

L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question

1. Introduction. — *Streaming* et téléchargement de films, logiciels ou fichiers musicaux effectués sans l'autorisation des ayants droit et sans paiement des droits d'auteurs et voisins qui leur reviennent, commentaires injurieux et diffamatoires publiés sur des *blogs*, messages racistes et xénophobes postés dans des forums de discussion, usages non autorisés de la marque d'autrui... La toile se tisse sur des myriades d'informations et de « contenus » illicites...

Comment lutter efficacement pour obtenir leur mise hors jeu et, *in fine*, obtenir réparation pour le dommage subi? On peut, bien entendu, se retourner contre la personne qui est à l'origine du contenu. Mais la toile et surtout l'anonymat et la souplesse d'action qu'elle permet est souvent son meilleur allié. Fermez un site et il s'en créera dix autres permettant aux fraudeurs de perpétuer leurs méfaits.

D'où la tendance à se retourner non pas vers la source première du mal, mais vers les multiples intervenants techniques ou commerciaux qui permettent la diffusion de ces contenus et qui opèrent entre ceux qui fournissent les contenus et leurs destinataires : fournisseurs d'accès au réseau, gestionnaires de réseaux, hébergeurs de sites *web* et autres fournisseurs d'infrastructures mais aussi moteurs de recherches (Google, Yahoo!, etc.), gestionnaires de réseaux sociaux (Facebook, Myspace, etc.), sites de partages de contenus (Dailymotion, You Tube, etc.) ou de places de marché électroniques (eBay, etc.), acteurs omniprésents du fameux *web* 2.0. Ces derniers présentent l'immense avantage d'être connus et identifiables par tous et de jouer parfois d'une solvabilité sans égal. On leur prête également, à tort ou à raison, la capacité de prévenir le mal — par des techniques de filtrage notamment — et, à tout le moins, celui de bloquer l'accès aux contenus illicites, voire de les retirer. Pas étonnant dès lors que ces prestataires « intermédiaires » en ligne soient devenus très vite la cible privilégiée des actions en responsabilité de tous genres dès la fin des années 1990¹.

2. Source et ratio de l'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne. — Le législateur européen s'est préoccupé de cette situation lors des travaux préparatoires à la directive « e-commerce » du 8 juin 2000². Outre qu'il a été sensible aux divergences vite apparues entre États membres quant aux conditions de la responsabilité des intermédiaires, le législateur européen a surtout voulu trouver une solution d'équilibre entre les intérêts divergents des uns et des autres³.

D'une part, on ne pouvait admettre de faire peser une responsabilité trop lourde sur des intermédiaires techniques qui ne sont pas supposés prendre connaissance des contenus qu'ils transportent et stockent : au vu du risque économique qui y serait lié, elle les aurait amené soit à se retirer du marché, soit à mettre en place un système de censure généralisé contraire à la liberté d'information et à la liberté d'expression, au principe même du développement de l'internet, mais aussi à la protection des données et de la vie privée, au cœur du principe d'anonymat défendu sur le net. Elle aurait certainement hypothéqué l'évolution du *web* vers des services plus participatifs et communautaires.

D'autre part, il fallait rencontrer le besoin de protection des victimes et de l'intérêt général à lutter efficacement contre les actes illicites. La position idéale des intermédiaires pour s'attaquer aux actes illicites devait pouvoir être exploitée, au moins partiellement.

C'est ainsi que la directive 2000/31, en ses articles 12 à 15, a mis en place un régime d'exonération totale ou partielle de responsabilité au profit de ceux qui poursuivent certaines activités techniques comme intermédiaires en ligne : le transport de données et l'accès au réseau ainsi qu'à certaines formes de stockage, dont l'hébergement. Ces dispositions ont été transposées en droit belge par les articles 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (dite relative au « commerce électronique » ; ci-après la « loi »)⁴.

La présente contribution a pour seul objet de rappeler succinctement les grandes lignes du régime légal mis en place et de faire le point sur l'état actuel de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale de celui-ci soumis à l'influence d'arrêts récents de la Cour européenne de justice.

3. Présentation du régime légal d'exonération de responsabilité. — Conformément au champ d'application personnel de la loi, le régime d'exonération ne bénéficie qu'au prestataire d'un service de la société de l'information⁵.

ple, E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 91; P. VAN EECKE, « Online service providers and liability : a plea for a balanced approach », *Common Market Law review*, 2011, p. 1456.

(4) La directive 2000/31/CE a été transposée dans deux lois distinctes du 11 mars 2003. On parle ici de celle sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963). Pour des commentaires généraux, voy., E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *op. cit.*, pp. 81 et s.; *Elektronische handel - Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, onder redactie van P. VAN EECKE en J. DUMORTIER, Bruges, die Keure, 2003.

(5) Au sens de l'article 2, 1^o, de la loi qui le définit comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de service ». Soulignons que sont visés tous les prestataires qui perçoivent une contre-partie économique de leurs services, que celle-ci

Ce régime n'affecte pas la substance même des règles gouvernant la responsabilité civile et pénale, peu importe la nature de l'acte illicite à la source de la responsabilité. Il crée seulement des « zones de non-responsabilité » en fonction des activités décrites et des conditions spécifiques prévues par la loi. Dès lors que l'activité n'est pas couverte par les exonérations légales, le régime de droit commun reprend tous ses droits⁶.

L'article 18 de la loi prévoit une *première exonération* pour l'activité de simple transport. On vise ici la transmission, sur un réseau de communications, d'informations fournies par le destinataire du service et la fourniture d'un accès au réseau⁷. L'activité n'est exonérée que si le prestataire n'est pas à l'origine de la transmission (1), qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission (2) et qu'il ne sélectionne, ni ne modifie, les informations faisant l'objet de la transmission (3). Les trois conditions sont cumulatives.

On vise par exemple les fournisseurs d'accès à l'internet ou les fournisseurs des réseaux de base de l'internet (*backbone providers*). L'idée centrale est que ce type d'activité est purement technique, automatique et passif de sorte que le prestataire n'a ni la connaissance, ni le contrôle des informations transmises⁸. Peu importe ici que le prestataire ait ou non connaissance de l'information illicite transmise et qu'il ait ou non pris d'initiative une mesure appropriée. Mais s'il est impliqué dans l'information transmise, le prestataire perd le bénéfice de l'exonération⁹.

L'article 19 de la loi prévoit une *seconde exonération* visant l'activité de stockage temporaire, sous forme de copie dans le seul but de favoriser la transmission ultérieure de l'information (*system caching*). Il s'agit ici de rendre plus rapide et aisé l'accès aux informations régulières.

prenne la forme de paiements obtenus des destinataires des services ou de tiers, tels des annonceurs publicitaires. Sur la portée de cette définition, voy. par exemple, P. GUNST et P. VAN EECKE, « Aansprakelijkheid van dienstverleners », in *Recht en elektronische handel*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 364-365. Ainsi, la Cour européenne de justice a considéré que le service de référencement « AdWords » de Google répondait bien à ladite définition, la rémunération du service étant obtenue des annonceurs du lien promotionnel qui apparaît suite à une demande de recherche d'un internaute (C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google c. Vuitton* e.a., aff. C-236/08, §§ 22 et s. spécialement § 25).

(6) Sur la portée et la description du régime, voy., par exemple, E. MONTERO, « Le domaine de l'internet - Réflexions autour de quelques affaires emblématiques », in *Droit de la responsabilité - Domaines choisis*, C.U.P., vol. 119, Liège, Anthemis, 2010, pp. 190 et s., spécialement n^o 6; P. GUNST et P. VAN EECKE, « Aansprakelijkheid van dienstverleners », *op. cit.*, pp. 365 et s., spécialement p. 368. Sur un exemple d'application du droit commun à l'activité de modérateur d'un forum de discussion, voy. Bruxelles (9^e ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, n^o 38, 2010, pp. 102 et s. et note J. FELD.

(7) Le texte légal y inclut expressément le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises réalisé au cours et pour les besoins de l'exécution de la transmission.

(8) Considérant 42 de la directive 2000/31/CE.

(9) Considérant 44 de la directive 2000/31/CE.

ment demandées par les internautes en décongestionnant le réseau par une copie temporaire de celles-ci sur des serveurs plus proches et accessibles des destinataires¹⁰. L'exonération n'est reconnue qu'à condition que le prestataire ne modifie pas l'information (1), qu'il se conforme aux conditions d'accès à celle-ci (2), se conforme aux règles applicables à leur mise à jour (3) et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie relative à l'obtention des données sur l'utilisation de l'information (4). Surtout, une dernière condition cumulative aux autres impose au prestataire d'agir promptement pour retirer l'information stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible. Pour ce faire, il doit au moins avoir connaissance du fait que l'information copiée a été retirée ou a vu son accès rendu impossible ou encore qu'une autorité administrative ou judiciaire ait ordonné de tels actes et suivre la procédure de communication au parquet prévue à l'article 20, § 3 (commentée ci-après).

L'article 20 de la loi prévoit une *troisième exonération* couvrant l'activité d'hébergement c'est-à-dire le stockage d'informations fournies par un destinataire du service. L'exonération est ici conditionnée par le fait que le prestataire n'a pas connaissance de l'activité ou de l'information illicite (1) ou qu'il agisse promptement dès cette connaissance pour retirer cette information ou rendre son accès impossible (2). Il doit, dans cette seconde hypothèse, agir conformément au paragraphe 3 de cette disposition qui lui impose de communiquer dès qu'il en a connaissance l'activité ou l'information illicite au procureur du Roi. Ce dernier doit alors prendre les mesures utiles conformément à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle en vue de conserver la preuve des infractions présumées. Cette procédure ne vise que les actes illicites constitutifs d'une infraction pénale.

On le devine, cette obligation de communication fait des hébergeurs les premiers juges de l'illicéité d'une information qu'ils ne sont pas censés connaître, ce qui les met dans une situation plus que délicate, n'étant pas les mieux placés pour en juger.

Il faut enfin souligner que le régime d'exonération des hébergeurs ne s'applique pas lorsque le destinataire agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire. L'employeur ne bénéficie donc pas de l'exonération concernant les informations relatives à ses salariées, stockées sur ses serveurs.

4. Les devoirs de collaboration des intermédiaires. — En contrepartie du bénéfice du régime de l'exonération, les intermédiaires sont tenus de collaborer activement avec les autorités compétentes. Outre, l'obligation d'information au procureur du Roi — qui ne vaut que pour les hébergeurs et les prestataires de *caching* — l'article 21, § 2, de la loi impose à tous les prestataires concernés par les dispositions exonératoires d'informer, d'initiative, les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de service. De même, ils doivent

communiquer à ces mêmes autorités, mais à leur demande, toute information utile à la recherche et à la constatation d'infractions commises par leur intermédiaire.

La disposition est interprétée strictement. Ainsi, la Cour de cassation, confirmant un arrêt de la cour d'appel de Liège¹¹, a considéré récemment que « Cette disposition ne confère pas à une personne qui soutient être victime de propos calomnieux ou diffamatoires publiés sur le site d'un prestataire de services le droit subjectif d'obtenir d'une juridiction de l'ordre judiciaire qu'elle ordonne à ce prestataire de lui communiquer toutes les informations dont il dispose sur les prétendus auteurs d'infractions aux fins de poursuivre une action civile en réparation »¹². Elle est interprétée comme ne visant que les actes illicites posés en violation d'une disposition pénale¹³.

5. L'interdiction du devoir général de surveillance. — Le régime d'exonération est complété par l'article 21, § 1^{er}, de la loi qui interdit d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale tant de surveillance des informations qu'ils stockent ou transmettent que de recherche active des activités illicites. Le législateur a clairement couvert ici l'utilisation de logiciels de blocage et de filtrage¹⁴.

Fondamentalement, il s'agit d'éviter que les États vident l'exonération de responsabilité de tout contenu en imposant aux intermédiaires des obligations générales de contrôle et de surveillance économiquement insupportables et soient obligés de la sorte à devenir les censeurs du web.

Dans le même temps, il convient de rappeler que la directive n'excluait cependant nullement l'utilisation de techniques de surveillance dans le respect des règles relatives à la protection des données¹⁵. Du reste, l'article 21, § 2, de la loi, reprenant le principe inclus dans le considérant 47 de la directive, précise que les autorités judiciaires compétentes peuvent imposer « une obligation temporaire de sur-

veillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi ». Toute la difficulté est évidemment de faire la différence entre les mesures de surveillance générales et particulières comme le démontre le débat sur les injonctions (*cf. infra* n° 10).

6. L'hébergement et les défis du web 2.0. — Des trois activités visées, c'est sans doute le régime exonératoire reconnu à celle d'hébergement qui a donné lieu aux plus grandes difficultés. La raison est d'évidence à trouver dans l'émergence du web 2.0 et les discussions concernant la qualification d'hébergeur des nouveaux prestataires. Née de l'irrésistible ascension des réseaux d'utilisateurs du net, l'expression web 2.0 — assez floue — renvoie à un ensemble de services où domine l'interactivité des bénéficiaires/utilisateurs entre eux et leur contribution active aux contenus publiés¹⁶. Il suffit de penser ici aux réseaux sociaux (Facebook, LinkedIn, etc.), aux sites de partage de contenus (YouTube, DailyMotion, Flickr, etc.), aux places de marché électronique (eBay, Monster, etc.), aux wikis, blogs, etc.

L'activité du prestataire Web 2.0 consistant à permettre aux utilisateurs de stocker du contenu sur son réseau ou sa plate-forme peut-elle ou non être qualifiée d'hébergement de sorte qu'il puisse le cas échéant bénéficier de l'exonération de responsabilité? S'il est clair que la notion visait au départ l'opération technique de stockage matériel de sites web sur des serveurs, peut-on l'étendre à tout stockage de contenu fourni par des tiers ou toute offre d'une structure d'accueil de données transmises par des tiers? La controverse fait rage depuis de nombreuses années.

L'enjeu est d'importance. Il pèse sur l'avenir du web et son développement, tant économique que social. On retrouve en effet en filigrane, les mêmes conflits d'intérêts décrits ci-avant concernant la reconnaissance ou non d'une responsabilité accrue des intermédiaires en ligne.

7. L'introuvable critère de la qualification d'hébergeur. — On ne peut dans le cadre très limité de l'exercice de concision qui nous est imposé ici que renvoyer vers les nombreux articles de doctrine ayant tenté de faire le point sur la controverse et son évolution au cours des dernières années.

Un des points majeurs de la controverse porte sur la délimitation de l'activité pouvant bénéficier de l'exonération. En effet, les prestataires du web 2.0. offrent la plupart du temps un service plus complexe et varié que l'hébergement au sens strictement technique. Le prestataire est impliqué dans la conception et la gestion de la plate-forme, influe directement sur sa structure, ses interfaces avec les utilisateurs et les catégories de contenu que les tiers peuvent enregistrer ou faire transiter, édite parfois du contenu propre, etc. Le stockage d'informations de tiers n'est donc le plus souvent qu'un élément du service offert. À quelles conditions reconnaître alors l'exonération? Faut-il que l'aspect relatif au stockage d'informations reçues de tiers soit

(10) Voy. Bruxelles (9^e ch.), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, n° 44, 2011, pp. 36 et s., spécialement p. 53, § 54, qui considère que le service de *caching* offert par le moteur de recherches Google n'est pas visé par l'article 19, celui-ci ne répondant pas aux conditions légales dès lors qu'il ne sert pas exclusivement aux besoins de la transmission et qu'il n'est pas temporaire.

(11) Liège (7^e ch.), 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, p. 95 et note J. FELD.

(12) Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 2011, R.G. n° C.10.0153, disponible sur <http://www.cassonline.be>; *R.D.T.I.*, n° 47, 2012, pp. 69 et s. et note H. JACQUEMIN où l'auteur, tout en approuvant l'arrêt, plaide en outre pour la reconnaissance d'un tel droit subjectif de *lege ferenda*.

(13) Voy. notamment C. DE PRETER, « Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor de dienstverlener », in *Elektronische handel - Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, die Keure, 2003, p. 227; P. GUNST et P. VAN ECKE, « Aansprakelijkheid van dienstverleners », *op. cit.*, p. 369. Les auteurs se réfèrent, il est vrai, à un renvoi explicite de la disposition vers l'article 20, § 3. Soulignons cependant que le nouveau texte de l'article 21, § 2, introduit par l'article 59 de la loi du 20 juillet 2005 portant dispositions diverses a supprimé ce renvoi explicite à la procédure de communication au procureur du Roi, mais les travaux préparatoires paraissent néanmoins permettre de soutenir une interprétation identique (outre la mention explicite du texte en son alinéa 2 qui vise uniquement les infractions en ce qui concerne les communications d'informations à la demande des autorités).

(14) E. MONTERO, « Le domaine de l'internet - Réflexions autour de quelques affaires emblématiques », *op. cit.*, pp. 194-195.

(15) Considérant n° 40 de la directive 2000/31/CE, dernière phrase qui indique que la directive ne peut « faire obstacle au développement et la mise en œuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et d'identification ainsi que d'instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques (...) ».

(16) Sur l'émergence du web 2.0 et les questions juridiques qui en découlent voy. par exemple les « Actes du colloque organisé le 10 octobre 2008 - Les nouveaux services de l'internet face au droit - Regards croisés sur le web 2.0 », *R.D.T.I.*, n° 32, 2008. Sur le concept et sa portée, voy. spécialement P. TRUDEL, « La régulation du web 2.0 », pp. 284 et s.

le seul objet du service, le plus important aspect du service, un aspect parmi d'autres? Doit-on tenir compte, dans le critère de qualification, du fait que le prestataire, par l'exécution même de son service, a la possibilité de prendre connaissance de l'information ou l'activité illicite? La structuration ou la présentation de l'information enregistrée par des tiers mais telle que décidée par le prestataire, lui fait-elle perdre sa qualité d'hébergeur? Etc. Le moins que l'on puisse dire c'est que la jurisprudence des États membres est allée en tous sens¹⁷.

En Belgique, la doctrine semble plutôt encliner à la reconnaissance large de l'exonération¹⁸. En effet, le texte même de la directive et de la loi permet une interprétation large et neutre à l'égard de la technique utilisée, incluant l'offre d'une structure permettant le stockage de données des internautes, fussent-elles d'ailleurs matériellement conservées sur le serveur de tiers au prestataire de service lui-même (le gestionnaire d'un réseau social fait souvent appel à un tiers pour stocker les données introduites par les membres). Et on y prône plutôt une approche fonctionnelle permettant au prestataire de bénéficier de l'exonération pour son activité de « stockage de données » de tiers au sens large, tout en assumant une responsabilité de droit commun dans le cadre des autres aspects du service presté et sans que l'existence de ceux-ci ne l'empêche de bénéficier de l'exonération pour la seule activité visée par la loi.

Cela étant, le débat dépasse les frontières et la jurisprudence belge reste trop peu fournie pour que l'on puisse en tirer de réelles conclusions. Un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation semble défendre une vision très stricte, voire restrictive, de la notion d'intermédiaire visée par la loi, la limitant, par le critère retenu, au simple transporteur¹⁹. À noter aussi deux juge-

ments du tribunal de commerce de Bruxelles qui paraissent plutôt favorables à la vision fonctionnelle défendue par la doctrine²⁰.

8. Lumières et ombres de la qualification d'hébergeur dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice. — Il n'est pas étonnant que diverses affaires nées d'actions en responsabilité ou de demandes en cessation à l'égard des intermédiaires aient finalement donné lieu à des arrêts récents de la Cour européenne de justice. On ne peut ici que tenter de résumer succinctement l'évolution et la portée de l'enseignement de la Cour de justice sur la notion d'hébergeur.

Il semble que la Cour se dirige vers un double critère de reconnaissance de la qualification d'hébergeur.

En premier lieu, la Cour vérifie si le prestataire stocke réellement des données fournies par des tiers. Ainsi, elle constate que le prestataire d'un service de référencement — Google — stocke nécessairement des données fournies par le destinataire du service, à savoir l'annonceur²¹. Elle a aussi considéré que eBay, en tant qu'exploitant d'une place de marché en ligne, met en mémoire sur ses serveurs des données relatives à ses clients vendeurs²². Peu importe l'importance quantitative du stockage dans la déclinaison du service par le prestataire. Toutefois, ce premier critère n'est pas suffisant.

En second lieu, elle met en effet en œuvre un test de neutralité dont les contours restent encore assez flous.

Elle a d'abord développé ce critère à propos du service de référencement « AdWords » de Google. À la question de savoir si Google était susceptible d'être qualifié d'hébergeur, la Cour avait elle aussi utilisé le critère de neutralité stricte emprunté au considérant 42 de la directive. Elle indique ainsi : « il convient d'examiner si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke »²³.

Cette approche, propre au métier de transporteur, a déjà été critiquée pour son utilisation par la Cour de cassation belge, et rejetée par l'avocat général Jääskinen dans ses conclusions préalables²⁴. Elle paraît en effet, strictement ap-

pliquée, contraire à la réalité du métier des intermédiaires web 2.0. auxquels s'offrent, nécessairement, des possibilités de connaissance et de contrôle du contenu qu'ils stockent pour des tiers dans le cadre de l'exécution de leur service. Elle fait en outre, selon nous, d'une condition d'exonération — la connaissance de l'information — une condition de qualification absente du texte et de la *ratio* du système introduit par la directive e-commerce.

La Cour semble laisser ouverte la voie d'une application mesurée et raisonnable du critère ainsi mis en place, ce qui serait confirmé par l'arrêt *L'Oréal c. eBay*²⁵. Elle considère en effet qu'il faut, pour faire défaut à la condition de neutralité, une attitude réellement active de l'intermédiaire « de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données » (§ 113). Il ne suffit pas à ce propos que eBay stocke les offres de vente, fixe les modalités de son service et donne de l'information générale sur la manière d'utiliser son service (§§ 114 et 115²⁶). Tel serait par contre le cas si son assistance aux internautes allait jusqu'à « optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres » (§ 116²⁷). C'est bien entendu au juge national d'appliquer ces critères aux espèces qui lui sont soumises.

Il n'empêche que la mise en œuvre future du critère ainsi énoncé laisse perplexe. À part le cas où eBay serait intervenu directement dans la rédaction des annonces ou des offres, on ne voit pas très bien comment en inférer un rôle actif au sens précité²⁸.

9. La connaissance comme condition d'exonération de l'hébergeur. — On a souligné maintes fois la difficulté de l'hébergeur à faire face aux obligations conditionnant son exonération : la connaissance impose le retrait de l'information illicite (*cf. supra*, le libellé de l'article 20, § 1^{er}, de la loi).

L'hébergeur est ainsi devenu le premier juge de l'illicéité de l'information ce qui le met dans une situation assez inconfortable²⁹. D'autant que le texte manque de clarté et qu'aucune procédure précise d'information et de retrait (*notice and take down*) n'est organisée par la loi.

Déjà, une différence a été introduite selon la nature de l'illicéité : si la connaissance a lieu en

(17) Pour des relevés et commentaires de cette jurisprudence, voy. E. MONTERO, « Le domaine de l'internet - Réflexions autour de quelques affaires emblématiques », *op. cit.*, pp. 202 à 218; P. VAN ECKE, « Online service providers and liability : a plea for a balanced approach », *Common Market Law review*, *op. cit.*, pp. 1469-1472; C. CASTETS-RENARD, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », *Rec. Dalloz*, 2012, pp. 827 et s.; L. THOUMYRE, « La responsabilité pénale et extracontractuelle des acteurs de l'internet », in *Lamy Droit des Médias et de la Communication*, étude 464, novembre 2009, accessible via www.juriscor.com.

(18) Voy. par exemple, J. FELD, « Forums de discussion : espaces de liberté sous haute responsabilité », *R.D.T.I.*, 2010, pp. 110 et 111; E. MONTERO, « Le domaine de l'internet - Réflexions autour de quelques affaires emblématiques », *op. cit.*, pp. 201 et s., n° 23; G. SOMERS et J. DUMORTIER, « Juridische aspecten van web 2.0 - Online informatie en aansprakelijkheid (content aggregation, content locating and user generated content) », *Cah. Jur.*, 2009/2, p. 56; P. GUNST et P. VAN ECKE, « Aansprakelijkheid van dienstverleners », *op. cit.*, p. 371.

(19) Cass. (2^e ch.), 3 février 2004, *Pas.*, 2004, p. 200; *R.D.T.I.*, 2004, pp. 54 à 59, note critique de F. DE PATOUL et I. VEREECKEN qui relèvent très à propos la confusion opérée par la Cour dès lors qu'elle considère que l'intermédiaire ne jouit de l'exclusion de responsabilité prévue par la loi que « dans la mesure où son activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, ce qui implique que l'intermédiaire ne connaît pas et n'exerce pas de contrôle sur l'informations qui est transmise ou stockée ». Ce faisant, la Cour de cassation reprend un critère contenu dans le considérant n° 42 de la directive qui, quoique assez mal rédigé, ne semble cependant viser que l'activité du simple transporteur et pas celle d'un autre intermédiaire (voy. aussi en ce sens, E. MONTERO, « Chronique de jurisprudence 2002-2008 », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 21-22; J. FELD, « Forums de discussion : espaces de liberté sous haute responsabilité », *R.D.T.I.*, 2010, pp. 110-111). Comme

on le verra ci-après la confusion a été partagée par la Cour européenne de justice.

(20) Comm. Bruxelles (7^e ch.), 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, pp. 528 et s. et note E. MONTERO; *I.R.D.I.*, 2008, pp. 244 et s. et note C. DE PRETER; Comm. Bruxelles (15^e ch.), 2 juin 2009, R.G. n° A/08/02054, inédit, cité in E. MONTERO, « Le domaine de l'internet - Réflexions autour de quelques affaires emblématiques », *op. cit.*, p. 209, n° 33.

(21) C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google c. Vuitton e.a.*, aff. C-236/08, § 111.

(22) En ce sens, P. VAN ECKE, « Online service providers and liability : a plea for a balanced approach », *Common Market Law review*, *op. cit.*, pp. 1472-1473. Elle fait le même constat pour Netlog, exploitant d'une plateforme de réseau social en ligne (C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, aff. C-360/10, § 27).

(23) C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google c. Vuitton e.a.*, aff. C-236/08, § 114.

(24) Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen, 9 décembre 2010, aff. C-324/09, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>, §§ 139 et s. Dans le même sens critique, S. DUSOLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts eBay et Interflora », *R.D.T.I.*, n° 45, 2011, pp. 182 et s.; P. VAN ECKE, « Online service providers and liability : a plea for

a balanced approach », *Common Market Law review*, *op. cit.*, p. 1482.

(25) C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, C-324/09.

(26) Aussi déjà, C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google c. Vuitton e.a.*, aff. C-236/08, § 116.

(27) Comparez : dans l'affaire *Google*, la Cour indique que c'est le rôle joué par Google dans la rédaction commerciale du message commercial accompagnant le lien commercial ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés qui serait déterminant (§ 118). On peut en inférer que si Google jouait un rôle actif dans la rédaction même de la publicité ou proposait elle-même les mots clés spécifiques aux annonceurs, elle pourrait se voir refuser la qualification d'hébergeur. Pour un commentaire et une opinion critique de la reconnaissance du régime à Google, voy. A. CRUQUENAIRE, « Google AdWords : la Cour de justice a-t-elle rendu un arrêt de principe? », *R.D.T.I.*, n° 40, 2010, p. 149.

(28) En ce sens, S. DUSOLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts eBay et Interflora », *op. cit.*, pp. 184-185.

(29) Sur ces difficultés et les errements de la jurisprudence française sur ce point, voy. R. HARDOUIN, « La connaissance de l'illicéité par les hébergeurs ou quand être notifié ne signifie pas nécessairement devoir retirer », *R.D.T.I.*, n° 47, 2012, pp. 5 et s.

relation avec une action civile en réparation, elle porte sur les faits et les circonstances qui laissent apparaître le caractère illicite; la connaissance doit par contre être effective — une pure « connaissance » technique ne suffirait donc pas³⁰ — et porter sur l'activité ou le fait illicite lui-même dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque la demande est en relation avec une action pénale. Certains considèrent alors que l'illicéité doit être manifeste³¹.

Dans l'affaire *L'Oréal c. eBay*, la Cour a considéré qu'il suffisait pour perdre l'exonération en cas d'action civile en réparation que le prestataire « ait une connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité en cause et agir » (§ 120). On en revient donc ici au critère de prudence du droit commun de la responsabilité civile. Dès lors que la Cour vise explicitement le cas où le prestataire peut découvrir lui-même l'illicéité par des examens effectués de sa propre initiative, on peut craindre que le critère décourage tout contrôle volontaire au vu de la difficulté d'apprécier lui-même l'illicéité³².

10. La problématique des injonctions à l'égard des intermédiaires. — Le régime d'exonération de responsabilité établi par la loi n'empêche nullement l'introduction d'actions en cessation en vue de mettre fin à la situation illicite ou de prévenir celle-ci³³. Indépendantes des actions en responsabilité civiles, elles peuvent en effet être diligentées contre les intermédiaires en ligne même si la responsabilité de ceux-ci ne peut être retenue, que ces derniers jouissent de l'exonération ou que les conditions de droit commun de la responsabilité ne sont pas remplies³⁴. L'objet de ces actions n'est en effet pas la réparation d'un dommage, mais la cessation de la situation illicite³⁵.

Le débat s'est focalisé sur des actions en contre-façon civile à l'égard d'intermédiaires en ligne

qui permettent le stockage ou la transmission de produits contrefaits. Plus précisément, il s'agit principalement de savoir quel type d'injonction peut prononcer une juridiction à l'égard d'un intermédiaire en vue de prévenir les atteintes futures aux droits de propriété intellectuelle. Deux affaires ont récemment défrayé la chronique en droit belge et ont donné lieu à deux arrêts importants de la Cour de justice de l'Union européenne mettant aux prises la Sabam dans la première au fournisseur d'accès Scarlet³⁶ et dans la seconde à l'exploitant de la plate-forme de réseau social en ligne Netlog³⁷. Dans les deux cas, la société de gestion demandait qu'une injonction soit prononcée en vue d'obliger l'intermédiaire à mettre en place un système permanent de filtrage empêchant la mise à disposition ou la transmission de fichiers musicaux ou audio portant atteinte aux droits d'auteur³⁸.

Les questions préjudicielles posées à la Cour ont amené celle-ci à contrôler la compatibilité des injonctions avec l'interdiction de surveillance générale des informations stockées ou transmises par l'intermédiaire.

La Cour constate d'abord que les directives 2001/29 et 2004/48 relatives à la protection des droits d'auteurs et voisins, tels que transposées par les États membres, permettaient aux autorités judiciaires nationales d'enjoindre aux intermédiaires de faire cesser les atteintes aux droits d'auteur, mais aussi de prévenir de nouvelles atteintes³⁹.

Néanmoins, en vertu des mêmes directives, il ne peut être question d'affecter les dispositions de la directive 2000/31 sur le commerce électronique et notamment l'interdiction de surveillance générale qu'elle contient⁴⁰. Il en découle que les injonctions prononcées par les juridictions nationales ne peuvent avoir comme objet de faire procéder par l'intermédiaire à une surveillance active des données de chacun de ses clients afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle⁴¹. Or elles impliquent, selon la Cour, une telle surveillance générale interdite⁴² dès lors que les filtrages préconisés dans les deux affaires imposent l'identification et l'analyse de l'ensemble des communications qui transitent par

l'intermédiaire ou de l'ensemble des fichiers stockés sur son serveur par tous les utilisateurs, en vue de déterminer s'ils sont ou non illicites et, le cas échéant, les bloquer.

11. L'équilibre des droits et libertés ou l'abus du droit de propriété intellectuelle comme balise de l'injonction de surveillance. — Il ne faut pas se tromper. La Cour n'interdit pas les injonctions de filtrage à l'égard des intermédiaires. Elle considère que celles demandées par la Sabam dans les deux espèces sont inacceptables.

C'est pourquoi il est assez logique que la Cour ne se soit pas arrêtée là. Elle donne aussi les balises qui permettront le cas échéant de mieux calibrer lesdites injonctions.

Il faut en effet tenir compte dans leur mise en œuvre des exigences des droits fondamentaux applicables⁴³. Elle en appelle dès lors à un « juste équilibre » et une « mise en balance » entre la protection des droits de propriété intellectuelle, d'une part, la liberté de commerce et d'entreprendre, le droit à la protection des données et la liberté d'information d'autre part⁴⁴. Rappelons aussi que dans l'affaire *L'Oréal*, la Cour avait indiqué que les injonctions doivent alors « être effectives, proportionnées et dissuasives et ne doivent pas créer d'obstacles au commerce légitime » (§144).

Dans les affaires *Scarlet* et *Netlog*, les modalités spécifiques aux injonctions demandées violaient cette exigence : la mise en place d'un système informatique complexe, coûteux, permanent et aux seuls frais de l'hébergeur en vue de garantir la protection de toute œuvre existante et future rompt l'équilibre avec la liberté d'entreprise⁴⁵, l'identification systématique des utilisateurs du service en vue de rechercher les fichiers illicites ou contenus illicite porte atteinte à la protection des données⁴⁶ et la distinction insuffisante entre le contenu licite et illicite dans le déploiement de la mesure enraye gravement la liberté de recevoir et de communiquer de l'information⁴⁷.

Traduit en droit civil belge, on retrouve très exactement la théorie de l'abus de droit comme limite aux pouvoirs des titulaires de propriété intellectuelle. Si l'on admet — ce que fait la Cour — que ces derniers justifient d'une base légale leur permettant d'obtenir une injonction non seulement de cessation du trouble, mais également de prévention de celui-ci à l'égard des intermédiaires⁴⁸, alors il faut admettre la légitimité *a priori* des demandes de filtrage si elles permettent de prévenir efficacement de telles atteintes. *A priori*, les intermédiaires ne puisent pas dans leurs libertés d'entreprendre ou d'information, et les utilisateurs ne puisent pas da-

(30) P. GUNST et P. VAN EECHE, « Aansprakelijkheid van dienstverleners », *op. cit.*, p. 373. Cfr sur ce point les intéressantes conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen, 9 décembre 2010, aff. C-324/09, disponibles sur <http://curia.europa.eu/juris>, §§ 160 et s. pour qui « une connaissance effective signifie une connaissance d'informations, d'activités ou de faits, passés ou présents, par le prestataire de services, sur la base d'une notification extérieure ou d'une recherche propre, menée volontairement » (§ 164).

(31) P. GUNST et P. VAN EECHE, « Aansprakelijkheid van dienstverleners », *op. cit.*, p. 374.

(32) S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts eBay et Interflora », *op. cit.*, p. 185.

(33) Le considérant 45 de la directive 2000/31 énonce le principe explicitement en précisant qu'elles peuvent revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives.

(34) Dans le même sens, D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet c. Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre échanges illicites d'œuvres protégées sur l'internet », *R.D.T.I.*, n° 46, 2012, p. 38. Pour une application et le rappel du principe, Antwerpen (1st k.), 26 septembre 2011, A&M, 2012, pp. 216 et s.

(35) Pour une réflexion plus fondamentale sur cette distinction entre action en cessation et action en responsabilité, voy. Th. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.D.C.*, 2010, p. 572; « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexions à la suite de l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, Liège, C.U.P., 2007, pp. 204 et s., n° 44.

(36) C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet c. Sabam*, aff. C-70/10, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>. Ci-après arrêt *Scarlet*. Pour les rétroactes de l'affaire jusqu'aux questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Bruxelles, voy. E. MONTERO, « Chronique de jurisprudence 2002-2008 », *op. cit.*, pp. 23 et 25 et réf.

(37) C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, aff. C-360/10, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>. Ci-après arrêt *Netlog*.

(38) Sur ces deux arrêts, voy. le commentaire très approfondi de D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet c. Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre échanges illicites d'œuvres protégées sur l'internet », *R.D.T.I.*, n° 46, 2012, pp. 33-65.

(39) Arrêt *Scarlet*, § 31 et arrêt *Netlog*, § 29. Voy. déjà arrêt *L'Oréal*, précité, § 131 et aussi § 142 où la Cour considère que « il peut être enjoint à l'exploitant d'une place de marché en ligne de prendre des mesures permettant de faciliter l'identification de ses clients vendeurs » et cela « aux fins de garantir le droit à un recours effectif contre ceux ayant utilisé un service en ligne pour porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle » même s'il est nécessaire alors de respecter la protection des données à caractère personnel.

(40) Arrêt *Scarlet*, § 35 et arrêt *Netlog*, § 33. Voy. déjà arrêt *L'Oréal*, précité, § 139.

(41) Arrêt *Scarlet*, § 40 et arrêt *Netlog*, § 34. Voy. déjà arrêt *L'Oréal*, précité, § 139.

(42) Arrêt *Scarlet*, § 40 et arrêt *Netlog*, § 38.

(43) Arrêt *Scarlet*, § 41 et arrêt *Netlog*, § 39.

(44) Arrêt *Scarlet*, §§ 44 et 45, et arrêt *Netlog*, § 44.

(45) Arrêt *Scarlet*, §§ 47 à 49 et arrêt *Netlog*, §§ 45 à 47.

(46) Arrêt *Scarlet*, §§ 50 et 51, et arrêt *Netlog*, §§ 48 à 50.

(47) Arrêt *Netlog*, § 50.

(48) Mais ce que ne faisait pas l'avocat général M. Pedro Cruz Villalon qui a considéré en ses conclusions précédant l'arrêt *Scarlet* que l'article 87, § 1^{er}, de la loi belge du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins ne pouvait être considéré comme une base légale suffisante pour adopter une mesure d'injonction imposant un système de filtrage et de blocage (conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalon, 14 avril 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. Sabam*, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>, §§ 101 et s., spécialement § 108).

vantage dans leur liberté de vie privée ou dans la protection des données ou encore dans leur liberté d'information, le pouvoir de faire obstacle à l'exercice du droit d'auteur ainsi reconnu par la loi⁴⁹. Le droit d'auteur, comme tout droit subjectif, est une limite aux libertés civiles et économiques d'autrui, fussent-elles reconnues comme fondamentales⁵⁰.

C'est alors par le correctif de l'abus de droit⁵¹ — le principe de proportionnalité⁵² — que l'on peut comprendre l'enseignement de la Cour européenne. Ce qu'elle fustige ce n'est pas le droit de prévenir l'atteinte par un système de filtrage mais bien la manière dont est exercé ledit droit dans les espèces qui lui sont soumises. Et rien n'exclut de penser⁵³ qu'elle pourrait parfaitement admettre un système de filtrage simple, non permanent, à coût raisonnable et pour quoi pas partagé avec les titulaires des droits, fondé sur un processus de recherches de contenus illicites restant anonymes tant que le caractère illicite n'est pas dûment rapporté et portant sur des communications ou contenus limités à l'égard desquels une forte présomption d'illicéité est rapportée. C'est toute la différence entre une surveillance générale — interdite — et une surveillance spécifique — acceptée — qui reste à ce jour encore à préciser.

La clé de la solution se trouve dans la détermination de la rupture de proportionnalité entre l'avantage retiré dans l'injonction par le titulaire des droits et les désavantages qui en découlent pour les intermédiaires et utilisateurs des services en cause. À ce propos, il nous paraît qu'il faudra tenir compte de toutes les circonstances de fait et de droit propres au conflit, notamment l'efficacité prouvée du système de filtrage dont question mais aussi le fait que le droit de propriété intellectuelle s'exerce contre un intermédiaire qui *a priori* n'a commis directement aucune atteinte au droit et exerce légitimement ses libertés de manière exempte de toute faute. Cette dernière circonstance justifie d'après nous une prudence particulière et l'exigence de garanties particulièrement élevées au bénéfice des titulaires de libertés en cause.

12. Conclusion : l'intermédiaire en ligne sous haute tension. — Malgré les précisions récentes apportées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la matière trouble de la responsabilité des intermédiaires de l'internet est loin d'être stabilisée.

(49) Dans le même sens, conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen, 9 décembre 2010, aff. C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>, § 158.

(50) La conclusion est constante en droit positif. Voy. pour de nombreux exemples, Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes - Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 530-536, § 302.

(51) Sur la portée de celui-ci et une relecture de cette théorie au regard des thèses de l'auteur, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit., pp. 757-849.

(52) Qui ne se confond pas avec un principe d'équilibre pouvant s'appliquer à d'autres conflits de droits ou de libertés entre elles. Sur cette distinction, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit., p. 583, n° 340.

(53) Pour autant, bien entendu, que de tels systèmes de filtrage puissent exister un jour, ce qui ne semble pas être encore le cas actuellement (en ce sens, D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet contre Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre échanges illicites d'œuvres protégées sur l'internet », op. cit., p. 65).

Les intermédiaires n'ont pas fini de faire l'objet d'attaques et demandes d'indemnisation des victimes de contenus illicites. Le manque de précision de la condition de neutralité retenue par la Cour pour la mise en œuvre du système d'exonération de responsabilité pourrait bien leur faciliter la tâche.

L'intermédiaire verra certes l'impétuosité et l'inventivité des victimes limitée par l'application des principes d'équilibre et de proportionnalité. Il n'empêche. Sa situation se fragilise, face notamment au *lobby* des industries bénéficiaires de la propriété intellectuelle — du disque, du cinéma, du logiciel etc. — qui, d'année en année, a obtenu un renforcement extraordinaire des prérogatives juridiques de défenses de ces droits. Sans qu'un débat de fond ne se développe à suffisance⁵⁴. Tout cela dans un élan

un peu aveugle qui masque mal les difficultés de ces industries à s'adapter au monde virtuel et à ses nouvelles pratiques de communication et d'échange des œuvres qui, d'année en année, réduisent ses marges de profit. Une tentative de sauvetage — désespérée? — de certains secteurs en crise justifie-t-elle de limiter encore et encore les libertés d'expression, d'information et d'entreprendre au fondement de la formidable dynamique de l'internet? L'enjeu vaut la peine d'être encore discuté. En élargissant le débat au regard du seul conflit avec la propriété intellectuelle.

Thierry LÉONARD
Professeur F.U.S.L.
Avocat

(54) Souvenons-nous en Belgique du passage de la responsabilité civile de droit commun à un système de responsabilité objective au bénéfice des titulaires de tous les droits de propriété intellectuelle protégés, sous l'in-

différence générale et dans l'absence totale de débat. Sur ce point, voy. Th. LÉONARD, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexions à la suite de l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », op. cit., pp. 140 et s.

NOUVEAU

FORMATIONS 2013

- > **Gérer les émotions en milieu professionnel**
Jeudi 17 janvier 2013 et Mardi 5 février 2013
- > **Pratiquer la médiation**
Mardi 19 mars 2013 et Mardi 26 mars 2013
- > **S'affirmer pour mieux collaborer**
Mardi 23 avril 2013 et Mardi 30 avril 2013
- > **Pratiquer la négociation collaborative**
Mardi 7 mai 2013 et Mardi 14 mai 2013
- > **Écouter pour gagner en efficacité**
Jeudi 30 mai 2013 et Mardi 4 juin 2013

Renseignements et inscriptions :
Larcier Formation
Tél. : +32 (0)10/48 25 65 • Fax : +32 (0)10/48 27 50 • inscription@larcierformation.be • www.larcier.com

Développez vos compétences

Université de Paix asbl
De la prévention à la gestion positive des conflits

larcier
FORMATION