteur de la faute *se rende compte* qu'il commet une faute ni qu'il ait *l'intention* d'en commettre une » (nous soulignons). Certains y voient « une avancée significative vers la théorie de la faute objective » en droit intellectuel (13).

10. L'élément subjectif de la faute est par ailleurs absent des textes des articles 5.416 et suivants de l'avant-projet de réforme du Code civil (14).

(9) À ce sujet, voy. F. GEORGE, J.-B. HUBIN, qui évoquent une « doctrine divisée », in « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *A.&M.*, 2017/3, p. 230 : d'une part, T. LEONARD, L. VAN REEPINGHEN et S. CARNEROLI favorables à la thèse de la responsabilité objective et, d'autre part, G. AELBRECHT, B. MICHAUX, E. DEGRYZE parmi d'autres auteurs, plutôt favorables à la thèse d'une responsabilité pour faute.

(10) T. LÉONARD, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 984.

(11) M. BUYDENS, « La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle », in *Actualités en droits intellectuels*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 407-434.

(12) Cass. (1^{re} ch.), 9 février 2017, R.G. n° C.13.0143.F.

(13) Voy. auteurs cités par Fr. GEORGE et J.-B. HUBIN, in « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 230.

(14) À ce sujet, voy. Fr. GEORGE et J.-B. HUBIN in « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 235-236.

Cette tendance permet de soutenir que toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle devrait être assimilée à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, sans qu'il faille en outre démontrer un élément moral dans le chef de celui qui la commet.

§ 2. Régime de responsabilité dérogatoire ou complémentaire

11. La question s'est aussi posée de savoir si, à défaut de pouvoir engager la responsabilité d'un acteur sur la base des lois de propriété intellectuelle, la responsabilité de droit commun pouvait tout de même être recherchée. Par exemple, le titulaire d'une marque qui ne parvient pas à prouver que les produits d'un supposé contrefacteur créent un risque de confusion dans le chef du public peut-il néanmoins mettre en cause la responsabilité de ce contrefacteur sur la base de l'article 1382 du Code civil ?

La réponse à cette question est, contrairement à la précédente, unanime et affirmative. « Une mise hors cause sur le plan des droits intellectuels ne signifie pas nécessairement une mise hors de cause sur le plan des règles de la responsabilité civile »(15).

En d'autres termes, si l'atteinte n'est pas établie sur la base des lois de propriété intellectuelle, il reste possible d'invoquer le droit commun.

12. En ce sens, V. Fossoul écrit qu'« en droit civil, deux voies s'ouvrent aux titulaires de droits : soit ils tentent d'obtenir une condamnation sur la base des lois en matière de propriété intellectuelle, soit ils basent leur action sur les règles générales en matière de responsabilité civile »(16). En pratique, les titulaires de droits intellectuels invoquent souvent l'un et l'autre à titre *complémentaire* (ou encore subsidiaire), comme deux moyens distincts.

(15) V. FOSSOUL, « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *R.D.C.-T.B.H.*, 2014/5, p. 474.

(16) *Ibid.*, pp. 462-489.

SECTION 3. RESPONSABILITÉ ET « ACTIONNABILITÉ » DES INTERVENANTS DANS L'INFRACTION AUX DROITS INTELLECTUELS

§ 1. Responsabilités de l'utilisateur et de la plateforme

13. Le titulaire de droits qui voit ses droits intellectuels violés peut tenter de démontrer la responsabilité de toute personne qui a posé des actes matériels qui rentrent dans la description de l'acte protégé par le droit exclusif. Le premier réflexe sera d'engager la responsabilité de la personne qui a directement produit et commercialisé un objet ou un service contrefaisant.

Le titulaire de droits peut cependant avoir des raisons pratiques ou commerciales de se tourner également contre un intermédiaire (telle qu'un distributeur ou une plateforme web), par exemple parce que l'identité du premier contrefacteur n'est pas connue, parce qu'il réside à l'étranger ou parce que le volume d'éléments contrefaisants est tellement important qu'il est plus efficace de s'adresser à la plateforme dont les services sont utilisés pour les commercialiser. Qu'il s'agisse du monde physique ou numérique, les intermédiaires sont depuis toujours des interlocuteurs incontournables pour les titulaires de droits. Ils le sont encore plus depuis le développement d'Internet, qui a bouleversé entre autres la manière de communiquer, d'échanger et de consommer du grand public.

Le droit civil belge ne connaît pas la doctrine générale américaine du « *contributory infringement* » qui permet d'engager la responsabilité de personnes offrant une contribution ou un support aux activités de contrefaçon⁽¹⁷⁾. Les règles doivent donc être recherchées dans les lois de propriété intellectuelle elles-mêmes et dans le droit commun, partiellement harmonisées par le droit européen.

Le titulaire de droits peut tenter de démontrer que les actes de l'intermédiaire tombent dans le champ du droit exclusif. S'il n'y réussit pas, une alternative est de démontrer que la plateforme a une obligation générale de diligence au sens du droit commun qui impliquerait un devoir d'empêcher l'utilisation de ses services pour la contrefaçon par des tiers.

(17) La notion de responsabilité indirecte n'est pas entièrement harmonisée au niveau européen : E. ROSATI, « The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms », *SSRN*, 2017, 23 <https://ssrn.com/abstract=3006591> (aussi *European intellectual property review*, n° 12, vol. 39, 2017).

« Dans le domaine de la propriété intellectuelle [...] doctrine et jurisprudence imputent généralement l'atteinte [...] au « copiste intellectuel »⁽¹⁸⁾ ; l'intermédiaire qui fournit seulement le moyen de copier n'est donc *a priori* pas *personnellement* responsable de la contrefaçon »⁽¹⁹⁾ (nous soulignons). La présente section analyse dans quelle mesure il peut néanmoins être responsable directement d'atteintes à des droits intellectuels.

Les cours et tribunaux ont traité le rôle des intermédiaires, impliqués dans la distribution (au sens large) de contrefaçons, différemment, en fonction des droits intellectuels invoqués : droit des marques (a) ou droit d'auteur (b).

a) Droit des marques

14. Les titulaires de marques ont souvent tenté d'engager la responsabilité directe des intervenants dans la chaîne de production et de distribution des produits contrefaisants. La Cour de justice s'est ainsi déjà prononcée à plusieurs reprises sur la question de la responsabilité de prestataires de services faisant usage d'une marque sur instruction d'un tiers dans le cadre de leurs activités.

Une première affaire européenne remonte à 2006 et concernait un intermédiaire dans le monde physique. La société *Red Bull*⁽²⁰⁾ avait tenté d'engager la responsabilité d'un prestataire commercial qui remplissait des cannettes à la demande d'un tiers, une société concurrente de Red Bull, alors que ces cannettes étaient revêtues de signes portant atteinte aux marques de Red Bull. La Cour de justice a considéré que cette entreprise de remplissage ne se rendait pas coupable d'un usage litigieux de ces signes, puisqu'elle « créait uniquement les conditions techniques nécessaires pour qu'un tiers puisse faire un tel usage ».

(18) B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 570. D'autres États membres ont opté pour une responsabilité dans le chef du copiste matériel : J.-P. TRIAILLE, S. DUSOLLIER, S. DEPREEUW, J.-B. HUBIN, F. COPPENS et A. DE FRANQUEN, « Study on the application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society », Brussels, 2013, 585 http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131216_study_en.pdf.

(19) B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, *op. cit.*, p. 570 ; voy. aussi T. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet : une application délicate », in *Les réseaux sociaux et le droit*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 123-150 ; C. DE CALLATAY, « Les responsabilités liées aux messages postés sur Internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *A.&M.*, 2013/3-4, pp. 166-182.

(20) C.J.U.E., 15 décembre 2011, arrêt *Frisdranken Industrie Winters BV contre Red Bull GmbH*, C-119/10, EU:C:2011:837.

Des faits similaires à ceux en cause dans cette décision ont amené la cour d'appel de Liège (21) à décider, dans le même sens, que le fait pour une coopérative agricole de mettre un vin en bouteille dans le conditionnement déterminé par son client ne signifie pas que celui-ci fait lui-même usage dudit signe. Dans une autre affaire, la même cour a décidé que le fait pour une personne d'apposer des étiquettes litigieuses sur un produit pour le compte d'un client en respect d'indications strictes reçues de celui-ci ne permet pas de retenir dans son chef un « usage » de la marque dans la vie des affaires (22).

Dans l'affaire *Google Adwords* (23), le service Adwords de référencement payant que propose Google était en cause. Ce service permet à toute personne d'acheter des mots-clés et de les associer à son site afin qu'il soit proposé parmi les résultats de recherche présentés aux internautes qui auraient encodé ces mots-clés. Google se rémunère ensuite en fonction du nombre de clics faits sur les liens ainsi proposés. En l'espèce, des annonceurs avaient acheté des mots-clés correspondant à des marques dont ils n'étaient pas titulaires, pour faire plus facilement la promotion de produits contrefaits. Louis Vuitton Malletier, titulaire de la marque « Louis Vuitton », assigna Google pour avoir permis à des tiers d'utiliser sa marque comme mot-clé de référencement.

Sur question préjudicielle, la Cour de justice se fonda sur *le critère de l'usage pour sa propre communication commerciale*. Comme la communication ne sera pas faite par Google (mais par ceux qui achètent les mots-clés à Google), la cour répondit que Google ne faisait pas elle-même un usage des signes dans la vie des affaires. Même si l'intermédiaire finance son activité de stockage par de la publicité, cela ne permet pas de le priver du bénéfice du régime de responsabilité spécial des hébergeurs ». Autrement dit, le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un *usage* de ce signe au sens du droit des marques et ne se rend donc pas directement responsable d'une atteinte aux droits du titulaire. Comme l'explique A. Strowel, une infraction au droit des marques qui entraîne une responsabilité directe de son

(21) Liège (7^e ch.), 19 avril 2012, *J.L.M.B.*, 2012/21, p. 1015.

(22) Liège, 29 avril 2012, *Ing- Cons.*, 2012, p. 415, citée par V. Fossoul, « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *op. cit.*, p. 469.

(23) 23 mars 2010, arrêt *Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA*, C-236/10, EU:C:2010:159.

auteur suppose un usage de la marque « en tant que marque »(24). Une utilisation technique, comme fait Google quand elle vend des mots-clés, n'est pas une utilisation du mot comme signe distinctif.

Dans l'arrêt *Daimler* du 3 mars 2016, la question soumise à la Cour concernait l'imputabilité de l'acte d'usage d'un signe dans une annonce sur Internet lorsque cette annonce n'a pas été réalisée et placée par le gérant du site Internet lui-même mais par une agence de communication externe (une agence de publicité) à laquelle il a fait appel et que cette annonce se retrouve sur Internet en dépit du fait qu'il a fait tout ce que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour la faire disparaître.

Il s'agit donc d'une hypothèse assez particulière où le gérant, en tant qu'annonceur dont la responsabilité directe est engagée, n'a pas rédigé l'annonce lui-même mais a confié cette réalisation à un prestataire de services externe, un intermédiaire, qui n'a pas respecté les instructions de l'annonceur. Au point 39 de cet arrêt, la Cour énonce que la notion d'usage de la marque « implique un *comportement actif et une maîtrise, directe ou indirecte, de l'acte constituant l'usage*. Or, tel n'est pas le cas si cet acte est effectué par un opérateur indépendant sans le consentement de l'annonceur, voire contre la volonté expresse de celui-ci ». « [Permettre] au titulaire de la marque d'interdire à l'annonceur l'usage litigieux, au seul motif que cet usage puisse éventuellement procurer un avantage économique à l'annonceur, méconnaîtrait la finalité de cette disposition ainsi que le principe *impossibillum nulla obligatio est* » (pt 42)(25).

Cet arrêt vient d'être invoqué sans succès par Amazon dans une récente affaire portée par *Louboutin* devant le tribunal de l'entreprise de Bruxelles(26). Louboutin tentait d'engager la responsabilité directe d'Amazon pour l'usage litigieux de marques dans des annonces publicitaires réalisées par Amazon. Amazon soutenait que sa responsabilité directe ne pouvait être engagée puisque l'usage n'était pas réalisé pour son propre compte mais profitait uniquement aux tiers vendant des produits litigieux par le biais de sa place de marché en ligne, produits dont elle ne pourrait prétendument pas contrôler le caractère authentique.

(24) A. STROWEL, « Reconstructing the Reproduction and Communication to the Public Rights: How to Align Copyright with Its Fundamentals », in P. B. HUGENHOLTZ (ed.), *Copyright Reconstructed*, La Haye, Wolters Kluwer, 2018, p. 223. A. Strowel démontre qu'une telle exigence d'utilisation d'une œuvre « comme œuvre » fait défaut en droit d'auteur, ce qui rend surtout l'infraction au droit de reproduction problématique.

(25) Pour un commentaire de cet arrêt voy. M. BUYDENS et C. BERNARD, « Arrêt "Daimler" : imputabilité de l'atteinte à la marque », *J.D.E.*, 2016/5, n° 229, pp. 184-185.

(26) Trib. entr. Bruxelles, 9 août 2019, R.G. n° A/19/00938 inédit.

Dans cette affaire, le tribunal de l'entreprise a bien saisi le caractère particulier de l'affaire *Daimler* et les limites des possibilités de sa transposition à Amazon.

Le tribunal a décidé qu'Amazon faisait bien un usage dans la vie des affaires des marques de Louboutin. Bien que la communication profite aussi aux tiers vendant les produits sur la plateforme, Amazon vantait aussi ses propres services par le biais de ces communications.

Le jugement prononcé contient un attendu remarquable. Amazon a soutenu que, vu l'ampleur de son service et le nombre important d'offres placées chaque seconde par des vendeurs tiers, il est devenu « impossible pour l'équipe d'enquête d'Amazon d'examiner toutes les offres immédiatement après que celles-ci soient publiées [...] afin d'immédiatement retirer les offres portant atteinte aux droits de marque de titulaires » (27). Le tribunal de l'entreprise de Bruxelles a jugé cette défense « difficilement audible... un justiciable ne peut en effet soutenir que l'activité par hypothèse illégale qu'il a mise sur pied serait à ce point gigantesque qu'elle serait devenue incontrôlable » (28). L'interdiction d'usage imposée à Amazon est bien limitée aux usages qui *lui* seraient imputables, précise le tribunal, renvoyant habilement les débats que cette précision pourrait susciter à l'éventuel contentieux de l'exécution du jugement de cessation. Sa décision nous paraît conforme à l'enseignement de l'affaire *L'Oréal c. eBay* (29), dans laquelle s'agissant de l'activité en tant qu'annonceur d'eBay pour ses propres produits et services, la Cour n'a même pas envisagé qu'eBay puisse échapper à sa responsabilité, puisqu'il était clair qu'eBay se rendait directement coupable d'un usage de marque dans la vie des affaires. Les auteurs y reviendront (*infra*, section 4, § 3, a).

Une quatrième affaire du 7 juillet 2016 concernait une société nommée *Delta Center*, active dans la location de halles de marché de la ville de Prague. Des titulaires de marques avaient constaté que des contrefaçons de produits de la marque « Tommy Hilfiger » et autres étaient vendues par des tiers louant ces espaces. La Cour de justice a considéré que cette société ne se rendait pas pour autant elle-même coupable d'un usage contrefaisant des marques mais relevait de la qualification *d'intermédiaire*

(27) *Ibid.*

(28) *Ibid.*

(29) C.J.U.E., 12 juillet 2011, arrêt *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres*, C-324/09, EU:C:2011:474.

puisqu'elle fournissait un service employé par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle(30).

In fine, l'analyse relève que la Cour de justice retient rarement la responsabilité directe de sociétés qui ne sont que des intermédiaires dans la chaîne de production, de distribution ou de promotion pour contrefaçon en droit des marques. Il est interpellant de voir que le critère pris en compte n'est pas tant celui de la *connaissance* du caractère illicite de la contrefaçon auxquels ces intermédiaires participent, que celui de l'intention (l'instruction d'apposer sur les produits venait de tiers contrefacteurs) ou de l'usage pour son propre compte, ou sa propre communication. Ceci peut être lié aux fonctions de la marque : les intermédiaires déchargés décrits ci-dessous ne portaient pas eux-mêmes atteinte aux fonctions d'identification d'origine des produits (personne ne pense que les faux t-shirts Tommy Hilfiger proviennent du bailleur de l'emplacement de marché...) ou à la fonction de publicité de la marque (il n'y avait pas de clientèle détournée vers les services de *Google* du fait de la mise à disposition de mots-clés par celle-ci).

b) Droit d'auteur – communication au public

15. Le cours et tribunaux ont eu moins de difficultés à établir une responsabilité directe dans le chef des intermédiaires en droit d'auteur. Ce droit suit une autre approche de l'infraction que le droit des marques et ne requiert pas un « usage » de l'œuvre. Notamment en matière du droit de communication au public, la Cour de justice n'a pas hésité à retenir la responsabilité directe de différents intermédiaires pour des infractions aux prérogatives exclusives des titulaires de droits(31).

Dans l'analyse des responsabilités pour l'accessibilité d'œuvres via des plateformes, les cours et tribunaux n'ont pas envisagé de responsabilité « partagée » pour l'infraction (entre l'utilisateur de la plateforme et la plateforme elle-même).

Le sujet a plutôt été abordé sous l'angle de la définition du droit de communication au public et de ses conditions d'application. Cette

(30) C.J.U.E., 7 juillet 2016, arrêt *Tommy Hilfiger Licensing LLC et autres contre Delta Center a.s.*, C-494/15, EU:C:2016:528, Voy. à ce sujet T. DE HAAN, « Précisions sur la notion d'«intermédiaire» au sens de l'article 11 de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle », *Les Pages*, 2016/12, p. 3.

(31) Pour des raisons de lisibilité, il sera fait référence aux « œuvres » ou « contenu » pour indiquer les œuvres protégées par le droit d'auteur et les autres objets protégés par les droits voisins (comme les prestations des artistes-interprètes et des producteurs).

approche n'est pas neutre : la responsabilité quasi délictuelle ressort dans une grande mesure de la compétence des États membres, tandis que le droit d'auteur est largement harmonisé au niveau européen (comme le droit des marques). Comme l'explique l'avocat général Szpunar dans son opinion rendue dans l'affaire *The Pirate Bay*, l'effort d'harmonisation serait mis à mal si la protection effective et l'étendue des droits compris sous le droit d'auteur dépendaient des systèmes nationaux en matière de responsabilités non contractuelles(32).

Il se fait ainsi que la notion de « communication au public » recouvre plusieurs notions, notamment les communications primaires et les communications secondaires (où l'œuvre est déjà présente sur Internet et une deuxième communication est faite à cette occasion)(33). Son contenu et ses conditions d'application ne semblent pas varier selon qu'il s'agisse d'une application à des exploitations primaires ou secondaires(34).

16. Le droit de communication au public a été harmonisé par la Directive InfoSoc et, en ce qui concerne les droits voisins, par la Directive Location(35). La simplicité de son expression est trompeuse, en témoigne le fait que la notion de « communication au public » est une de celles qui a fait l'objet de la plupart des questions préjudicielles posées à la Cour de justice depuis l'harmonisation du droit d'auteur.

Les nombreuses décisions de la Cour de justice ont créé une jurisprudence constante(36) qui requiert deux éléments cumulatifs, (i) une communication et (ii) un public.

Afin d'apprécier si un intermédiaire réalise un acte de communication au public, plusieurs « critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres » doivent être pris en

(32) Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J.U.E., 8 février 2017, arrêt *Stichting Brein contre Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (The Pirate Bay)*, C-610/15, EU:C:2017:99, pt 3.

(33) Voy. également S. DEPREEUW, *The Variable Scope of the Exclusive Economic Rights in Copyright*, La Haye, Kluwer Law International, 2014, pp. 364 et s. ; F. BRISON et S. DEPREEUW, « Het recht van mededeling aan het publiek », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL et M. LAMBRECHT (ed.), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 69-117 ; S. DEPREEUW, « De “mededeling aan het publiek” in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie », *I.R. D.I.* 2015, 4 (310), pp. 310-330.

(34) Av. gén., concl. préc. C.J.U.E., 8 février 2017, arrêt *Stichting Brein contre Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (The Pirate Bay)*, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:99, pt 4.

(35) Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L 376 du 27 décembre 2006, pp. 28-35.

(36) Entre autres : C.J.C.E., 7 décembre 2006, arrêt *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) contre Rafael Hoteles SA*, C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764.

compte, individuellement et ensemble, dans leur interaction les uns avec les autres(37).

17. La « communication » est comprise comme l'intervention délibérée de l'utilisateur, en pleine *connaissance des conséquences de son comportement*, pour donner accès à une œuvre protégée, lorsque le public n'aurait pas accès ou ne pourrait que difficilement jouir de l'œuvre diffusée, en l'absence de son intervention(38).

Le rôle de l'utilisateur est fondamental : par son intervention indispensable il donne accès à l'œuvre – même si le public n'en fait pas d'usage(39). Par contre, la « simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication » ne constitue pas en tant que telle une communication (cons. 27 de la Directive InfoSoc). Ainsi, une installation physique de télévisions peut donner accès aux œuvres, p. ex. dans une chambre d'hôtel, de sorte que l'hôtelier se rend responsable d'une communication au public(40). De même, la pré-installation sur un lecteur média (hardware) d'un module qui donne accès aux œuvres diffusées sur des sites internet (obscurés et difficilement trouvables) sans l'autorisation des titulaires de droit dépasse la « simple fourniture d'une installation permettant la communication »(41). Grâce à l'intervention de cet exploitant, l'acquéreur du lecteur a un accès direct aux films sans se rendre sur les sites où les films sont initialement mis à disposition (également sans consentement des titulaires). Le rôle de cet intermédiaire est d'autant plus important que « les sites Internet de diffusion en flux continu en cause au principal ne sont pas facilement identifiables par le public et, s'agissant d'une majorité d'entre eux, changent fréquemment ».

Cette intervention matérielle ne suffit cependant pas : la Cour de justice exige également que l'utilisateur ait « pleine connaissance des conséquences de son comportement ». Cette connaissance des conséquences du comportement est présumée si l'utilisateur a un but lucratif(42). Il peut s'avérer compliqué pour un particulier de savoir si un hyperlien

(37) C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein c. Ziggo, XS4ALL Internet (« Pirate Bay »)*, C-610/15, EU:C:2017:456, 25 ; C.J.U.E., 8 septembre 2016, arrêt *GS Media c. Sanoma Media Netherlands BV e.a.*, C-160/15, EU:C:2016:644 ; C.J.U.E., 8 septembre 2016, arrêt *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, pt 34.

(38) C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, EU:C:2017:456, pt 26.

(39) C.J.U.E., 13 février 2014, arrêt *Nils Svensson e.a. contre Retriever Sverige AB*, C-466/12, EU:C:2014:76, pt 19 ; C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems (« Filmspeler »)*, C-527/15, EU:C:2017:300, pt 36.

(40) C.J.C.E., 7 décembre 2006, arrêt *SGAE (Rafael Hoteles)*, C-306/05, EU:C:2006:764, pt 46.

(41) C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300, pt 41.

(42) C.J.U.E., 8 septembre 2016, arrêt *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, pts 47-48.

qu'il fait à une autre page mène à une œuvre protégée et publiée avec le consentement de l'auteur. Dans certaines conditions, un particulier qui ne poursuit pas un but lucratif peut être excusé pour son ignorance relative aux conséquences de son intervention. Par contre, un utilisateur « commercial » qui pose un hyperlien vers une œuvre protégée publiée sur une autre page est censé faire les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre n'est pas publiée « illégalement » sur cette page. Il s'agit toutefois d'une présomption réfragable (i) de la nature protégée de l'œuvre et (ii) de l'absence d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur(43).

Cet élément de connaissance (que la Cour de justice a exigé depuis l'arrêt *Rafael Hoteles*) intègre donc un élément subjectif dans la notion de « communication au public », qui est absent dans les infractions aux droits intellectuels mais pourrait être appliqué dans le cadre d'une appréciation du respect de l'obligation générale de diligence(44).

18. Un « public » vise un « nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important »(45).

Selon une jurisprudence constante, une œuvre protégée doit être communiquée à un public selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou à un « public nouveau », c'est-à-dire un public n'ayant pas été déjà pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de leur œuvre au public(46).

19. Un critère accessoire, qui « n'est pas dénué de pertinence » est le caractère *lucratif* de la communication. La Cour a répété cet aspect à plusieurs reprises(47), à chaque fois avec une double négation de sorte que ce critère soulève encore certaines ambiguïtés.

(43) *Ibid.*, pt 51.

(44) E. ROSATI, « The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms », *European Intellectual Property Review*, 2017.

(45) C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300, pt 32 ; C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, EU:C:2017:456, pt 27.

(46) C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300, pt 33 ; C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, EU:C:2017:456, pt 28.

(47) C.J.U.E., 8 septembre 2016, arrêt *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, pt 38 ; C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300, pt 34 ; C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, EU:C:2017:456, pt 29.

20. Dans l'univers digital, la Cour s'est penchée sur le rôle de plusieurs intermédiaires, notamment dans le contexte de live streaming d'émissions télévisées(48), hyperliens(49), lecteurs multimédias intégrant un accès aux œuvres protégées(50) et d'indexation d'œuvres musicales et audiovisuelles(51).

Il convient de distinguer deux types de communications parmi les actes soumis à l'appréciation de la Cour : les exploitations primaires où une œuvre est exploitée indépendamment d'autres exploitations (au niveau technique et économique) et les exploitations secondaires où une exploitation de l'œuvre dépend d'une exploitation antérieure. L'exemple fréquemment commenté de ce type de secondes exploitations est celui d'un hyperlien qui renvoie vers une œuvre communiquée au public sur une autre page et la rend accessible à d'autres destinataires (qui peuvent faire partie ou non du même public visé par la communication initiale)(52).

Dans l'ordre européen, ce type d'exploitation n'est pas sanctionné par une responsabilité indirecte. Plutôt que de vérifier dans quelle mesure l'exploitant secondaire a contribué, par sa propre faute, au dommage causé par la première infraction, il est constaté que l'exploitant fait lui-même une communication au public(53). Il est donc *directement* responsable d'une infraction au droit de communication au public (pour autant qu'un public nouveau soit ciblé et que les autres conditions soient également remplies).

(48) C.J.U.E., 7 mars 2013, arrêt *ITV Broadcasting Ltd e.a. contre TVCatchup Ltd*, C-607/11, EU:C:2013:147.

(49) C.J.U.E., 13 février 2014, arrêt *Svensson*, C-466/12, EU:C:2014:76; C.J.U.E., 21 octobre 2014, arrêt *BestWater International GmbH contre Michael Mebes et Stefan Potsch*, C-348/13, EU:C:2014:2315; C.J.U.E., 26 mars 2015, arrêt *C More Entertainment AB v Linus Sandberg*, C-279/13, EU:C:2015:199; C.J.U.E., 8 septembre 2016, arrêt *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644.

(50) C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300.

(51) C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, EU:C:2017:456.

(52) *Cf. inter alia* A. STROWEL, « Établir un hyperlien ne constitue pas une "communication au public" selon la Cour de justice de l'Union européenne », *A.&M.*, 2014/3-4, p. 228 ; S. DUSOLLIER, « Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication », *R.D.T.I.*, 2014, n° 54, p. 49 ; A. STROWEL, « La Cour de justice confirme qu'établir un hyperlien ne constitue pas une "communication au public", mais ne clarifie rien quant aux conditions implicites de son raisonnement – À propos de l'ordonnance BestWater et de l'arrêt C-More Entertainment », *A.&M.*, 2015/2, p. 176 ; J. C. GINSBURG et A. STROWEL, « Copyright liability for hyperlinking », in T. APLIN (ed.), *Reseach Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming ; A. STROWEL et V. HANLEY, « Secondary liability for copyright infringement with regard to hyperlinks », in A. STROWEL (ed.), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

(53) J. C. GINSBURG et A. STROWEL, « Copyright liability for hyperlinking », in T. APLIN (ed.), *Reseach Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, section I.A.

21. Également complexe est la question des plateformes, qui permettent aux utilisateurs de partager des œuvres protégées sans nécessairement avoir obtenu l'autorisation des titulaires de droit.

Dans l'affaire *The Pirate Bay*, la juridiction de renvoi avait constaté que les utilisateurs de la plateforme The Pirate Bay (54) qui mettent à disposition des autres utilisateurs des œuvres protégées violent le droit d'auteur et les droits voisins. La question était dès lors de savoir si la plateforme *The Pirate Bay* réalisait elle-même aussi un acte de communication au public en mettant à disposition de ses utilisateurs un système par lequel les métadonnées relatives aux œuvres (stockées chez les utilisateurs, non pas chez *The Pirate Bay*) sont indexées et classées, de sorte que les utilisateurs puissent les retrouver et les télécharger.

La Cour de justice a répondu par l'affirmative. Les administrateurs de *The Pirate Bay* offrent aux utilisateurs en pleine connaissance des conséquences de leur comportement un accès aux œuvres par la mise à disposition de la plateforme, en indexant et en répertoriant les fichiers torrents qui permettent de localiser les œuvres et de les partager en « *peer-to-peer* » (55). Ils jouent dès lors un rôle indispensable dans la mise à disposition des œuvres en cause. Le rôle de la plateforme *The Pirate Bay* dépasse en effet la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication, étant donné qu'elle prévoit l'indexation des œuvres, un moteur de recherche, un répertoire des œuvres sous différentes catégories et qu'elle assure la suppression des torrents obsolètes ou erronés (56).

Ensuite la Cour a constaté que l'ensemble des utilisateurs de *The Pirate Bay* étaient visés par la communication (c'est-à-dire plusieurs dizaines de millions de personnes), ce qui constitue un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique un nombre important de personnes (57). Le public visé était de plus un public « nouveau » car les administrateurs de *The Pirate Bay* savaient que la plateforme donnait accès à des œuvres protégées et partagées sans l'autorisation des titulaires de droit, ils se sont

(54) Une plateforme qui procède à une indexation d'œuvres stockées sur les ordinateurs des utilisateurs, qui permet aux utilisateurs de retrouver ces œuvres et de les télécharger moyennant leur client-Bit Torrent. *The Pirate Bay* ne stocke donc pas les œuvres pour ses utilisateurs mais prévoit des outils qui permettent aux utilisateurs de repérer les œuvres sur les ordinateurs d'auteurs utilisateurs.

(55) C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, EU:C:2017:456, pts 36-37.

(56) *Ibid.*, pt 38.

(57) *Ibid.*, pt 42.

publiquement exprimés dans ce sens et ils incitent même les utilisateurs à télécharger ces œuvres, publiées sans autorisation (58) (59).

Enfin la Cour constate que la plateforme est exploitée dans le but d'en retirer un bénéfice par le biais de recettes publicitaires (60).

22. Deux actes de communication au public distincts sont constatés : (i) la mise à disposition et la transmission des œuvres par les utilisateurs de *The Pirate Bay* aux utilisateurs de *The Pirate Bay* et (ii) la mise à disposition et la gestion de la plateforme *The Pirate Bay* qui permet de retrouver les œuvres.

Ce constat de deux infractions distinctes peut surprendre dans la mesure où les deux actes sont techniquement dépendants : l'utilisateur ne produit pas de communication du contenu sans la plateforme, la plateforme n'est qu'une boîte vide sans le contenu fourni par ses utilisateurs. Par contre, les actes distincts de la plateforme *The Pirate Bay* et des utilisateurs créent l'opportunité de monétiser la communication deux fois.

Plutôt que d'analyser la responsabilité de cette plateforme sous l'angle de la responsabilité indirecte pour les infractions commises par l'utilisateur, la Cour de justice interprète donc le droit de communication au public largement pour y inclure les actes de l'intermédiaire dont la plateforme est utilisée pour compléter l'infraction – pour autant qu'il soit démontré que cet intermédiaire (devenu contrefacteur) ait connaissance des conséquences de son intervention (qui rend accessible les œuvres protégées sans l'autorisation de l'auteur). Cette connaissance n'est pas une connaissance qui doit être vérifiée concrètement pour chaque œuvre partagée via la plateforme. Il semble suffire que le design de la plateforme entraîne une probabilité suffisante que le public ait accès aux œuvres accessibles sans le consentement des titulaires de droits.

23. En résumé, en droit des marques, la Cour de justice a été plus réticente à analyser le rôle des intermédiaires sous l'angle de la responsabilité directe pour un acte de contrefaçon qu'en droit d'auteur. Le droit des marques requiert un « usage dans la vie des affaires » du signe litigieux

(58) *Ibid.*, pts 44-45.

(59) Ce dernier constat invite cependant à une interrogation concernant le test que la Cour propose. La recherche d'un « public nouveau » entraîne en principe une comparaison entre le public visé par une communication initiale et celui ciblé par la communication ultérieure. Or ici, la Cour constate que les œuvres sont échangées entre les utilisateurs sans consentement des titulaires, que les administrateurs de la plateforme *The Pirate Bay* étaient au courant voire encourageaient ces communications et elle en déduit qu'un *nouveau* public est ciblé.

(60) C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein (Pirate Bay)*, C-610/15, EU:C:2017:456, pt 46.

par le contrefacteur. Cet *usage* n'est pas souvent constaté dans le chef des intermédiaires.

Le droit d'auteur suit une autre configuration : la plateforme qui est utilisée par un utilisateur pour communiquer une œuvre au public aux autres utilisateurs de la plateforme pose un acte de communication au public propre et distinct de l'acte de l'utilisateur. Pour autant que cette intervention soit nécessaire ou facilite l'accès du public à l'œuvre et pour autant que la plateforme avait connaissance des conséquences de son acte, elle sera responsable directement d'une atteinte au droit d'auteur.

§ 2. « Actionnabilité » des intervenants dans l'infraction aux droits intellectuels

24. À côté et indépendamment de la question de savoir si des personnes (physiques ou morales) sont *responsables* (*verantwoordelijk*), de façon directe ou indirecte, des atteintes commises aux droits intellectuels, les intervenants sont tous « actionnables » (*aanspreekbaar*).

En effet, il est toujours possible d'obtenir des *injonctions* de cessation ou de filtrage contre eux, qu'il s'agisse de faits qu'ils ont commis eux-mêmes (en leur qualité d'auteurs de l'infraction), ou de faits commis par des tiers, par exemple, les usagers de leur plateforme (en leur qualité d'intermédiaire). Souvent, les cours et tribunaux saisis d'une demande d'injonction ne prennent d'ailleurs même pas la peine de se prononcer sur la question de savoir si les défendeurs sont *responsables* directement ou indirectement de l'infraction. C'est ainsi que dans la récente affaire *Eva / Facebook* (61), la Cour de justice a analysé l'étendue des possibilités d'injonction des juridictions nationales envers la société *Facebook* sans même aborder la question de la qualification de *Facebook* comme « responsable » (62). Les auteurs y reviendront plus loin.

25. Les conditions pour prononcer des injonctions à l'encontre des contrevenants eux-mêmes, des intermédiaires en ligne et des intermédiaires physiques sont identiques (63). L'unique critère sera celui de l'uti-

(61) C.J.U.E., 3 octobre 2019, arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook*, C-18/18, EU:C:2019:821.

(62) Pour une réflexion plus poussée sur cette possibilité de cessation affranchie de la notion de responsabilité voy. T. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.D.C.-T.B.H.*, 2010/7, pp. 563-593.

(63) Voy. la question préjudicielle à ce sujet dans l'affaire C.J.U.E., 7 juillet 2016, arrêt *Tommy Hilfiger Licensing LLC et autres contre Delta Center a.s.*, C-494/15, EU:C:2016:528, dans laquelle elle répondit par l'affirmative.

lité de la cessation. La Directive Enforcement prévoit de manière horizontale pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle⁽⁶⁴⁾ la possibilité d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires à l'encontre tant des contrevenants que des intermédiaires (art. 9 Dir. Enforcement). L'article 8(3) de la directive InfoSoc, qui est antérieure à la Directive Enforcement, prévoyait déjà des possibilités analogues en droit d'auteur.

26. En droit belge, ces dispositions européennes sont transposées dans l'article XI.334 du Code de droit économique intitulé « Cessation de l'atteinte et autres mesures ». Le droit belge ne requiert pas que les intermédiaires aient sciemment favorisé⁽⁶⁵⁾ l'atteinte au droit de propriété intellectuelle.

L'article XVII.14 du même Code confirme l'absence de toute condition de faute et/ou de « conscience » à démontrer dans le chef du contrevenant ou de l'intermédiaire. Il prévoit que « le président du tribunal de commerce constate l'existence et ordonne la cessation de *toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle*, [...] § 4. Le président peut également rendre une injonction de cessation à l'encontre des *intermédiaires* dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit visé aux paragraphes 1 à 3 » (nous mettons en italique).

SECTION 4. RÉGIME PARTICULIER DE LIMITATION DE RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES SUR INTERNET – DIRECTIVE E-COMMERCE

27. Les titulaires de droits intellectuels ont encore plus de mal à identifier la source des contrefaçons qui leur causent grief en ligne que dans le monde physique : qui est le vendeur qui a mis en ligne des produits qui portent atteinte à la renommée de la marque ? Qui est l'auteur de cet article ou de ce blog dans lequel sont reproduites des photographies

(64) F. BRISON (ed.), *Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 283.

(65) La Cour de justice a récemment été saisie d'une question préjudicielle dans une affaire impliquant la société de partage de contenus en ligne YouTube. La question est de savoir si un État membre peut ajouter une condition de connaissance en plus au régime prévu par la Directive : « une réglementation nationale en vertu de laquelle le fournisseur de services d'hébergement n'est tenu d'une obligation de cessation que s'il a sciemment favorisé la commission de l'atteinte par l'utilisateur, est-elle conforme à l'article 11, première phrase, de la Directive 2004/48/CE, ou convient-il d'interpréter cette disposition en ce sens que les États membres ne peuvent pas subordonner l'action en cessation à la condition que ces derniers aient sciemment favorisé l'atteinte au droit de propriété intellectuelle commise par l'utilisateur ? ». Si la Cour répondait par l'affirmative, cela reviendrait-il à dire que l'injonction de la cessation pourrait être subordonnée à la preuve d'une conscience, d'une intention, voire d'une faute dans le chef de l'intermédiaire ?

protégées par le droit d'auteur ? Depuis le développement d'Internet, les intermédiaires sont plus que jamais des interlocuteurs incontournables pour les titulaires de droits.

Après un rappel des principes établis par la Directive « e-commerce » déjà abondamment décrits par la doctrine, l'application du régime de limitation de responsabilité en matière de droits intellectuels sera analysée.

§ 1. Activités visées par la Directive

28. La directive 2000/31/CE « e-commerce » instaure un régime de responsabilité particulier pour certains intermédiaires techniques. Elle a créé des « zones de non-responsabilité » pour certains prestataires de services de « la société de l'information »⁽⁶⁶⁾ dans le but initial de favoriser le commerce en ligne pour finaliser l'accomplissement du marché intérieur⁽⁶⁷⁾.

Cette directive a été transposée en droit belge par la loi du 11 mars 2003 « sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information ». Les règles figurent dans le Livre XII du Code de droit économique intitulé « Droit de l'économie électronique ». Le régime de cette directive entend protéger les prestataires de services sur Internet qui n'exercent qu'un rôle technique contre les actions en responsabilité, en prévoyant une limitation de leur responsabilité sous certaines conditions.

29. La Directive décrit trois types de services par des prestataires de services qui peuvent largement être regroupés sous la notion d'« intermédiaire ».

L'activité de :

- simple transport (« *mere conduit* »), « consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication » (art. 12) ;
- stockage (« *caching* ») (« automatique, intermédiaire et temporaire de l'information fait dans le seul but de rendre plus efficace la trans-

(66) Définis comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par la voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service » par l'article 2, 1^o, de la loi du 11 mars 2003. La notion d'intermédiaire n'est pas définie en tant que telle par la section 4 de la Directive e-commerce.

(67) À propos de la *ratio legis* du régime, voy. B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la directive e-commerce », in *Handhaving van intellectuele rechten / Respect des droits intellectuels en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 57 et 58.

mission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service » (art. 13) ;

- hébergement (« *hosting* »), consistant à « stocker des informations fournies par un destinataire du service » (art. 14).

Cette dernière activité a fait couler le plus d'encre puisque c'est, si l'on peut dire, la moins « technique » des trois, à laquelle peuvent le plus s'apparenter les activités des acteurs derrière les sites dits « collaboratifs » que sont par exemple *Facebook*, *Skyblog*, *Netlog*, *MySpace*, *Wikipédia*, *Twitter*, *eBay*, *Dailymotion* et *YouTube*.

Les conditions précises de limitation de responsabilité de chacune de ces activités ont déjà fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux (68), nous n'y reviendrons donc pas en détail (69).

Retenons seulement que l'activité de « simple transport », est celle des fournisseurs d'accès à Internet (en abrégé « FAI »). Ils bénéficient d'une exonération totale de responsabilité, pour autant qu'ils ne soient pas à l'origine de la transmission des informations, ne sélectionnent pas le destinataire de la transmission et ne sélectionnent ou ne modifient pas les informations faisant l'objet de la transmission.

Cette activité était en cause dans l'affaire *Mc Fadden* (70). La Cour de justice était appelée à se prononcer sur la question de savoir si un commerçant (Monsieur Mc Fadden) qui met à disposition de ses clients un accès Internet gratuit et non-sécurisé (le Wi-Fi) peut être tenu responsable pour les faits illicites commis par ses clients au moyen de la connexion Internet ainsi mise à disposition. La Cour a répondu par la négative. La mise à disposition d'un réseau par lequel une atteinte aux droits d'auteur est commise est une activité de simple transport et n'est, partant, pas constitutive d'une atteinte aux droits d'auteur.

(68) Pour une description plus détaillée des conditions applicables à chaque activité, voy. entre autres B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, *op. cit.*, pp. 569-579 et F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, 209 ; F. JONGEN et A. STROWEL, « Responsabilité des intermédiaires Internet », in *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 781-810 ; V. FOSSOUL, « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *op. cit.*, pp. 462-489 ; B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la directive e-commerce », *op. cit.*, pp. 57 et 58 ; T. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet : une application délicate », *op. cit.*, p. 127.

(69) Les fournisseurs de services de stockage n'ayant pas fait l'objet de larges discussions, les auteurs n'aborderont plus cette activité.

(70) C.J.U.E., 15 septembre 2016, arrêt *Tobias Mc Fadden contre Sony Music Entertainment Germany GmbH*, C-484/14, EU:C:2016:689.

Enfin, les prestataires d'une activité d'hébergement ne peuvent engager leur responsabilité s'ils n'ont pas connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information qu'ils hébergent, et pour autant qu'ils agissent promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible, dès le moment où ils ont une telle connaissance.

La connaissance du caractère contrefaisant d'une activité est donc une condition fondamentale pour admettre l'application du régime de responsabilité limitée de l'hébergeur, tandis que l'exigence de connaissance est plus ambiguë pour la responsabilité directe de l'intermédiaire pour les infractions aux droits intellectuels. Partant du principe que le régime de responsabilité pour les violations des droits intellectuels est un régime de responsabilité objective, la connaissance du caractère contrefaisant n'est pas requise en tant que telle (même si le droit de communication au public intègre cette notion de connaissance dans la définition de « communication »).

§ 2. Le principe de l'absence d'obligation générale en matière de surveillance

30. L'article 15 de la Directive e-commerce interdit aux États membres « d'imposer aux prestataires [...] une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

Comme déjà évoqué (*supra*, Section 3, § 2), les États membres peuvent en revanche permettre à leurs juridictions d'exiger d'un intermédiaire qu'il mette fin à une violation ou qu'il la prévienne en vertu du pouvoir d'injonction qui leur est conféré entre autres par la Directive Enforcement mais aussi par les articles 12, alinéa 3 ; 13, alinéa 2, et 14, alinéa 3, de Directive e-commerce, selon lesquels « [la limitation de responsabilité des intermédiaires en ligne] n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation [...] ». Les États membres peuvent par ailleurs instaurer une obligation de collaboration aux intermédiaires.

31. Ces deux logiques, l'interdiction d'obligation générale de surveillance d'une part, et la possibilité d'injonctions qui peuvent être formulées de manière large, pour prévenir des infractions, d'autre part peuvent paraître difficilement conciliables. Une injonction doit en principe être limitée à un cas spécifique, de manière à garantir à l'intermédiaire de ne pas être contraint de surveiller les contenus qui transitent sur sa plateforme (l'intermédiaire n'a qu'une obligation réactive). Cependant, les limites imposées à la portée d'injonctions ne sont pas toujours claires et une injonction se voulant ciblée peut vite se transformer en épée de Damoclès pour un intermédiaire scrupuleux de respecter celle-ci de manière stricte, et lui imposer ainsi *de facto* une obligation de surveillance (l'intermédiaire peut ainsi se voir imposer une obligation proactive).

Entre l'attitude « passive » suggérée par l'interdiction d'obligation générale de surveillance, et l'attitude « active » suggérée par les injonctions, le rôle attendu des intermédiaires peut s'avérer ambigu. Cela se comprend. L'objectif du législateur européen était ambitieux. Il fallait trouver un équilibre entre des intérêts par essence divergents et difficilement conciliables : « éviter que les intermédiaires ne soient tentés ou incités à pratiquer une censure préalable sur les informations qui transitent par eux »(71) et « ne pas faire supporter aux intermédiaires techniques un risque démesuré, qui pourrait freiner l'innovation »(72) d'une part, tout en « [permettant] l'indemnisation des victimes et [la] lutte contre les actes illicites en mettant à profit la position privilégiée des intermédiaires dans la diffusion de ces contenus illicites »(73) d'autre part.

32. La Directive donne aux États membres et surtout, aux juridictions, un pouvoir d'appréciation particulièrement important dans la mise en œuvre de leur pouvoir d'injonction.

Ces dernières en viennent donc naturellement à se demander sur quel pied danser. La Cour de justice de l'Union européenne a rendu plusieurs décisions à ce sujet, qui ont déjà largement été commentées par la doctrine(74).

(71) Q. VAN ENIS, « La prévention de la censure indirecte de la part des intermédiaires », in *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 348-399.

(72) B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, op. cit., p. 571.

(73) *Ibid.*, et T. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet : une application délicate » op. cit., p. 127.

(74) Il faut s'en référer en particulier aux affaires *L'Oréal / eBay* (C-324/09), *Scarlet Extended* (C-70/10), *UPC Telekabel* (C-314/12), *Mc Fadden* (C-484/14) commentées notamment par F. JONGEN et A. STROWEL, « Responsabilité des intermédiaires Internet », op. cit., pp. 781-810 ; par A. STROWEL, « L'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur : récents développements jurisprudentiels et législatifs », *J.T.*, 2012/40-41, pp. 827-831

Le principe constant qui s'est dégagé de cette jurisprudence est que l'injonction devrait offrir à l'intermédiaire une marge de manœuvre suffisante pour mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées à ses ressources et à ses capacités, lui permettant ainsi de poursuivre l'exercice normal de son activité. Le juge doit ainsi concilier des intérêts divergents : l'intermédiaire doit prendre des mesures qui ne visent que les contenus jugés contrefaisants (et éviter qu'elles aillent au-delà de ceux-ci pour protéger le droit à la liberté d'expression des internautes⁽⁷⁵⁾), qui soient suffisamment efficaces pour assurer une protection effective des droits intellectuels, sans devoir garantir une protection absolue⁽⁷⁶⁾. La Cour a ainsi décidé que les mesures prises doivent avoir pour effet d'« empêcher ou, au moins, rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées » des œuvres litigieuses et de « décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du prestataire intermédiaire considéré de consulter les œuvres litigieuses »⁽⁷⁷⁾.

33. La Cour de justice vient récemment de se prononcer dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel⁽⁷⁸⁾ sur une nouvelle question relative à la portée des injonctions qui peuvent être prononcées à l'égard des intermédiaires. Les faits ayant donné lieu au litige concernaient non pas les droits de propriété intellectuelle mais un cas de diffamation. La demanderesse, députée au *Nationalrat* (Conseil national autrichien), M^{me} Eva Glawischnig-Piesczek n'avait pas apprécié d'être traitée « d'idiote corrompue » dans un commentaire publié sur Facebook. D'après elle, la plateforme n'avait pas retiré ce contenu assez vite (« *take down* ») ni, surtout, veillé à ce qu'il ne *réapparaisse* plus (« *stay down* »). Elle a saisi les juridictions autrichiennes de l'affaire, qui est remontée jusque devant la Cour suprême d'Autriche. Celle-ci a interrogé la Cour de justice sur l'étendue de son pouvoir d'injonction à l'égard de Facebook. Une fois le caractère illicite du commentaire établi, quelle est l'étendue matérielle, personnelle et territoriale⁽⁷⁹⁾ que l'injonction doit respecter ? L'injonction de cessation doit-elle être limitée à un contenu clairement identifié ou peut-elle être

et par P. CAMPOLINI, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement Internet : les injonctions contre les intermédiaires », *A.&M.*, 2017/3, pp. 238-263.

(75) Q. VAN ENIS, « La prévention de la censure indirecte de la part des intermédiaires », *op. cit.*, pp. 348-399.

(76) P. GAUDRAT, F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, t. 2, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 511-512.

(77) C.J.U.E., 27 mars 2014, arrêt *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/12, EU:C:2014:192, 62-64.

(78) C.J.U.E., 3 octobre 2019, arrêt *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook*, C-18/18, EU:C:2019:821.

(79) E. WÉRY, « La responsabilité des intermédiaires mise sens dessus dessous par Facebook », 14 octobre 2019, publié sur www.droit&technologies.org.

étendue à un contenu futur identique et/ou équivalent qui serait posté même par un *autre* utilisateur, dont l'hébergeur (Facebook) n'aurait pas eu connaissance ? L'injonction peut-elle aussi être étendue au niveau mondial ? Voici les questions préjudicielles auxquelles la Cour de justice a été appelée à répondre.

D'après la Cour, le principe de l'interdiction de l'obligation générale en matière de surveillance ne s'oppose pas à ce que Facebook se voie contrainte de rechercher, d'identifier et de supprimer, au niveau *mondial* (80), tous les contenus *identiques* à un commentaire diffamatoire dont l'illicéité a été constatée ou de bloquer l'accès à ceux-ci, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de ces informations. Facebook peut aussi être contrainte de supprimer un commentaire « *équivalent* à celui qualifié d'illicite » pour autant que « la surveillance et la recherche des informations concernées par une telle injonction [soient] limitées à des informations véhiculant un message dont le contenu demeure, en substance, inchangé par rapport à celui ayant donné lieu au constat d'illicéité et comportant les éléments spécifiés dans l'injonction et que les différences dans la formulation de ce contenu équivalent par rapport à celle caractérisant l'information déclarée illicite précédemment ne [soient] pas de nature à contraindre l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome de ce contenu ».

34. Il reste à voir comment cette décision sera mise en pratique et pourra être transposée aux contenus portant atteinte aux droits intellectuels (et non diffamatoires) et aux acteurs autres que les réseaux sociaux par exemple. La Cour a en effet décidé que la Directive e-commerce ne s'oppose pas à une injonction à supprimer un contenu identique ou, dans certains cas, équivalent à un contenu déclaré illicite et ce à l'échelle mondiale. Encore faut-il vérifier si le droit national applicable permet une injonction aussi large aussi en matière de droits intellectuels, où la protection est généralement soumise à un principe de territorialité, sans

(80) Le caractère extranational de l'injonction qui peut être prononcée rappelle la position récemment prise par la Cour de justice dans une affaire concernant la protection de données à caractère personnel impliquant Google, dans laquelle il fut décidé que Google peut être enjointe d'opérer un déréférencement de contenu portant sur l'ensemble des versions de son moteur de recherche correspondant à tout le moins à l'ensemble des États membres, et de mettre en place des mesures décourageant les internautes d'avoir, à partir de l'un des États membres, accès aux liens en cause figurant sur les versions UE de ce moteur (C.J.U.E., 24 septembre 2019, arrêt *Google*, C-507/17, EU:C:2019:772).

parler des questions particulières de droit international privé que ce type d'injonctions extraterritoriales peut soulever (81).

Comme le dit E. Wéry, « Comparer un produit contrefait et apprécier la légalité d'un propos sont deux exercices très différents » (82). L'application des principes dégagés par la Cour par les juges nationaux s'annonce « pour le moins périlleuse » (83). On parle d'une « révolution qui s'annonce pour les hébergeurs » (84), qui risquent en effet de devoir s'organiser davantage qu'auparavant pour lutter contre les contenus illicites véhiculés par leur intermédiaire.

Dans la section 3, § 1 ci-dessus, nous avons décrit dans quelle mesure il avait été jugé que certains intermédiaires posaient eux-mêmes un acte contrefaisant ; la présente section analyse dans quelle mesure ils peuvent voir leur responsabilité engagée ou limitée du fait des actes posés par des tiers faisant usage de leurs services.

§ 3. L'application du régime de limitation de responsabilité dans la jurisprudence en matière de droits intellectuels

35. La Directive e-commerce date de 2000, une époque où la plupart des plateformes telles que les places de marché en ligne telles que *eBay* ou *Amazon*, les réseaux sociaux comme *Facebook*, les sites de partage de vidéos en ligne comme *YouTube*, ou de « *Peer-to-Peer* » comme *The Pirate Bay* etc. n'existaient pas encore.

La Cour de justice et les cours et tribunaux ont donc interprété les conditions de cette Directive au fur et à mesure pour les appliquer au monde numérique que nous connaissons aujourd'hui. Les principes de limitation de responsabilité sont appliqués de façon stricte. Que cela se fasse par le biais d'une exclusion de certains prestataires au bénéfice du régime de la Directive (85), par le biais d'une qualification de l'acte reproché

(81) Des différences s'appliquent selon le que droit intellectuel qui est invoqué relève d'un titre européen (une marque ou un brevet européen par exemple) ou d'un titre national, comme le droit d'auteur. Au sujet des injonctions extraterritoriales (« *cross-border injonctions* ») voy. J.-S. BERGÉ, « Les stratégies en propriété intellectuelle dans un contexte global : une introduction », in *Stratégies internationales et propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 15-35 et, avec une attention particulière pour le droit des marques E. CORNU, « Usage de la marque d'un tiers et systèmes de référencement sur Internet », *J.T.*, 2012/40-41, pp. 821-827.

(82) E. WÉRY, « La responsabilité des intermédiaires mise sens dessus dessous par Facebook », *op. cit.*

(83) *Ibid.*

(84) *Ibid.*

(85) De moins en moins d'« intermédiaires » sont admis au bénéfice de la limitation de responsabilité. À côté des activités exclues directement par la Directive (exclusions ressortant du texte même de la Directive)

comme étant le fait propre de l'intermédiaire (*supra*, Section 3, § 1) ou encore par le constat que les conditions précises formulées aux articles 12 à 14 de la Directive e-commerce ne sont pas réunies, la tendance semble être de responsabiliser de plus en plus les intermédiaires en ligne. Ceci apparaît entre autres dans une chronique de jurisprudence récemment publiée par l'Office de la propriété de l'Union européenne (l'EUIPO)⁽⁸⁶⁾ qui recense les décisions rendues au sujet de la responsabilité des intermédiaires dans différents pays de l'Union européenne (aucune décision belge n'est cependant citée).

36. Nous avons vu que la seule qualité d'« intermédiaire » ne suffisait pas pour faire évaluer son comportement sous l'angle de la responsabilité indirecte et dès lors lui permettre de bénéficier du régime de limitation de responsabilité. En fonction des actes posés, un intermédiaire peut être tenu directement responsable pour une infraction au droit intellectuel pertinent, indépendamment de l'infraction commise par l'utilisateur⁽⁸⁷⁾ (*cf. supra*, Section 3, § 1).

L'intermédiaire peut en revanche bénéficier de ce régime de limitation de responsabilité, pour autant qu'il exerce un rôle neutre ou passif notamment dans les autres conditions posées par la Directive.

Même si le titulaire réussit à démontrer, dans des circonstances particulières, que le régime limitatif de responsabilité ne s'applique pas à un intermédiaire spécifique, encore faut-il qu'il établisse que la responsabilité (directe ou indirecte) de cet intermédiaire pour le fait de tiers pourra être engagée. L'auteur Fossoul confirme : « décider qu'un intermédiaire ne peut bénéficier du régime d'exonération [parce que les conditions ne sont pas remplies] ne signifie pas pour autant qu'il est coupable d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle »⁽⁸⁸⁾. En ce sens, B. Michaux, S. Her-

de plus en plus le sont par la jurisprudence. Par exemple, *Uber* et *AirBnB* ne sont pas considérés comme des services d'intermédiation au sens de la Directive e-commerce. Un service de portail d'information en ligne non plus. À ce sujet, voy. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 235-236.

⁽⁸⁶⁾ EUIPO, « IPR Enforcement case-law collection. The Liability and obligations of intermediary service providers in the European Union », August 2019. Disponible (en anglais uniquement) sur le site https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2019_IPR_Enforcement_Case_Law_Collection/2019_IPR_Enforcement_Case_Law_Collection_en.pdf

⁽⁸⁷⁾ « Il ne faut jamais perdre de vue que c'est en raison et par rapport *au fait des tiers* que les intermédiaires techniques se voient accorder des limitations de responsabilité » (nous soulignons) B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la directive e-commerce », *op. cit.*, p. 57.

⁽⁸⁸⁾ V. FOSSOUL, « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *op. cit.*, p. 473.

moye et F. Lejeune écrivent encore que, « à supposer que ni l'article 12, ni l'article 1^{er}, ni l'article 14 de la Directive e-commerce ne trouvent à s'appliquer, cela ne veut pas pour autant dire que l'intermédiaire concerné est *ipso facto* responsable pour le fait illicite ou illégal commis par le tiers utilisant ses services. Par conséquent, pour qui veut engager la responsabilité d'un intermédiaire en pareille situation, il reste à prouver, conformément au droit national, que les conditions positives pour engager la responsabilité de l'intermédiaire en raison du fait du tiers sont réunies » (89), soit celles résultant des lois de propriété intellectuelle, soit celles de droit commun (selon le moyen invoqué).

Toute la difficulté résidera dans l'identification précise des activités en cours et des actes en cause, souvent multiples, dans le chef d'un seul intermédiaire.

a) Droit des marques

37. Plusieurs arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne déjà commentés plus haut (Section 3, § 1, a) ont en particulier permis de dégager les critères utiles pour apprécier si un intermédiaire en ligne se rend lui-même coupable d'un usage dans la vie des affaires ou s'il peut au contraire soutenir que l'usage est le fait de tiers qui utilisent des services et est, partant, susceptible d'entrer dans le champ d'application de la Directive.

38. Ainsi, la Cour de justice a bien distingué la responsabilité directe de l'annonceur qui utilise une marque comme mot-clé sans l'autorisation du titulaire de la marque, la responsabilité directe que Google pourrait endosser pour le stockage de mots-clés choisis correspondant à des marques protégées (*supra*, Section 3, § 1, a) et sa responsabilité indirecte, en tant que prestataire d'un service de référencement sur Internet, pour les infractions au droit des marques commises par ses clients, les annonceurs.

Dans cette dernière activité, la société Google a été considérée comme ayant la qualité d'hébergeur d'informations sélectionnées par l'annonceur (les mots-clés sélectionnés par l'annonceur, le lien promotionnel, le message commercial et l'adresse du site de l'annonceur). Le régime restrictif de responsabilité peut s'appliquer pour autant que le rôle exercé par le prestataire soit « neutre, en ce que son comportement est purement

(89) B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la directive e-commerce », *op. cit.*, p. 57.

technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke » (90).

Le seul fait que le service de référencement soit payant (et que les modalités de paiement soient fixées par Google) ne suffit pas pour que Google perde l'avantage du régime limitatif de responsabilité. La Cour considère cependant aussi le rôle que Google joue dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots-clés.

La Cour rappelle que le prestataire passif ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou des activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données (91).

39. La Cour de justice a opéré une même distinction entre les différents types d'activités d'un intermédiaire dans l'affaire *L'Oréal c. eBay* (92). D'une part, l'activité d'annonceur d'eBay pour les produits qu'eBay commercialise elle-même et d'autre part, son activité d'exploitant d'une place de marché en ligne et les actes de contrefaçon qui peuvent y être commis par les utilisateurs. Les actes de contrefaçon commis par eBay et ceux commis par ses clients, les utilisateurs de la plateforme, étaient ainsi bien distingués.

S'agissant de son activité en tant qu'annonceur, la Cour n'a même pas analysé les conditions d'application de la Directive e-commerce. Il était clair qu'eBay se rendait directement coupable d'un usage de marque dans la vie des affaires.

S'agissant de l'exploitation de la place de marché en ligne, la Cour a considéré qu'eBay pouvait bénéficier de la limitation de responsabilité à certaines conditions. « Le simple fait que l'exploitant d'une place de marché en ligne stocke sur son serveur les offres à la vente, fixe les modalités de son service, est rémunéré pour celui-ci et donne des renseignements d'ordre général à ses clients ne saurait avoir pour effet de le priver des dérogations en matière de responsabilité prévues par

(90) C.J.U.E., 23 mars 2010, arrêts *Google France SARL et Google Inc. C ; Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08)*, *Google France SARL C ; Viaticum SA et Luteciel SARL et Google France SARL C ; Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL et autres (C-238/08)*, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, pt 114.

(91) C.J.U.E., 23 mars 2010, arrêts *Google France et Google*, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, pt 120.

(92) C.J.U.E., 12 juillet 2011, arrêt *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres*, C-324/09, EU:C:2011:474.

la Directive 2000/31 [...] Lorsqu'en revanche, ledit exploitant a prêté une assistance, laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres, il y a lieu de considérer qu'il a non pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels, mais joué un rôle actif *de nature à lui conférer une connaissance* ou un contrôle des données relatives à ces offres. Il ne saurait alors se prévaloir, s'agissant desdites données, de la dérogation en matière de responsabilité visée à l'article 14 de la Directive 2000/31. [...] Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si eBay a joué un rôle tel que décrit au point précédent par rapport aux offres à la vente en cause dans l'affaire au principal » (93) (nous soulignons).

40. À la lecture de ces attendus, une confusion reste possible : le responsable de la plateforme de vente en ligne, dont le rôle n'est *pas* neutre, qui promeut par exemple les offres illicites mises en ligne par ses clients, et qui ne peut donc bénéficier de la Directive e-commerce, peut-il ou doit-il, pour autant, être considéré comme l'auteur direct de l'infraction aux droits intellectuels ? Autrement dit, peut-on soutenir qu'il fait un usage des signes dans la vie des affaires et qu'il est ainsi responsable lui-même, directement, de la contrefaçon opérée par les tiers auxquels il a prêté assistance ? La réponse ne sera pas toujours aisée. Elle ne sera dans tous les cas pas automatiquement positive. En principe, seule la limitation de responsabilité ne sera pas appliquée mais les titulaires de droits devront encore prouver que les conditions pour invoquer la contrefaçon sont réunies, c'est-à-dire qu'eBay s'est rendue coupable d'un usage de la marque ou n'a pas été suffisamment diligente.

Il reste à découvrir au fil des futures décisions à intervenir comment les critères qui se sont dégagés de ces arrêts (le critère de la création de moyens techniques nécessaires pour qu'un tiers puisse faire un tel usage ou le critère selon lequel l'usage est réalisé ou non pour sa propre communication commerciale) vont trouver à s'appliquer à d'autres types d'acteurs Internet. Les arrêts commentés aussi ci-dessus (*supra*, Section 3, § 1, a) concernaient un processus de production de boissons, des services de référencement ou des places de marché en ligne. Ce sont des services qui se structurent de manière différente des services de réseaux sociaux ou de partages de vidéos en ligne par exemple. En

(93) *Ibid.*

l'état actuel de la législation en droit des marques, l'approche restera essentiellement casuistique.

b) Droit d'auteur

41. Contrairement au droit des marques, la jurisprudence européenne qui applique la Directive e-commerce et la Directive InfoSoc applique rarement un régime de responsabilité indirecte de l'intermédiaire pour les infractions commises par ses utilisateurs. Les intermédiaires, dont les hébergements de contenus, ont plutôt été vus comme des acteurs actifs, directement responsables d'actes de communication au public (*supra*, Section 3, § 1, b).

La Cour de justice s'est par contre prononcée à plusieurs reprises sur le rôle des fournisseurs de simple transport (FAI), non pas pour les qualifier de responsables pour les infractions au droit d'auteur commises par leurs utilisateurs, mais pour déterminer si les injonctions (ordres de cessation) imposées aux intermédiaires opéraient un équilibre entre les intérêts divergents des auteurs, des utilisateurs et de l'intérêt général (94).

42. Dans ce contexte, comme le régime de limitation de responsabilité prévu par la Directive e-commerce ne bénéficie à l'intermédiaire qu'à concurrence du fait des utilisateurs de ses services et ne lui bénéficie pas pour son fait personnel, la Directive e-commerce ne lui sera d'aucun secours.

Dans ce contexte, la *Bundesgerichtshof* (Cour suprême allemande) a récemment posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne qui explore précisément cette « délicate frontière » (95) entre la responsabilité indirecte que la plateforme YouTube peut encourir pour le contenu téléversé par ses utilisateurs et sa responsabilité directe pour l'acte de communication au public (96).

(94) Pour un commentaire des décisions rendues à propos de la portée d'injonctions à l'encontre d'intermédiaires en ligne pour faire cesser des atteintes aux droits d'auteur, voy. les affaires *Scarlett* et *Netlog* et leurs commentaires par A. STROWEL, « L'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur : récents développements jurisprudentiels et législatifs », *J.T.*, 2012/40-41, pp. 827-831.

(95) P. CAMPOLINI, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement Internet : les injonctions contre les intermédiaires », *op. cit.*, pp. 238-263.

(96) Demande de décision préjudicielle présentée par le *Bundesgerichtshof* (Allemagne) le 6 novembre 2018 – *LF/Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH* (affaire C-682/18). Les questions posées sont accessibles via <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211267&page=1&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=368743>.

SECTION 5. RESPONSABILITÉ DIRECTE DU « FOURNISSEUR DE SERVICES DE PARTAGE DE CONTENUS EN LIGNE » ET LA NOTION D'« ACTE DE COMMUNICATION AU PUBLIC » DANS LA « DIRECTIVE DIGITAL SINGLE MARKET »

43. Le législateur européen a continué sur la voie de la jurisprudence de la Cour de justice dans la Directive « Marché unique numérique », « Digital Single Market » ou encore « DSM »⁽⁹⁷⁾.

Une des dispositions les plus controversées⁽⁹⁸⁾, l'article 17 de la Directive DSM, règle l'utilisation de contenus protégés par des « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne » et les rend responsables d'un acte de communication au public, initié par l'utilisation de contenu protégé par l'utilisateur du service de partage.

La difficulté était bien connue (rec. 61 Dir. DSM). Les plateformes de partage de contenus (téléversés par les utilisateurs de plateforme), comme *YouTube*, par exemple, donnent accès à une richesse de créations diverses et créent de nouvelles opportunités d'exploitation aux titulaires de droit en ajoutant un canal de distribution aux canaux traditionnels. En même temps, elles entraînent un risque quand une partie importante des contenus téléversés est mise à disposition du public sans autorisation des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins. Les titulaires de droit sont ainsi ôtés d'une opportunité de monétiser leurs créations, tandis que les utilisateurs des plateformes et les plateformes perçoivent des rémunérations (parfois très importantes) sur la base de l'accès donné aux créations. C'est ce qui est généralement désigné par le terme « *value gap* »⁽⁹⁹⁾.

Par cet article 17 le législateur a voulu résoudre l'insécurité juridique⁽¹⁰⁰⁾ qui régnait quant à la question de savoir si les fournisseurs de services – par l'exploitation de leur plateforme – procèdent ou non

(97) Directive 2019/790/UE 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, *J.O.U.E.*, L 130 du 17 mai 2019, pp. 92-125, ci-après « Directive DSM » ou « Dir. DSM ».

(98) Qui fait d'ailleurs l'objet d'un recours en annulation devant la Cour de justice, introduit par le gouvernement polonais, selon lequel l'article 17 estime qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression et d'information. À ce sujet, voy. C.J.U.E., *Poland v Parliament and Council*, C-401/19, *J.O.U.E.*, 2019, L 130, p. 92 ; M. SALAJCZYK, « The EU copyright Directive: Poland asks the CJEU to annul a crucial section of the controversial Article 17 », www.lexology.com, 29 octobre 2019.

(99) Pour une définition plus détaillée voy. F. BRISON, S. HERMOYE, M. SAHAGUN et D. BORGNIET, « Actualités législatives en droit d'auteur », in N. BERTHOLD (coord.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 9-50.

(100) Déjà abordée *supra*, Section 4, § 3, b, où l'on mentionne la question préjudicielle posée à propos de la qualité d'hébergeur de YouTube.

eux-mêmes directement à un acte protégé par le droit d'auteur (non sans en créer d'autres). En répondant par l'affirmative, le législateur affiche une volonté claire « d'encourager le développement du marché de l'octroi de licences entre les titulaires de droits et les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne », qui permette aux premiers de conclure des contrats de licence avec les plateformes s'ils le souhaitent et de percevoir une « rémunération appropriée » (rec. 61 Dir. DSM).

44. La Directive DSM définit l'acte protégé et précise que c'est le fournisseur de service (101), qui est le responsable direct de cet acte. Elle prévoit par ailleurs, à l'instar de la Directive e-commerce, un régime de limitation de responsabilité (rec. 62, § 2, Dir. DSM). Ce système a suscité des craintes de filtrage des contenus qui sont légitimement communiqués par le biais de la plateforme (p. ex. parce qu'ils ne sont pas ou plus protégés ou parce que l'utilisation est exemptée par une exception), de sorte que le droit à la liberté d'expression s'en trouve injustement limité. L'équilibre qui avait été recherché par la Directive e-commerce, la Directive Enforcement et la Directive InfoSoc peut paraître mis à mal. Les auteurs n'aborderont pas cette controverse en détail dans la présente contribution (102).

§ 1. Le « fournisseur de services de partage de contenus en ligne »

45. Définition. Ce double système de responsabilité directe d'une part et de limitation de responsabilité d'autre part ne s'applique qu'aux fournisseurs de services qui tombent dans le champ d'application de l'article 17, définis comme « le fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de *stocker* et de donner au public *l'accès* à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives » (art. 2(6) Dir. DSM – nous soulignons).

Le fournisseur de service de partage visé par la directive exploite donc une plateforme qui joue un rôle d'intermédiaire entre les utilisateurs qui téléversent des contenus (*upload*) et les autres utilisateurs de la plateforme auxquels les contenus sont rendus accessibles.

(101) Par souci de lisibilité, nous désignerons le fournisseur par le terme « plateforme » ci-après.

(102) À ce propos, voy. F. BRISON, S. HERMOYE, M. SAHAGUN et D. BORNIET, « Actualités législatives en droit d'auteur », *op. cit.*

46. Champ d'application. Le rôle de la plateforme. Les plateformes ne sont pas toutes visées, uniquement les prestataires de services qui répondent à la définition précitée. Le fournisseur d'un service de la société de l'information stocke les contenus et y donne accès mais il ajoute une valeur importante par le classement ou la promotion (personnalisée) de certains contenus. Sa force concurrentielle, dans une ère de surabondance de contenus accessibles, réside en effet dans la pertinence des contenus proposés et le caractère « *user-friendly* » de son service, ce qui permettra de capter l'attention de l'utilisateur le plus longtemps possible.

A priori, un service comme The Pirate Bay ne tomberait donc pas dans le champ d'application de la Directive : même si The Pirate Bay donne accès aux œuvres ou organise l'accès et promeut certaines œuvres, les œuvres ne sont pas stockées sur des serveurs qu'elle gère mais sur les ordinateurs des utilisateurs du service. Il est d'ailleurs explicitement prévu que le mécanisme d'exonération de responsabilité ne devrait pas s'appliquer aux prestataires de services dont l'objectif principal est d'organiser ou de faciliter le « piratage » de droit d'auteur (cons. 62 Dir. DSM).

La plateforme visée est celle qui traite ainsi une « quantité importante » de matériel protégé dans le cadre d'un service que le « public » peut utiliser pour consulter des contenus, sans qu'il soit précisé si le public télécharge le contenu ou y accède par *streaming*.

Les considérants de la Directive guident l'interprétation de cette vaste définition et clarifient qu'est visée, en particulier, la plateforme « qui joue 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 » (rec. 62 Dir. DSM).

Ce considérant donne un indice concernant les marchés visés. On pourrait en déduire qu'une plateforme (commerciale) de critique gastronomique qui a pour objectif de stocker et donner accès à une quantité importante de photos et textes (potentiellement protégés par le droit d'auteur), produits et/ou partagés par les utilisateurs pourrait tomber dans la définition du fournisseur de services de partage de contenus en ligne. Ce type de services ne rentre cependant pas en concurrence avec les exploitants de contenus audiovisuels ou musicaux (que ce soient les plateformes des radiodiffuseurs, fournisseurs d'accès Internet ou d'autres exploitants de catalogues). En serait-elle par conséquent exclue ?

Les plateformes de développement et de partage de logiciels libres sont également exclues, tout comme les fournisseurs de services de communications électroniques (art. 2(6) *in fine* Dir. DSM) : même si ces fournisseurs ont un but de lucre (direct ou – souvent dans le cas des logiciels libres – indirect), ils ne sont pas en concurrence avec d'autres services de contenu en ligne pour le même public. Des services d'hébergement cloud (tels que Dropbox, iCloud ou OneDrive) ne sont en principe pas visés non plus, car ils servent principalement à une utilisation professionnelle et/ou individuelle, en tout cas non publique (103). La condition d'accès donné à une quantité importante d'œuvres au public n'est probablement pas remplie non plus. De même, les places de marché (telles qu'eBay ou Amazon Marketplace) sont exclues car leur objectif principal n'est pas de donner accès aux contenus protégés par le droit d'auteur mais d'organiser la vente en détail en ligne (rec. 62 Dir. DSM). Le régime de responsabilité de ces prestataires n'est donc pas modifié par la nouvelle Directive.

47. Le rôle de l'utilisateur. Pour entrer dans le champ d'application de la directive, il faut également que la plateforme organise et promeuve des contenus qui soient téléversés par les utilisateurs de son service.

Le rôle de l'utilisateur est important : c'est l'utilisateur de la plateforme qui téléverse le contenu vers la plateforme. Cet élément est mentionné à la fois dans la définition de la notion de « fournisseur de service de partage de contenu en ligne » et dans la description de l'« acte de communication au public ». Les plateformes qui font elles-mêmes la sélection du contenu accessible par la plateforme ne tombent pas sous le régime de l'article 17 de la Directive DSM.

48. But lucratif. Enfin, pour entrer dans le champ d'application de la Directive, il faut que la plateforme poursuive un but lucratif : elle a l'intention de tirer directement ou indirectement un profit du service. La directive précise en effet que les prestataires de services tels que les encyclopédies en ligne ou répertoires éducatifs ou scientifiques à buts non lucratifs ne sont pas considérés comme des « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ».

49. Application. Les plateformes de partage de vidéos en ligne comme YouTube, Vimeo, les plateformes audio comme Sound Cloud ou les plateformes générales comme Facebook tomberont en principe dans le champ

(103) Il ne peut être exclu que ce type de *cyberlockers* soit utilisé pour donner accès au public à une grande quantité de contenus protégés. Voy. par exemple les procédures contre Kim Dotcom relatives au service « MegaUpload », https://en.wikipedia.org/wiki/Megaupload_legal_case.

d'application de l'article 17 de la Directive DSM. Celles qui y échappent sont moins faciles à identifier. Elles tombent sous le droit générique de communication au public et, le cas échéant, sous les règles de responsabilité par défaut décrites *supra*.

§ 2. Acte protégé

50. Définition. Le principe de base se veut clair : la plateforme est directement responsable d'un « acte de communication au public » opéré par son service, tel que prévu par la Directive DSM (104).

Cet acte de communication au public au sens de la Directive DSM est établi dans le chef du fournisseur de services de partage de contenus en ligne lorsqu'il donne « au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs » (art. 17(1) Dir. DSM). Alors qu'il peut être déduit de la définition du « fournisseur de services de partage de contenus en ligne » que ce fournisseur stocke, organise, promeut et donne accès aux œuvres téléversées par les utilisateurs (art. 2(6) Dir. DSM), l'acte protégé à l'article 17 ne fait référence qu'à cet accès qui est donné aux contenus partagés par les utilisateurs de la plateforme.

L'acte de « donner accès » n'est pas défini dans la Directive, mais pourrait être lu dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de justice relative au droit de communication au public. Lu conjointement avec la définition de ce que constitue un « fournisseur de services de partage de contenus en ligne », l'accès est la dernière maille dans la chaîne d'activités de la plateforme qui stocke, organise, promeut et qui fait en sorte que l'utilisateur téléversant puisse effectivement « partager » le contenu téléversé avec le public d'utilisateurs. Cet accès est donc distinct de « l'accès au réseau » que donne l'intermédiaire qui s'apparente à un acte de simple transport (*mere conduit* – art. 12 de la Directive e-commerce).

La définition ne requiert pas explicitement que le fournisseur de services ait une *connaissance* du caractère illicite du contenu partagé, ni qu'il agisse de façon « délibérée », ou « en pleine connaissance des conséquences de son comportement ». Le but est au contraire de responsabiliser

(104) Voy. aussi D. J. G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 (March 18, 2019) », SSRN, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3354494> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354494>.

la plateforme, même si elle n'a pas une connaissance concrète des contenus illicites.

En d'autres termes, le fait que la plateforme offre aux utilisateurs la possibilité de partager des contenus protégés (et donc qu'elle crée un risque de contrefaçon pour les titulaires de droits) suffit pour lui imposer une obligation de principe d'obtenir le consentement des titulaires de droits. Sa responsabilité est donc directe et aussi objective. Le seul fait de donner l'accès peut s'avérer constitutif d'un acte de communication au public, et donc d'une atteinte au droit d'auteur si l'acte n'a pas été autorisé par ceux-ci.

Le « public » qui a accès au contenu via la plateforme n'est pas non plus défini. Ce « public » devra être entendu conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice (*supra*, section 3, § 1, b).

La Directive semble donc définir un *species* du droit de communication au public⁽¹⁰⁵⁾. Elle constitue une *lex specialis* applicable au fournisseur de services de partage de contenus en ligne⁽¹⁰⁶⁾.

51. Principes d'interprétation. Si la définition et la délimitation des actes protégés ne sont pas tout à fait claires, la Directive rend l'identification d'un acte protégé potentiellement encore plus incertaine par une règle d'interprétation explicite.

Inspirée de la jurisprudence de la Cour en matière du droit de communication au public, cette règle prévoit que l'évaluation de l'acte protégé (à savoir le stockage et l'accès à une quantité importante de contenus protégés par un fournisseur de services de partage de contenus en ligne) doit se faire au « cas par cas », en tentant compte d'une « combinaison d'éléments », tels que l'audience du service (c'est-à-dire le public potentiel de chaque utilisateur) et le nombre de fichiers de contenus protégés présents sur la plateforme (rec. 63 Dir. DSM).

(105) Les auteurs Husovec et Quantais analysent ce droit spécial de communication au public et le régime de limitation de responsabilité en fonction du « test des trois étapes » applicables aux limitations au droit d'auteur (dans les sources internationales et européennes du droit d'auteur) et le considèrent comme un droit spécial ou *sui generis* de communication au public : M. HUSOVEC et J. P. QUINTAIS, « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », 2019, 27 <https://ssrn.com/abstract=3463011> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3463011>. La formulation de ce droit est spéciale. Plutôt que de préciser que l'auteur a un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire l'acte de donner accès aux œuvres, il est prévu que la plateforme pose un acte de communication au public. Cette formulation pourrait suggérer que ce nouveau droit est un *species* du droit de communication au public.

(106) K. GRISSÉ, « After the storm - examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, vol. 14, Issue 11, 2019, pp. 887-899.

52. Droit exclusif. Il est précisé que la plateforme effectue un acte de « communication au public » lorsqu'elle donne accès aux contenus téléversés et qu'elle doit obtenir une autorisation des titulaires de droits pour couvrir son acte de communication au public ou de mise à disposition du public des matériels protégés, téléversés par l'utilisateur (art. 17(1) Dir. DSM).

Le fournisseur de services de partage a une responsabilité directe qui lui impose d'acquiescer le consentement des titulaires de droits liés aux contenus partagés, faute de quoi il peut se rendre coupable d'une infraction au droit d'auteur.

53. Modalités de l'obtention des autorisations. La Directive DSM précise que, lorsque la plateforme obtient l'autorisation de l'auteur, celle-ci couvre également les actes accomplis par les utilisateurs relevant du champ d'application de l'article 3 de la Directive InfoSoc qui vise le droit de communication au public – pour autant que ces utilisateurs n'agissent pas à titre commercial et que leur activité ne génère pas de revenus « significatifs » (art. 17(2) Dir. DSM). Le renvoi explicite à l'article 3 de la Directive InfoSoc (qui ne concerne que l'acte de communication au public) semble exclure des actes de reproduction que l'utilisateur accomplirait lors de l'utilisation de la plateforme (art. 2 Dir. InfoSoc)(107).

En édictant cette règle, la Directive énonce implicitement la règle qui se dégageait déjà de l'affaire *The Pirate Bay* selon laquelle un utilisateur de plateforme qui téléverse un contenu protégé sur la plateforme effectue un acte de communication au public (conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice), pour lequel l'autorisation des titulaires de droits est en principe requise (sauf si une exception l'en exempte (108)).

Par ailleurs, la Directive introduit une distinction entre deux types d'utilisateurs en fonction de leurs objectifs commerciaux et du caractère rémunérateur de leurs activités. La plateforme a la responsabilité primaire d'acquiescer le consentement des titulaires de droits pour ses propres activités (notamment le fait de donner accès aux œuvres à travers la plateforme), mais une fois ce consentement acquis, il couvre également les actes de communication au public posés par l'utilisateur sans objectif

(107) J.-P. TRIAILLE, S. DUSOLLIER, S. DEPREEUW, J.-B. HUBIN, F. COPPENS et A. DE FRANQUEN, « Study on the application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society », 20 novembre 2013, disponible en ligne via <https://publications.europa.eu>, pp. 118-120.

(108) Dans ce cas, le fournisseur de services ne sera pas soumis à l'obligation d'empêcher l'accès à cette œuvre (même s'il n'est pas lui-même le bénéficiaire de l'exception).

commercial dont les activités ne génèrent pas de « revenus significatifs ». Par cette disposition le législateur évite de compliquer l'utilisation (largement intégrée dans la vie quotidienne des internautes) des plateformes, au moins pour les utilisateurs non commerciaux – étant entendu que les restrictions ou conditions que la licence imposerait à la plateforme sont également applicables aux utilisateurs. Il est aussi expressément prévu que les États membres doivent s'assurer que les utilisateurs puissent se prévaloir des exceptions ou limitations existantes (citations, parodies, ...) lorsqu'ils téléversent des contenus en ligne.

54. Utilisateur commercial. Par contre, les utilisateurs qui agissent « à titre commercial » ou qui tirent des « revenus significatifs » de leurs activités sur la plateforme (ci-après désignés sous le vocable « d'utilisateurs commerciaux ») devront négocier une licence distincte de l'autorisation qu'aura obtenue la plateforme.

En effet, certains utilisateurs de plateformes peuvent vouloir monter leur propre canal, se faire sponsoriser comme « influenceurs », en plus d'adopter un schéma de partage de revenus de publicités sécurisés par la plateforme, et ainsi bien gagner leur vie. Certes, ces « influenceurs » attirent un public sur la base de leurs propres prestations (en fournissant des explications sur un jeu vidéo, une technologie, en débballant un gadget (« unboxing ») ou en partageant leurs commentaires ou leurs observations humoristiques) mais cela n'empêche qu'ils s'appuient souvent également sur les œuvres protégées (tels que des jeux vidéo, des chansons (parodiées) ou sketches de comédie, etc.). La Directive ne définit pas ce qui constitue un acte « commercial » (notion notoirement difficile à appliquer dans le contexte d'Internet où les activités commerciales et non commerciales se présentent comme un continuum), ni ne propose un seuil ou des critères quantitatifs pour déterminer quand les revenus deviennent « significatifs ». Un utilisateur agit à des fins non commerciales, p. ex. lorsqu'il partage un contenu « sans but lucratif » (cons. 69 Dir. DSM) mais cette précision ne clarifie pas davantage la notion d'utilisation « commerciale ».

Inversement, l'utilisateur commercial qui négocie une licence avec les titulaires de droits peut aussi faire couvrir les actes protégés posés par la plateforme (pour autant que celle-ci respecte les conditions et restrictions de la licence – cons. 69 Dir. DSM). Un utilisateur commercial qui a ainsi négocié une licence ne devrait donc pas être frustré par l'absence d'un accord entre plateforme et titulaires de droits.

55. Actes matériels v. actes protégés. Indépendamment des modalités d'obtention d'autorisation, il convient de se poser la question de savoir comment les actes, effectués respectivement par la plateforme et l'utilisateur (commercial ou non commercial) de la plateforme, se rapportent l'un à l'autre. L'acte de communication au public harmonisé par la Directive DSM fait référence à différents actes matériels qui peuvent être distingués à ce stade : (i) l'accès à l'œuvre donné au public par le fournisseur de services de partage de contenus en ligne et (ii) le téléversement de l'œuvre par l'utilisateur du service de partage de contenus en ligne.

La Directive DSM ne s'exprime pas explicitement sur l'acte de l'utilisateur qui téléverse le contenu protégé et qui le rend accessible au public, à travers la plateforme. Le droit de communication au public, tel qu'harmonisé par la directive 2001/29/CE, n'est pas affecté en tant que tel (cons. 64 Dir. DSM) et continue à s'appliquer, ce qui laisse supposer que l'utilisateur qui « partage » une œuvre protégée via une plateforme avec les autres utilisateurs de cette plateforme pose un acte de communication au public (pour autant que ceux-ci constituent un « public »), conformément à la jurisprudence de la Cour de justice et des juridictions nationales.

Vu la référence à l'acte de téléversement dans la définition de l'acte de communication par la plateforme⁽¹⁰⁹⁾, la question se pose de savoir s'il s'agit d'un acte unique de communication au public pour lequel la plateforme et l'utilisateur seraient (solidairement ou conjointement ?) responsables ? Ou faudrait-il plutôt considérer les actes comme deux actes protégés distincts ? Le cas échéant, comment expliquer alors la relation empêtrée entre les éléments constitutifs de chaque acte ?

56. Un seul acte protégé. Une première lecture pourrait mener à l'identification d'un acte unique de communication au public pour lequel la plateforme et l'utilisateur partagent la responsabilité. Si l'utilisateur ne fait pas de téléversement, la plateforme serait « vide » et elle ne poserait pas d'acte de communication au public au sens de l'article 17 Dir. DSM. De même, si les créations téléversées ne sont pas (ou plus)

(109) Les deux actes se recoupent et se réfèrent mutuellement l'un à l'autre. D'un côté, l'utilisateur téléverse l'œuvre à la plateforme pour la partager avec les autres utilisateurs et la communique ainsi au public. De l'autre côté, la plateforme communique l'œuvre au public en donnant accès à un public constitué de ses utilisateurs, à l'œuvre téléversée par le premier utilisateur. Les deux actes sont interdépendants, concurrents : la plateforme n'a pas de contenu à exploiter sans la sélection et la fourniture d'œuvres par l'utilisateur et l'utilisateur ne peut atteindre un public sans la plateforme qui le met en contact avec ses connexions ou le public en général.

protégées, l'accès donné au contenu ne constituerait pas une communication au public protégée.

Si l'utilisateur et la plateforme sont chacun responsables pour un élément constitutif de l'acte de communication au public, se pose alors la question de la nature de la responsabilité de chacun des intervenants pour une infraction éventuelle : les obligations des uns et des autres sont-elles conjointes, solidaires, indivisibles ou *in solidum* ?

S'il s'agit d'une *obligation conjointe* (régime par défaut), chacun n'est responsable que de sa contribution au dommage. Le titulaire de droits ne pourrait réclamer que cette part de chaque intervenant, qui implique donc l'exercice complexe de déterminer quelle partie du dommage correspond à chaque faute distincte.

Une alternative est d'organiser une *solidarité* entre débiteurs (art. 1201 du Code civil)(110). Sans référence implicite ou explicite dans la Directive DSM, le législateur belge pourrait utiliser sa discrétion pour expliciter un tel choix. Dans ce cas, chacun des débiteurs pourrait être appelé à dédommager le titulaire de droits pour l'ensemble de son dommage.

En l'absence d'une solidarité légale, les titulaires de droits pourraient-ils se prévaloir d'une obligation *in solidum* entre la plateforme et son utilisateur pour le dommage découlant d'une infraction ? Leurs obligations ont le même objet (une autorisation doit être acquise pour la communication au public de l'œuvre via la plateforme) et le caractère *in solidum* peut être justifié par la nécessité des situations, vu que les conditions de la solidarité ne sont pas remplies. Cette qualification d'obligation *ex ante* met à mal dans la mesure où il semble paradoxal de qualifier l'hypothèse type couverte par le droit de communication au public de l'article 17 de la Directive DSM d'obligation *in solidum*, un qualificatif qui naît par définition de la nécessité des situations...

Il est souhaitable que le législateur belge prenne la marge de discrétion que lui laisse la Directive pour clarifier cette qualification (111).

(110) Cette solidarité pourrait être prévue par la loi, mais elle serait interprétée strictement et ne peut être appliquée par analogie : P. WERY, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 405.

(111) Référence peut être faite à l'article XI.226/1 CDE qui prévoit que l'acte de communication au public par injection directe a un caractère unique mais que les deux intervenants (l'organisme de radiodiffusion et le distributeur de signaux) ne sont responsables que pour leur contribution respective dans cet acte unique. Il est explicitement prévu que l'autorisation des titulaires de droits doit être obtenue pour les contributions respectives de l'organisme de radiodiffusion et du distributeur de signaux dans l'acte de communication au public par injection directe. Le législateur a ainsi explicitement exclu la solidarité entre le radiodiffuseur et le distributeur de signaux. Voy. également cons. 20 de la directive 2019/789 établissant des règles sur l'exercice

57. Deux actes protégés. Il semble cependant que le législateur ait opté pour une construction où les interventions matérielles des utilisateurs et des plateformes résultent en deux actes de communication différents (112), pour lesquels chacun a sa responsabilité distincte.

Tandis que l'analyse juridique paraît quelque peu confuse, l'identification de deux actes protégés correspond plutôt à la réalité économique, dans le sens où la plateforme et l'utilisateur retirent chacun (en principe) un bénéfice économique distinct de leurs interventions respectives (113).

Dans cette hypothèse, la plateforme et l'utilisateur ont chacun leur obligation légale d'obtenir le consentement des titulaires de droits (sous réserve des modalités discutées *supra*). Le principe selon lequel l'autorisation donnée à la plateforme peut – dans certains cas – couvrir l'acte de l'utilisateur (non commercial) et inversement semble en effet confirmer qu'il s'agit de deux actes protégés distincts.

Il s'ensuit que l'omission de l'un ne peut pas résulter dans la responsabilité directe de l'autre et que chacun ne peut être obligé de réparer que le dommage qui résulte de sa propre infraction.

Cette allocation de responsabilité n'empêcherait cependant pas le titulaire de droits de poursuivre la cessation de l'infraction commise par l'utilisateur (commercial), quand bien même la plateforme se serait acquittée de ses obligations, et inversement.

58. Le régime ainsi introduit reflète la volonté du législateur de combler la fameuse « value gap », d'explicitier la responsabilité de la plateforme et des utilisateurs à but lucratif pour leurs exploitations respectives de contenu protégé, tout en étant clément à l'égard des « petits » utilisateurs.

du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil, qui prévoit que « la participation d'un organisme de radiodiffusion et d'un distributeur de signaux à cet acte unique de communication au public ne devrait pas donner lieu à une responsabilité solidaire dans le chef de l'organisme de radiodiffusion et du distributeur de signaux pour cet acte de communication au public. Les États membres devraient rester libres de prévoir, au niveau national, les modalités pour obtenir l'autorisation de cet acte unique de communication au public, y compris les sommes correspondantes à verser aux titulaires de droits concernés, en tenant compte de l'exploitation respective des œuvres et des autres objets protégés par l'organisme de radiodiffusion et le distributeur de signaux, en lien avec l'acte unique de communication au public ».

(112) Dans ce sens : K. GRISE, « After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*

(113) L'utilisateur peut viser un avantage (en capital social, culturel, commercial ou financier) en partageant du contenu intéressant (qu'il soit culturel, comique, politique ou scientifique) avec ses « pairs », qui est d'une autre nature que l'avantage (commercial) que la plateforme peut acquérir en capitalisant sur le même public.

La question se pose cependant de savoir comment ce régime pourra être appliqué en pratique. La responsabilité directe d'obtenir le consentement des titulaires de droits repose sur la plateforme. Cependant, elle aura du mal à savoir à l'avance quelles œuvres protégées seront téléversées par le biais de la plateforme, de sorte qu'il peut paraître « impossible » pour elle d'obtenir des licences pour tous ces contenus et donc de respecter le caractère « préventif » du droit de communication au public(114).

Logiquement l'utilisateur est mieux placé pour obtenir les autorisations requises car c'est l'utilisateur qui détermine les contenus qui seront partagés via les plateformes (la plateforme ne peut intervenir que lorsque ce téléversement a eu lieu et qu'il s'avère que l'utilisateur n'a pas obtenu une autorisation pour la communication)(115).

59. En effet, les objectifs du législateur sont louables mais ils placent les plateformes face à une difficulté pratique : comment déterminer pour quelles utilisations une autorisation est requise et comment s'assurer d'obtenir ces autorisations(116) ?

La Directive prévoit en plus que, lorsque la mise à disposition des œuvres par l'utilisateur ne porte aucune atteinte au droit d'auteur (p. ex. quand elle est couverte par une exception), la « coopération » entre les titulaires de droits et la plateforme ne conduit pas à empêcher la mise à disposition d'œuvres téléversées par des utilisateurs (art. 17(7) Dir. DSM). Plutôt que d'énoncer que toute utilisation autorisée ou exemptée dans le chef de l'utilisateur implique que la communication par la plateforme est également autorisée ou exemptée, la Directive emploie une double négation peu claire qui ne donne aucun indice par rapport au caractère protégé de l'acte de la plateforme. La Directive évite ainsi de dire que l'utilisation qui est couverte par une exception dans le chef de l'utilisateur (telles que celles pour citation, critique et revue ou caricature, parodie ou pastiche, comme mentionnées à la Directive) constitue également une exception dans le chef de la plateforme (qui clairement aurait du mal à démontrer que les conditions de l'exception soient remplies).

Pour certaines catégories d'œuvres ou prestations, un système sur la base d'une gestion collective des droits pourrait être imaginé (notamment

(114) D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 (March 18, 2019) », *op. cit.*

(115) À une époque, on a espéré que des systèmes de « micro paiements » seraient développés qui permettraient aux utilisateurs (non-commerciaux) de payer des redevances directement aux titulaires de droits. Cette hypothèse ne s'étant pas réalisée, la directive utilise la centralisation qui caractérise le Web d'aujourd'hui pour « régulariser » via les plateformes les exploitations des utilisateurs.

(116) En ce sens : D.J.G. VISSER, « Trying to Understand Article 13 (March 18, 2019) », *op. cit.*

le secteur musical en a ainsi l'habitude) pour remédier à ce problème pratique d'obtention d'autorisations pour un grand volume d'œuvres *a priori* inconnues de la plateforme⁽¹¹⁷⁾. Dans d'autres secteurs, un tel système est plus difficile à réaliser, notamment quand l'exploitation (en ligne) est au moins en partie fondée sur l'exclusivité (ce qui semble être le cas pour le secteur audiovisuel).

60. La situation des exploitants des plateformes présente certaines similitudes avec la situation des distributeurs de signaux, qui sont incontournables dans les exploitations par injection directe aux réseaux câblés. Même si le législateur a identifié un acte unique de communication au public, ce distributeur (qui ignore à l'avance quels programmes le radiodiffuseur transmettra au public des abonnés à travers son réseau) a l'obligation d'acquiescer l'autorisation des titulaires de droits (art. XI.226/1 CDE). Même si le régime des licences pose d'autres questions pratiques relatives à la négociation des licences, la gestion collective obligatoire est censée alléger la tâche des distributeurs de signaux (art. XI.227 CDE).

De même, les retransmissions par câble, bien que ce soient des exploitations secondaires, posent le même dilemme au câblo-opérateur qui ne fait que retransmettre par câble le programme fixé et radiodiffusé par l'organisme de radiodiffusion. Cette même ignorance inhérente au câblo-distributeur a également été résolue par un système de gestion collective obligatoire (art. XI.223-224 CDE).

Le législateur européen n'a cependant pas imposé une telle gestion collective des droits de communication au public exploités dans le contexte des services de partage en ligne. Il va falloir attendre le résultat des dialogues que la Commission va organiser (en coopération avec les États membres) entre les parties intéressées, afin d'examiner « les meilleures pratiques pour la coopération » entre les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et les titulaires de droits (art. 17(10) Dir. DSM).

§ 3. Limitation de responsabilité

61. Quand la plateforme procède à un acte de communication au public couvert par l'article 17 de la Directive DSM, la limitation de responsabilité établie à l'article 14, § 1, de la directive e-commerce ne s'applique

⁽¹¹⁷⁾ *Ibid.*

pas. Cette conséquence ne devrait pas surprendre et est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice (118).

Ce principe confirme que le régime de la responsabilité de la plateforme n'est pas un régime de responsabilité indirecte pour l'acte posé par autrui, notamment les infractions éventuelles par l'utilisateur de la plateforme, mais bien une responsabilité directe pour son propre acte de communication au public.

Ce régime n'empêche pas que la limitation de responsabilité ressortant de l'article 14 de la Directive e-commerce puisse être applicable pour « des finalités ne relevant pas du champ d'application de la présente directive » (119). Le régime n'est donc pas intégralement écarté. Une plateforme comme YouTube peut l'invoquer par exemple si le contenu des vidéos diffusées sur son site et pour lesquelles sa responsabilité directe est engagée porte atteinte non pas à des droits d'auteur mais à d'autres droits, comme ceux liés au respect de la vie privée (120).

62. La Directive DSM prévoit par contre un régime alternatif de limitation de responsabilité, pour le cas où la plateforme n'aurait pas sécurisé les autorisations nécessaires pour couvrir les exploitations. Cet étonnant régime présente des caractéristiques mixtes en matière de responsabilité : la plateforme a la responsabilité directe d'obtenir une autorisation pour les actes de communication qu'elle réalise mais elle peut y échapper si elle n'obtient pas cette licence mais qu'elle a fait de son mieux pour l'obtenir et que malgré son échec, elle a pris certaines mesures pour rendre indisponible le contenu pour lequel aucune autorisation n'a été donnée. À défaut, elle peut toujours encourir une responsabilité indirecte pour les contenus partagés par l'utilisateur (pour autant que sa faute, le dommage et le lien causal soient démontrés).

La responsabilité directe des plateformes est en effet allégée par un régime général de limitation de responsabilité (art. 17(4) Dir. DSM) et par un régime spécifique pour les « nouvelles » plateformes (art. 17(5) Dir. DSM). La Directive précise que ces régimes de responsabilité limitée n'empêchent aucunement l'exécution d'une injonction dans le cadre d'une action en cessation (cons. 66 Dir. DSM).

(118) M. HUSOVEC et J.P. QUINTAIS, « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », 3.

(119) Art. 17(3), al. 2.

(120) Ceci pourra d'ailleurs mener à des situations où les deux régimes sont applicables. Une vidéo dont le fond musical serait protégé par le droit d'auteur et couvert par une licence accordée à YouTube pourrait tout de même être enlevée si elle contient un message de haine.

63. Si les titulaires de droit n'ont pas accordé leur autorisation pour l'utilisation sur la plateforme (au fournisseur de service et/ou à l'utilisateur), les plateformes sont responsables des actes non autorisés de communication au public. Il n'est pas précisé si seule la plateforme est tenue responsable.

La plateforme peut échapper à cette responsabilité si elle démontre que trois conditions légales sont remplies :

a) **elle a fourni ses « meilleurs efforts » pour obtenir une autorisation.**

La plateforme a donc une obligation de *moyens* d'obtenir des licences des titulaires de droit couvrant les œuvres que les utilisateurs téléverseront sur la plateforme⁽¹²¹⁾ (122). Même si elle ne réussit pas à obtenir une telle autorisation, elle pourra invoquer la limitation de responsabilité – pour autant qu'elle ait fourni ses « meilleurs efforts ». La manière dont les plateformes pourront négocier les autorisations et le degré de diligence attendu d'eux à cet égard fera sans doute l'objet de « *stakeholders dialogues* » que la Commission organisera en vertu de l'article 17(10) Dir. DSM.

b) **elle a fourni ses « 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.**

Cette obligation (proactive) est formulée de façon ambiguë. D'un côté, la plateforme a une obligation de fournir ses « meilleurs efforts », une formulation indicative d'une obligation de moyens. D'un autre côté, elle doit dispenser ces efforts pour « garantir » l'indisponibilité des certaines œuvres sur sa plateforme, une formulation indicative d'une obligation de résultat.

(121) Grisse suggère que la plateforme négocie des licences avec les grands labels de musique et les organismes de gestion collective, pour tout le répertoire, en ce compris les œuvres futures, et, dans la mesure du possible, pour le territoire européen : K. GRISSÉ, « After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *op. cit.*, 7.

(122) Husovec et Quintais explorent les possibilités de sécuriser une autorisation pour l'acte de communication au public par la plateforme par le biais de licences directes, licences collectives (volontaires, étendues ou obligatoires), les licences légales ou un système hybride fondé sur la rémunération des titulaires de droit : M. HUSOVEC et J.P. QUINTAIS, « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », 18 et s.

La référence aux normes *élevées* du secteur en matière de diligence professionnelle suppose une comparaison avec l'« opérateur le plus diligent » et les mesures qu'il prendrait pour empêcher la disponibilité des œuvres sur la plateforme, tout en tenant compte des « meilleures pratiques du secteur et de l'efficacité des mesures prises à la lumière de tous les facteurs et évolutions pertinents, ainsi que du principe de proportionnalité » (cons. 66 Dir. DSM).

La plateforme est dépendante des informations « pertinentes et nécessaires » reçues des titulaires de droit à cet égard (123). Cette disposition devrait encourager les titulaires de droit à communiquer des informations sur leurs œuvres avant que toute communication non autorisée sur la plateforme ait été constatée (obligation *ex ante*). Le législateur européen admet que différents moyens peuvent constituer des mesures appropriées et proportionnées, en fonction du type de contenu.

- c) **elle a agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de ses sites Internet, et a fourni ses meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur, conformément au point (b).**

Il s'agit d'une obligation (réactive) de « *take down* », similaire à celles qui peuvent être prévues d'après le régime de la Directive e-commerce comme exposé ci-dessus (Section 4, § 2). Si des œuvres sont tout de même téléversées par l'utilisateur sans l'autorisation des titulaires de droits, ces derniers ont la possibilité de notifier ceci à la plateforme, qui a dès lors l'obligation de prendre des mesures pour bloquer l'accès ou pour les retirer de la plateforme. Le fait d'agir « promptement » semble être une obligation de résultat. Par contre, la plateforme n'est tenue que d'une obligation de fournir ses « meilleurs efforts » pour empêcher de nouveaux téléversements *futurs* de ces œuvres.

(123) Les obligations proactives et réactives de rendre les contenus protégés qui reposent sur la plateforme dépendent donc des notifications des titulaires de droits. L'étendue de l'obligation de notification dépend cependant de plusieurs facteurs, tels que la taille des titulaires de droit et le type d'œuvres (cons. 66 Dir DSM). Ces informations devraient au moins porter sur l'identification des œuvres (meta-data), mais également sur le statut juridique des œuvres. Les téléversements qui sont exemptés dans le chef de l'utilisateur ou qui sont couverts par une licence des titulaires de droits à l'utilisateur (par ex. agissant à titre commercial ou générant des revenus significatifs) ne devraient pas être inclus dans une telle notification.

Cette condition est indépendante des efforts de la plateforme pour éviter la disponibilité des informations que les titulaires de droit ont mises à disposition au préalable (cons. 66 Dir. DSM).

64. Critères d'appréciation. Les conditions de limitations de responsabilité de la plateforme seront jugées par rapport aux « meilleures pratiques » du secteur mais également au principe de proportionnalité. Le juge peut ainsi tenir compte des éléments spécifiques aux circonstances de l'espèce, tels que (i) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que le type d'œuvres ou autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service ; et (ii) la disponibilité de moyens adaptés (et l'évolution de l'état de l'art) et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services (art. 17(5) Dir. DSM). Il est cependant admis que, même si les titulaires de droits ont fourni des informations relatives aux œuvres, il ne peut être exclu que « dans certains cas, la disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne puisse être évitée que sur notification des titulaires de droits » (cons. 66 Dir. DSM). Même si le fournisseur de service ne réussit pas à rendre les œuvres proactivement indisponibles, il ne sera responsable que s'il ne les bloque pas après notification (indisponibilité réactive).

En plus, toute mesure prise par la plateforme devrait être effective, mais ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif (c'est-à-dire éviter la disponibilité d'œuvres non autorisées) (cons. 66 Dir. DSM). Comme pour les autres dispositions qui devraient garantir un équilibre entre les droits d'auteur et les autres droits ou intérêts dont les plateformes ou leurs utilisateurs pourraient se prévaloir, ce principe de proportionnalité est difficile à intégrer dans une solution automatisée. Le design des solutions automatisées devra en effet refléter les choix que la plateforme aura faits (avec ses propres priorités), ce qui présentera un défi particulier si ces solutions intègrent un élément d'intelligence artificielle qui a vocation à évoluer dans le temps.

65. Malgré les obligations de garantir l'indisponibilité proactive des œuvres et de bloquer l'accès aux œuvres et d'empêcher le téléversement futur, la plateforme n'a aucune « obligation générale de surveillance » (art. 17(8) Dir. DSM).

Cette interdiction rappelle celle prévue à l'article 15 Dir. E-commerce déjà décrite ci-dessus. La question est donc de savoir si cette absence d'obligation générale de surveillance doit être entendue de la même façon dans la Directive DSM, en sachant que la plateforme a l'obligation d'identifier

parmi tous les contenus disponibles sur la plateforme ces contenus téléversés par ses utilisateurs dont l'utilisation n'est pas autorisée (ou exemptée) et de les rendre indisponibles pour les autres utilisateurs de la plateforme (l'impact serait donc plus limité qu'une telle mesure imposée à un fournisseur d'accès Internet)(124).

66. Nouvelles plateformes. Un régime de limitation de responsabilité allégé est prévu pour les « nouveaux » fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, à savoir ceux 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 EUR (art. 17(6) Dir. DSM). Ce régime est adressé aux « start-ups », les entreprises véritablement nouvelles et non pas aux entreprises existant depuis plus de trois ans opérant sous un nouveau nom ou proposant un nouveau service (cons. 67 Dir. DSM). Ce type de seuil se retrouve dans d'autres législations européennes relatives aux plateformes(125).

Pour échapper à leur responsabilité pour les communications non autorisées, ces nouvelles plateformes n'ont que (i) l'obligation d'effort d'obtenir les autorisations des titulaires de droit (conformément à l'article 17(4)(a) Dir. DSM) et (ii) l'obligation de bloquer l'accès aux œuvres pour lesquelles elles ont reçu une notification d'infraction (une partie de l'art. 17(4)(c) Dir. DSM). La limitation de responsabilité ne peut être refusée parce qu'elles ont omis d'assurer l'indisponibilité *ex ante* des œuvres spécifiées ou parce qu'elles n'ont pas prévu de mécanisme de « *keep down* ».

Lorsque le nombre moyen de visiteurs uniques par mois de tels fournisseurs de services dépasse les cinq millions, calculé sur la base de l'année civile précédente, ils sont également tenus de démontrer qu'ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour éviter d'autres téléversements des œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification pour lesquels les titulaires de droits ont fourni les informations pertinentes et nécessaires.

67. Les contours exacts de la responsabilité des plateformes devraient être clarifiés dans des « meilleures pratiques » qui pourraient être fixées lors des dialogues entre les parties intéressées que la Commission organisera

(124) L'impact de ces mesures sur la protection de données personnelles et sur l'exercice d'autres droits fondamentaux tels que la liberté d'entreprise ou la liberté d'expression et d'information ne peut être examiné dans cette contribution mais devra être exploré.

(125) Notamment la Directive Services Médias audio-visuels 2010/13/EU du 10 mars 2010, *J.O.U.E.*, L 95 du 15 janvier 2010 et le règlement (EU) n° 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne. *J.O.U.E.*, L 183 du 11 juillet 2019.

(art. 17(10) Dir. DSM), par les standards qui pourraient être établis (par secteur) et, en dernier ressort, par la jurisprudence des juridictions qui auront un rôle important à jouer pour rééquilibrer le rapport de forces existant sur le terrain.

Il résulte de ce régime spécifique de responsabilité limitée qu'une œuvre peut être disponible sur une plateforme sans que celle-ci soit directement responsable pour l'atteinte au droit d'auteur. Pour autant que les actes de la plateforme et de l'utilisateur puissent être vus comme des actes distincts de communication au public, cela n'empêche pas les titulaires de droits d'agir contre l'utilisateur qui a téléversé l'œuvre sur la plateforme sans autorisation et sans être couvert par une autorisation sécurisée par la plateforme.

68. On peut craindre qu'en pratique les plateformes adopteront une position prudente et de facilité consistant à bloquer des contenus avant une mise en ligne dès le moindre doute plutôt que de négocier des licences avec les ayants droit ou de faire l'exercice périlleux de vérifier si les exceptions aux droits d'auteur s'appliquent.

SECTION 6. CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

69. Vingt années de mise en pratique de la Directive e-commerce nous montrent que les cours et tribunaux n'ont pas hésité à interpréter le régime de limitation de responsabilité au départ horizontal (commun à plusieurs matières), différemment en fonction des branches du droit auxquelles il fallait l'appliquer. Ainsi, la combinaison de la définition de l'acte protégé par les droits intellectuels, du régime de responsabilité civile de droit commun et des règles limitatives de responsabilité a débouché sur un autre équilibre en droit d'auteur qu'en droit des marques. Cette différence peut être expliquée par les différentes fonctions que ces droits intellectuels revêtent et par le type de rapport différent que « l'intermédiaire » entretient avec chacun de ces droits.

Ainsi le droit des marques a-t-il vocation à protéger la fonction d'identification de l'origine des produits et services, la fonction de communication et de publicité des signes distinctifs. Les cours et tribunaux distinguent ainsi à juste titre l'utilisation de la marque par les plateformes et par leurs utilisateurs – en questionnant la fonction du droit des marques à laquelle il est porté atteinte par l'usage.

Le droit d'auteur, par contre, a vocation à protéger l'exploitation des œuvres et à garantir une rémunération adéquate aux auteurs. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, les intermédiaires dont le rôle n'est pas purement technique n'échappent pas à une responsabilité directe pour l'infraction au droit de communication au public, une vision qui vient d'être confirmée dans la nouvelle Directive DSM (avec un régime de limitation de responsabilité pour les actes propres de la plateforme).

La responsabilité des plateformes pour les violations des droits de la personnalité, pour les contenus préjudiciables (racistes, discriminatoires ou « terroristes ») ou pour les violations de la protection des données personnelles évolue également selon la logique propre à chacun de ces régimes juridiques.

70. Alors que les principes commencent à se dégager de manière claire de la jurisprudence et à être appréhendés de manière uniforme par la doctrine, de nombreuses questions demeurent encore ouvertes et de nouvelles initiatives législatives semblent souhaitables.

Un projet de loi belge est en cours, instaurant une nouvelle procédure dans le cadre de la lutte contre les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet⁽¹²⁶⁾ (à l'exclusion du droit des marques, ce qui est critiquable). Le Conseil des Ministres n'a pas pu approuver ce projet de loi avant la transition du gouvernement vers la période d'affaires courantes. Par conséquent, le projet de loi n'a pas pu être soumis à la phase parlementaire au cours de la législature précédente et le projet de texte n'a pas encore été divulgué au public.

71. La Commission européenne envisage aussi de légiférer à nouveau en matière de plateformes en ligne, et ce, entre autres, par le biais d'un « *Digital Services Act* », qui remplacerait à terme la Directive e-commerce⁽¹²⁷⁾. Les documents officiels mentionnent avoir pour but de fournir une base d'orientation aux discussions à venir pour la mise à jour du cadre réglementaire concernant les services numériques dans le marché intérieur.

(126) B. MICHAUX, « Lutter contre les atteintes en ligne du droit d'auteur : la Belgique construit un modèle original », *op. cit.*, pp. 264 et s.

(127) C'est ce qui ressort d'une note interne qui ne devait pas être divulguée au public et qui a fait l'objet d'une fuite (« *leaked document* ») ; accessible (en tout cas à la date du 7 novembre 2019) sur le site et commenté sur ce même site par A. FANTA et T. RUDL « Leaked document: EU Commission mulls new law to regulate online platforms », 16 juillet 2019, disponible en ligne via <https://netzpolitik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/>.

La note fait d'abord état du constat qu'il existe encore des disparités importantes entre les États membres dans la manière de gérer les plateformes et que certaines règles (datant de 2000) sont dépassées par rapport aux services digitaux actuels. En plus, aucun régulateur central n'est compétent pour superviser les activités des « plateformes » (les compétences étant éparpillées entre les autorités de la concurrence, les autorités pour la protection des consommateurs, la protection des données ...), ce qui implique qu'elles doivent s'auto-gouverner, alors qu'elles sont notoirement mal équipées pour prendre en compte l'intérêt général et la protection des libertés fondamentales. Ce cadre lacunaire fait obstacle au développement de nouvelles entreprises innovantes et crée des barrières à l'entrée qui impactent les entreprises locales de l'économie collaborative et les empêchent de rivaliser avec certaines sociétés concurrentes américaines.

72. La Commission envisage donc de remplacer la Directive e-commerce par une nouvelle législation, qui devrait compléter les normes adoptées par la précédente Commission pour les différents secteurs (p. ex. droit d'auteur, services de médias audiovisuels, contenus terroristes...).

S'agissant de la responsabilité des intermédiaires, la Commission indique que le principe directeur d'une exemption graduelle et conditionnelle de la responsabilité devra être maintenu. Il devra cependant être mis à jour. Les trois types de services d'intermédiaires actuellement visés par la Directive stockage, transport et hébergement pourraient être complétés de nouveaux services, par exemple ceux des moteurs de recherche et des points d'accès à Wi-Fi (pour ces derniers la jurisprudence peut être codifiée, comme vu *supra*, Section 4, § 1), les réseaux de diffusion de contenus et autres (pour lesquelles l'application du principe d'exemption sera clarifiée). La Commission tiendra compte de facteurs tels que la réalité technologique mais également la « responsabilité éditoriale », la « connaissance réelle » et le « degré de contrôle » et elle évoque la possibilité d'introduire une « disposition du bon samaritain »⁽¹²⁸⁾ obligatoire, qui encouragerait les plateformes à prendre des mesures proactives tout en clarifiant l'absence de responsabilité qui découlerait de telles mesures.

La Commission se rend compte du fait que, dans l'état actuel de la Directive, les intermédiaires n'ont aucune incitation à prendre une position

(128) Ce nom qui se réfère à la parabole biblique est déjà utilisé aux États-Unis et dans d'autres États pour désigner l'ensemble des règles destinées à protéger les citoyens portant assistance à d'autres citoyens contre toute poursuite judiciaire possible au cas où leur assistance causerait des dommages à ceux-ci (les lois du bon samaritain visent notamment les secouristes bénévoles). À ce sujet, voy. P. TRUDEL, « La régulation du web 2.0 », *R.D.T.I.*, 2008, n° 32, p. 294.

proactive ou « diligente » pour supprimer des contenus préjudiciables. À travers leurs propres algorithmes intelligents, les intermédiaires ont bel et bien connaissance de ce qui se passe sur leurs plateformes (par exemple, les profils d'utilisateurs des plateformes sont bien connus afin de cibler les publicités ; de même le trafic sur les plateformes est constamment suivi de sorte que, par exemple à l'occasion d'une attaque terroriste, une augmentation marquée du trafic d'observation d'un type de vidéo ne reste pas inaperçue, comme l'illustre le triste cas de Christchurch⁽¹²⁹⁾).

La Commission précise cependant que le principe de l'absence d'une obligation générale de surveillance et de filtrage automatisé doit être maintenu, elle l'érige en « pierre angulaire fondamentale de la régulation d'Internet »⁽¹³⁰⁾. Des dispositions sur le fonctionnement des algorithmes pour des technologies de filtrage automatisé devront être considérées. Cette note annonce des travaux législatifs importants et rappelle à quel point la matière est complexe et encore en pleine évolution.

Il est également intéressant de noter que la Commission s'apprête à examiner si un régulateur central ou décentralisé pourrait être utile pour superviser le respect des règles qu'elle énoncera, surtout dans des situations transfrontalières. La question se posera de savoir quelles compétences un tel régulateur pourrait exercer dans le domaine des droits intellectuels, dont la mise en œuvre est actuellement entre les mains du pouvoir judiciaire (exception faite pour les douanes). Cette harmonisation aura probablement également un impact sur les concepts nationaux de responsabilité civile, qui risquent d'être « européanisés ».

Les plateformes peuvent s'attendre à se voir imposer un nouveau cadre législatif – encore davantage européen – qui les obligera à prendre plus de responsabilités – en fonction de facteurs variables selon l'objet, le secteur et la technologie – poursuivant dans la logique des initiatives que le législateur a déjà prises en matière de protection de données personnelles, de régulation de services de médias audiovisuels ou, plus récemment, en droit d'auteur. Espérons que le législateur poursuive son travail dans le souci des titulaires de droits intellectuels et dans le respect des attentes du public à l'égard d'entreprises ayant un impact tellement important sur leurs vies quotidiennes.

(129) Lors de ces attentats d'extrême droite, qui ont eu lieu en Nouvelle-Zélande, une vidéo de l'attaque prise par l'assaillant avait été publiée sur les réseaux sociaux.

(130) Traduction libre de « *foundational cornerstone of Internet regulation* ».