

péenne des droits de l'homme elle-même, marquant l'influence de la nouvelle Convention, à son tour, sur la jurisprudence de la Cour européenne.

Grâce au processus d'harmonisation entre les différents ordres juridiques nationaux que la Convention d'Istanbul promeut, elle contribuera aussi à la définition des éléments constitutifs des crimes de violence contre les femmes et à celle de l'obligation faite aux États de les réprimer et de les empêcher.



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaries», «n° 100 octobre 2014», cliquer ensuite sur le titre de l'article).

Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg

PAR

Alain STROWEL

*Professeur à l'Université catholique de Louvain,
à l'Université Saint-Louis — Bruxelles et au Munich IP Law Center
Avocat au barreau de Bruxelles*

Résumé

La Cour européenne s'est prononcée à trois reprises sur la proportionnalité des ingérences dans la liberté d'expression sur internet justifiées par la protection du droit d'auteur. De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a apprécié la juste pondération entre protection de la propriété (intellectuelle) et liberté d'information à propos de mesures de filtrage sollicitées à l'égard d'intermédiaires en ligne. La comparaison de ces jurisprudences montre que la Cour de Luxembourg s'efforce de réaliser une concordance pratique entre droits fondamentaux, alors que la Cour de Strasbourg fait preuve de davantage de réserve.

Abstract

The European Court of Human Rights ruled three times on the proportionality of some interferences with the freedom of expression online resulting from the protection of copyright. The Court of Justice of the European Union has also balanced the protection of (intellectual) property and the freedom of information with regard to filtering measures against online intermediaries. Comparing those case laws shows that the Luxembourg Court attempts to find a concrete way to reconcile the fundamental rights, while the Strasbourg Court shows more restraint in the balancing.

Chaque jour, la liberté d'expression se déploie davantage sur l'internet¹. Comment évaluer la proportionnalité des interférences avec cette liberté lorsqu'elle s'exerce en ligne ? Quel équilibre à trouver lorsqu'entrent en jeu d'autres droits fondamentaux, en particulier la protection de la propriété, qui englobe le droit d'auteur ?

Pour aborder ces questions, la présente contribution s'appuie tout d'abord sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2013². Dans une décision et un arrêt rendus en 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c. Suède*³ (ci-après : «*The Pirate Bay*») et *Ashby Donald et autres c. France*⁴ (ci-après : «*Ashby*»), la Cour de Strasbourg a dû pondérer les exigences tirées de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne avec celles de la protection du droit d'auteur, lui-même protégé comme droit fondamental par l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention. Dans *The Pirate Bay*, la Cour estime que l'ingérence dans la liberté d'expression résultant de la condamnation pénale des opérateurs d'un site diffusant des contrefaçons est justifiée, et rejette en conséquence la requête pour défaut manifeste de fondement. L'arrêt *Ashby* juge que la pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur réalisée par les juges français – lesquels avaient condamné les opérateurs d'un site proposant des photographies de défilés de mode – est proportionnée et donc compatible avec la Convention. Dans une décision rendue en mars 2014, *Yaman Akdeniz c. Turquie*⁵ (ci-après : «*Akdeniz*»), la Cour n'opère pas de pondération entre liberté d'expression et protection du droit d'auteur : le recours d'un utilisateur de sites musicaux dont l'accès a été bloqué est jugé irrecevable au motif qu'il ne peut se prétendre victime d'une violation de l'article 10 de la Convention. Ces décisions et arrêts, et

en particulier *Ashby* et *The Pirate Bay*, sont commentés dans la première partie du présent article⁶.

La seconde partie de l'article confronte l'approche des juges de Strasbourg à la position de la Cour de justice de Luxembourg, qui, elle aussi, a été amenée à se prononcer sur l'équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression sur internet, notamment dans un arrêt *UPC Telekabel* de mars 2014⁷ et deux arrêts antérieurs, *Scarlet* et *Netlog*⁸. Les juges de Luxembourg se sont prononcés sur la proportionnalité de mesures de filtrage ou blocage imposées à des intermédiaires en ligne (fournisseurs d'accès et d'hébergement) dans des affaires qui mettent en cause la responsabilité indirecte de ces opérateurs pour des violations du droit d'auteur commises par les usagers ; dans les affaires *Ashby* et *The Pirate Bay* tranchées à Strasbourg, l'analyse de proportionnalité portait en revanche sur les sanctions civiles et pénales à l'égard d'opérateurs plus directement impliqués dans des violations du droit d'auteur. S'agissant des mesures à l'égard des intermédiaires en ligne, la Cour de justice, dans un premier temps, a déterminé de manière négative les limites à ne pas dépasser (quand une mesure de filtrage/blocage n'est pas «nécessaire») avant de déterminer plus positivement, avec l'arrêt *UPC Telekabel*, ce qu'impose la proportionnalité⁹. Dans ce récent arrêt, la Cour de justice a largement validé, notamment au regard des droits fondamentaux, les mesures d'injonction à effet préventif à l'encontre des fournisseurs d'accès, en dépit des risques pour la liberté d'information. Elle a toutefois imposé une obligation procédurale visant à protéger le droit d'accès des usagers.

Cette comparaison des deux jurisprudences mettra en évidence l'écart considérable entre la réserve des magistrats strasbourgeois, qui jugent leur marge d'appréciation particulièrement limitée en cette matière, et une certaine audace des juges luxembourgeois, qui déterminent avec davantage de précision les paramètres de proportionnalité pour les mesures visant à faire respecter le

¹ Le blocage des services Twitter et YouTube imposé en Turquie par le gouvernement de M. Erdogan – et son contournement par les usagers – a par exemple fait la une des médias en mars-avril 2014.

² Nous avons déjà traité de la question à un moment (2006) où les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ne s'étaient pas encore prononcées sur la question. Voy. notamment les contributions de A. STROWEL et Fr. TULKENS, «Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur» (pp. 9-38), D. VOORHOOF, «La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur de non-respect du droit d'auteur ? La parodie en tant que métaphore» (pp. 39-69) et C. GEIGER, «Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique?» (pp. 103-122), in A. Strowel et Fr. Tulkens (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Bruxelles, Larcier, 2008.

³ Cour eur. dr. h., décision *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c. Suède*, 19 février 2013 (décision sur la recevabilité disponible en anglais).

⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Ashby Donald et autres c. France*, 10 janvier 2013 (arrêt définitif).

⁵ Cour eur. dr. h., décision *Yaman Akdeniz c. Turquie*, 11 mars 2014 (décision sur la recevabilité).

⁶ Cette analyse conjointe s'impose d'autant plus que *The Pirate Bay* (*Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi*) fait plusieurs fois référence à *Ashby*.

⁷ C.J.U.E., arrêt *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega*, 27 mars 2014, C-314/12.

⁸ C.J.U.E., arrêt *SABAM c. Skynet*, 24 novembre 2011, C-70/10 ; arrêt *SABAM c. Netlog*, 16 février 2012, C-360/10.

⁹ La proportionnalité de ces mesures de filtrage et blocage a fait l'objet d'un article de Quentin Van Enis publié dans cette revue avant que l'arrêt *UPC Telekabel* soit rendu (voy. Q. VAN ENIS, «Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression», *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 859-886).

droit d'auteur sur internet, réalisant ce qui a pu être qualifié de «concordance pratique» entre droits fondamentaux¹⁰.

I. La Cour de Strasbourg sur les limites à la liberté d'expression en cas d'atteinte au droit d'auteur : une certaine réserve et un contrôle très marginal

A. Faits et procédure dans l'affaire Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi (ci-après «The Pirate Bay»)

Les deux requérants ont été impliqués à divers titres dans la mise en place et la direction de l'un des plus grands services de partage de fichiers sur internet connu sous le nom de «The Pirate Bay». Ce service utilisant le protocole BitTorrent permet aux internautes d'entrer en contact et de s'échanger des fichiers, lesquels peuvent contenir des œuvres protégées (musique, films, jeux, etc.), sans devoir passer par les serveurs de The Pirate Bay. Dès que plusieurs internautes ont installé le logiciel sur leur machine, ce système d'échange de pair à pair (*peer-to-peer* ou *P2P* en anglais) fonctionne de manière tout à fait décentralisée, sans intervention des opérateurs de The Pirate Bay. Le service permet aux internautes de faire des copies et des communications au public, éventuellement en violation du droit d'auteur, mais il n'y a pas d'atteinte directe au droit d'auteur dans le chef de l'opérateur du service. En tant qu'il facilite la commission d'actes de contrefaçon par des tiers, seule sa responsabilité indirecte (sur le plan civil ou pénal) est en jeu¹¹.

En janvier 2008, les deux requérants sont poursuivis au pénal pour complicité à des infractions à la loi suédoise sur le droit d'auteur. Le ministère public estimait que les prévenus avaient fourni les moyens de commettre des atteintes (consistant dans le téléchargement des fichiers protégés) en offrant une base de

¹⁰ Cette notion de «concordance pratique» est tirée de l'analyse de S. VAN DROOGHENBROECK, «Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes», in J.-L. Renchon (dir.), *Les droits de la personnalité*, actes du X^e colloque de l'association «Famille et droit», Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 315 et s. Cette concordance pratique exige de mettre en œuvre les deux droits de manière harmonieuse, les compromis devant être faits en fonction des circonstances de l'espèce.

¹¹ La difficulté de lutter contre les systèmes d'échanges de fichiers décentralisés explique les diverses stratégies judiciaires suivies par les ayants droit (A. STROWEL, «La lutte contre le téléchargement illicite : en attendant le succès de l'offre licite», in *Propriétés intellectuelles*, avril 2012, n° 43, pp. 261-268) et les résultats mitigés des actions entreprises contre d'autres intervenants sur internet, à l'instar des fournisseurs d'accès.

données contenant des liens vers des fichiers torrent et en permettant aux individus qui souhaitent échanger des fichiers d'entrer en contact¹².

Selon les prévenus, aucun usage de fichiers électroniques contenant des œuvres protégées ne pouvait leur être reproché et la simple fourniture d'informations relatives à la présence de fichiers protégés en ligne ne créait aucune responsabilité pénale dans leur chef. En outre, l'aspect intentionnel de l'infraction n'était pas établi, à défaut pour les requérants d'avoir connaissance du contenu des fichiers échangés par les usagers du système.

Le tribunal de première instance de Stockholm condamne M. Neij et M. Sunde Kolmisoppi à un an d'emprisonnement et, conjointement avec d'autres défendeurs, au paiement de plus ou moins 3,3 millions d'euros à titre de dommages-intérêts au profit de plusieurs sociétés de l'industrie du divertissement qui s'étaient constituées parties civiles. En appel, la Cour de Svea réduit les peines d'emprisonnement des deux condamnés (à dix et huit mois respectivement), mais augmente le montant des dommages-intérêts (à plus ou moins 5 millions d'euros). À la suite du refus par la Cour suprême de prendre en considération l'affaire, les requérants introduisent un recours devant la Cour de Strasbourg au motif que leur condamnation aurait violé leur droit à la liberté d'expression.

B. Comparaison avec Ashby et Akdeniz

Dans *Ashby Donald et autres c. France*, les requérants sont photographes de mode. L'un d'eux a pris des photographies lors de défilés de mode à Paris en mars 2003. Quelques heures plus tard, les deux autres requérants mettent en ligne ces photographies sur un site américain qui propose des images et vidéos de *fashion shows*. Certaines photographies sont librement accessibles, d'autres peuvent être consultées ou même reproduites moyennant paiement. Plusieurs maisons de couture, ainsi que la Fédération française de couture, portent plainte pour contrefaçon. Le tribunal correctionnel de Paris va relaxer les requérants au motif qu'ils n'avaient pas souscrit un engagement d'exclusivité au profit de l'organe de presse qu'ils représentaient et qu'en conséquence, l'élément intentionnel du délit de contrefaçon n'était pas prouvé.

¹² Ce système utilise un «traqueur» (*tracker* en anglais), c'est-à-dire un serveur qui connaît en permanence les membres du réseau BitTorrent qui partagent un fichier complet et partiel. Les pairs qui partagent un même torrent envoient des informations au traqueur qui, en échange, leur fournit des informations sur d'autres pairs avec lesquels ils peuvent se connecter (voy. l'article «BitTorrent (protocole)» sur Wikipédia).

Le système mis en place par la Fédération de la couture pour contrôler l'usage des photos de défilés repose sur un contrat standard passé avec les organes de presse invités, lesquels s'engagent à exploiter les images à des fins d'information du public, à l'exclusion de toute autre exploitation commerciale. Ces organes de presse en principe doivent signer un engagement d'exclusivité avec les photographes qu'ils envoient. En pratique, ces contrats d'exclusivité ne sont plus conclus. En l'espèce, les requérants n'ont pas souscrit un tel contrat avec l'organe de presse qui les a accrédités.

La Cour d'appel de Paris va écarter l'argument basé sur l'absence d'engagement d'exclusivité : en tant que professionnels de longue date, les requérants connaissaient les principes du droit d'auteur et ne pouvaient ignorer les règles des maisons de couture : ils devaient donc savoir qu'ils n'étaient pas habilités à exploiter commercialement les photographies des défilés et des modèles. Constatant que les parties ayant déposé plainte sont titulaires de droits d'auteur sur les créations et les défilés de mode en tant qu'œuvres originales de l'esprit au sens du Code français de la propriété intellectuelle, la cour d'appel va condamner les deux premiers requérants à une amende de 8 000 EUR chacun et le troisième à une amende de 3 000 EUR, tout en accordant à la Fédération de la couture et aux maisons de couture, parties civiles, des dommages-intérêts fixés à 255 000 EUR au total. Le pourvoi en cassation, qui s'appuyait tant sur l'article 10 de la Convention que sur une exception au droit d'auteur pour usage dans un but d'information¹³, fut rejeté.

Devant la Cour européenne, les trois requérants invoquent tout d'abord une violation de l'article 7 de la Convention, qui consacre le principe de la légalité des délits et des peines, ainsi que le principe interdisant d'appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé. La Cour rappelle qu'elle n'a pas à interpréter le droit interne (en particulier l'exception au droit d'auteur invoquée dans le moyen en cassation), mais simplement à apprécier si « les effets » d'une interprétation par la juridiction interne ne sont pas incompatibles avec la Convention. Son pouvoir de révision opère à la marge et à la lumière des « effets » qu'elle peut anticiper d'une interprétation nationale. La Cour ne développe pas pour autant une méthodologie très rigoureuse pour déterminer ces « effets d'interprétation ». En l'espèce, les juges de Strasbourg concluent qu'« aucun élément susceptible de caractériser une atteinte aux principes posés

¹³ Il s'agit de l'article L. 122-5, 9°, du Code français de la propriété intellectuelle qui prévoit une exception au droit d'auteur en cas de « reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur ».

par l'article 7 de la Convention » ne se trouve réuni en l'espèce. C'est donc surtout à la lumière de l'article 10 que l'affaire *Ashby* est discutée par la Cour de Strasbourg.

Dans *Akdeniz*, le requérant n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour atteinte au droit d'auteur : il s'agit d'un utilisateur des sites «myspace.com» et «last.fm» auxquels l'accès a été bloqué à la suite d'une décision du parquet rendue à la demande des titulaires des droits d'auteur¹⁴. Le requérant considère que la mesure de blocage général constitue une atteinte disproportionnée à son droit à la liberté de recevoir des informations, puisque l'ensemble du contenu de ces sites, y compris des pages contenant des informations licites, lui est rendu inaccessible. Il invoque une atteinte aux articles 10 et 6 de la Convention. Selon lui, la mesure ne permet pas d'atteindre le but recherché (l'accès aux sites bloqués reste possible depuis la Turquie et l'étranger) et elle n'a pas été approuvée par un juge¹⁵. Ces arguments ne sont pas pris en compte par la Cour européenne, qui se limite à un rapide examen de recevabilité : le requérant n'a subi qu'un « effet collatéral » de la mesure de blocage et ne peut donc être tenu pour une victime d'une violation de la Convention (article 34). Cette réticence de la Cour européenne à prendre en compte le préjudice indirect d'un utilisateur de sites *web* bloqués est critiquable : elle paraît même difficile à concilier avec l'obligation que la Cour de justice a déduite du « droit fondamental des utilisateurs d'internet à la liberté d'information » dans l'arrêt *UPC Telekabel*, à savoir « que les règles nationales de procédure prévoient la possibilité pour les internautes de faire valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à Internet »¹⁶ (voy., plus bas, le commentaire de cet arrêt).

C. L'applicabilité de l'article 10 à l'internet

Dans *Ashby*, la Cour européenne rappelle que « l'article 10 de la Convention a vocation à s'appliquer à la communication au moyen de l'Internet » (§ 34). La décision *The Pirate Bay* décrit de manière plus détaillée la contribution

¹⁴ Cette décision n'avait été contestée ni par les sites *web* en cause, ni par les fournisseurs d'accès.

¹⁵ Dans l'Union européenne, une telle mesure de blocage prise par le ministère public pourrait être contestée à la lumière des exigences de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2009/136/CE modifiant la directive télécom «cadre» 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.

¹⁶ C.J.U.E., arrêt *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega*, 27 mars 2014, C-314/12, § 57.

indiscutable de l'internet à la liberté d'information : « grâce à son accessibilité ainsi qu'à sa capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, l'internet contribue grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter le partage et la diffusion de l'information » (point A). La formule est quasi identique à celle de l'arrêt *Times Newspapers Ltd*¹⁷, sauf que la Cour parle ici de l'internet (en général), pas simplement, comme dans *Times Newspapers*, des « sites internet », donc du *web*, qui ne constitue qu'une des applications de l'internet. Par ailleurs, la Cour a retouché la formule en ce que la contribution de l'internet est de faciliter « le partage et la diffusion de l'information » (*The Pirate Bay*), plutôt que simplement « la communication de l'information » (*Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni*, § 27). Dans l'affaire *Times Newspapers*, la Cour avait en outre souligné que « la constitution d'archives sur Internet » (§ 27) représente un aspect essentiel du rôle joué par les sites internet et que cette fonction d'archivage relève du champ d'application de l'article 10.

L'applicabilité de l'article 10 à l'internet résulte de diverses fonctions de celui-ci : non seulement c'est un moyen formidable pour « communiquer des informations », mais c'est aussi un média qui garantit « le droit, pour le public, d'en recevoir ». Cette garantie d'accès est réelle, vu les difficultés de mise en œuvre de mesures de blocage à large spectre – que l'on se rappelle les controverses en Turquie sur la « fermeture de Twitter » à la veille des élections de mars 2014. Les faces actives et passives de la liberté d'expression (et d'information) sont donc en jeu en cas de mesures d'ingérence sur internet. Dans *Ashby* et *The Pirate Bay*, la Cour rappelle sa jurisprudence *Autronic AG c. Suisse*¹⁸ garantissant la protection à tout discours « même lorsque l'objectif poursuivi est de nature lucrative » (*Ashby*, § 34 et *The Pirate Bay*, point A). On reviendra ci-après sur l'analyse de la proportionnalité, qui exige que l'expression politique ou militante bénéficie de la protection maximale, tandis que le discours commercial n'est pas protégé avec la même intensité.

De plus, l'article 10, comme le rappelle la Cour dans *The Pirate Bay*, s'applique « non seulement au contenu de l'information, mais aussi aux moyens de transmission et de réception, dès lors que toute restriction imposée sur les moyens interfère nécessairement avec le droit de recevoir et de communiquer des informations » (point A de la décision). L'internet est par excellence un moyen de transmettre et recevoir des contenus très variés. Les opérateurs de *The Pirate Bay* mettent bien en place « les moyens permettant à d'autres de

¹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n^{os} 1 et 2), § 27. La formule est reprise dans l'arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012, § 48.

¹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, § 47.

recevoir et communiquer des informations ». De même, dans *Ashby*, la publication de photographies sur un site internet dédié à la mode relève bien de la liberté de définir les moyens de communiquer l'information. Par conséquent, les condamnations prononcées respectivement en Suède et en France dans ces affaires interfèrent avec le droit à la liberté d'expression.

D. Les limites à la liberté d'expression (article 10, § 2)

On sait qu'une restriction à la liberté d'expression doit respecter les trois exigences de légalité, légitimité et proportionnalité dérivées de l'article 10, § 2.

L'exigence de *légalité* (« prévue par la loi ») est *a priori* respectée, s'agissant d'une interférence causée par l'exercice du droit d'auteur : les lois nationales sur le droit d'auteur constituent une base légale qui est en outre accessible et prévisible. La prévisibilité nécessite que la base légale de l'ingérence soit « une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite et de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »¹⁹. Les lois sur le droit d'auteur sont relativement détaillées s'agissant des actes constituant des atteintes (par exemple la notion de reproduction), ainsi que des sanctions en cas de violation, ce qui permet de considérer que l'obligation de prévisibilité est remplie. Du reste, dans divers arrêts, dont l'arrêt *RTBF c. Belgique*, la Cour de Strasbourg rappelle que des « formules plus ou moins vagues » dont l'interprétation et l'application sont laissées à la pratique suffisent.

Par ailleurs, s'agissant de professionnels, tels les requérants dans *The Pirate Bay* et *Ashby*, « habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier », on peut « attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte »²⁰.

Dans les affaires *The Pirate Bay* (point B) et *Ashby* (§ 36), la Cour européenne des droits de l'homme considère, sans autre discussion, que la condition de légalité est remplie dès lors qu'il existe des dispositions sanctionnant

¹⁹ La formule définissant la prévisibilité d'une ingérence dans la liberté d'expression se trouve déjà dans l'arrêt, rendu en séance plénière, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, du 26 avril 1979, § 49. Elle a été reprise depuis lors dans divers arrêts (par exemple : Cour eur. dr. h., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 31 ; arrêt *Amihalachioaie c. Moldavie*, 20 avril 2004 ; arrêt *Chauvy et autres c. France*, 29 septembre 2004, § 38 ; arrêt *RTBF c. Belgique*, 29 mars 2011, § 103).

²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *RTBF c. Belgique*, 29 mars 2011, § 104 ; arrêt *Chauvy et autres c. France*, 29 septembre 2004, §§ 43-45.

des violations du droit d'auteur dans les lois sur le droit d'auteur, respectivement en Suède et en France.

L'exigence de *légitimité* est remplie dès lors que la limitation peut s'appuyer sur l'un des buts légitimes énoncés de manière limitative à l'article 10, § 2. Dans *Ashby*, la Cour, de manière très concise, note que l'ingérence poursuit « l'un des buts légitimes » de l'article 10, § 2, à savoir « la protection des droits d'autrui – dès lors qu'elle visait à préserver les droits d'auteur des maisons de mode dont les créations étaient l'objet des photographies » (§ 36). La décision *The Pirate Bay* (point C) cite le même but légitime, auquel elle ajoute l'objectif de « prévention du crime », également repris dans la liste de l'article 10, § 2. La dimension pénale et l'objectif dissuasif de la sanction sont en effet plus clairs – ou faut-il dire moins discutables ? – dans *The Pirate Bay* que dans *Ashby*.

E. La proportionnalité d'une ingérence dans la liberté d'expression motivée par le respect du droit d'auteur

L'analyse de la *proportionnalité* (la « nécessité dans une société démocratique ») est le véritable critère décisif dans les pondérations menées par la Cour²¹. Mais cet examen est limité lorsqu'il y a un conflit avec un autre droit fondamental et lorsque l'expression relève du domaine commercial.

Tout d'abord, la Cour rappelle que « deux intérêts concurrents » « tous deux protégés par la Convention » sont en jeu. Dans *The Pirate Bay*, il s'agit, d'un côté, de l'intérêt des requérants à faciliter l'échange d'informations (à travers le système de pair à pair) et, de l'autre, de l'intérêt à protéger les droits des titulaires du droit d'auteur (point D). La même difficulté de mise en balance entre droits et libertés figurant parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles est mise en évidence par la Cour dans *Ashby* (§ 40). En cas de droits concurrents, la Cour rappelle que « les États contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante. Ces considérations valent

²¹ Pour une présentation des principaux critères utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme pour apprécier la proportionnalité d'une ingérence dans la liberté d'expression, cons. A. STROWEL et Fr. TULKENS, « Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité », in M. Isgour e.a., *Médias et droit*, Limal, Anthemis, 2008, pp. 5-72. Mais on doit surtout citer les analyses régulières de Dirk Voorhoof dans la revue *Auteurs & Media*, ainsi que les remarquables analyses de S. van Drooghenbroeck sur l'article 10 et d'autres questions (*La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1999-2002 et les deux volumes pour 2002-2004, Bruxelles, Larcier, 2006).

aussi dans le contexte de l'article 10 de la Convention, lorsque le but poursuivi par l'ingérence est la « protection des droits et libertés d'autrui » au sens de cette disposition » (*Ashby*, § 40, et *The Pirate Bay*, point D). C'est aux juridictions nationales d'opérer ce que l'on a pu appeler « la concordance pratique » des droits humains en concurrence.

Ensuite, la Cour met en évidence le type de discours ou d'information en cause. On sait que l'existence d'un débat d'intérêt général est le paramètre principal qui milite en faveur de la liberté d'expression dans les pondérations réalisées par la Cour²² ; c'est aussi l'argument le plus souvent invoqué par la Cour pour justifier un contrôle des mesures d'ingérence. Or, dans les espèces considérées ici, la liberté d'expression s'exerce dans le domaine commercial : dans *Ashby*, la publication des photographies sur un site internet dans le but de les vendre témoigne de ce que la démarche des requérants est « avant tout commerciale » (*Ashby*, § 39). S'agissant de *The Pirate Bay*, la Cour se contente de dire que les informations en jeu ne bénéficient pas du même niveau de protection que le débat et l'expression politiques. D'autres décisions de justice à propos de *The Pirate Bay* ont mis en lumière l'importance des revenus publicitaires générés pour ses opérateurs (une estimation citée par la High Court de Londres évalue les revenus générés par *The Pirate Bay* entre 1,7 à 3 millions USD pour le seul mois d'octobre 2011)²³. Lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial, les États disposent d'une large marge d'appréciation. Toutefois, l'ampleur de cette marge doit être relativisée lorsqu'est en jeu non l'expression strictement commerciale d'un individu, mais sa participation à un débat d'intérêt général. Dans l'affaire *Hertel c. Suisse*, où le requérant avait été condamné pour avoir publié un article qui mettait en évidence les dangers pour la santé des aliments irradiés dans des fours à micro-ondes, la Cour avait fait prévaloir la liberté d'expression, car, si les propos touchaient à la sphère commerciale et pouvaient constituer un acte de concurrence déloyale à l'égard des fabricants de ces fours, ils ouvraient toutefois à un débat d'intérêt général sur la santé publique²⁴. Rien de tel dans les cas d'espèce considérés ici.

L'obligation de tenir compte de deux droits protégés par la Convention et la nature strictement commerciale de l'expression en cause vont conduire les juges strasbourgeois à la conclusion que les autorités internes « disposaient en l'espèce d'une marge d'appréciation particulièrement importante » (*Ashby*, § 41, non souligné dans le texte ; repris dans *The Pirate Bay* sous le point D).

²² Voy. notamment A. STROWEL et Fr. TULKENS, *op. cit.*

²³ England and Wales High Court of Justice (Chancery Division) (2012) EWHC 268 (Ch), *Dramatico Entertainment Ltd and others v. British Sky Broadcasting Ltd and others*, § 29.

²⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 47.

Le contrôle de la Cour est donc *particulièrement* limité. Dans *Ashby*, la Cour de Strasbourg note que «la Cour d'appel de Paris a jugé que les requérants avaient, en connaissance de cause, diffusé des photographies litigieuses sans l'autorisation des titulaires de droits d'auteur, qu'ils ne pouvaient se dégager de leur responsabilité en faisant valoir que le système de l'engagement de presse était inadapté ou mal respecté, et qu'ils s'étaient donc rendus coupables du délit de contrefaçon» (*Ashby*, § 42). En «faisant par ces motifs prévaloir le droit au respect des biens des créateurs de mode sur le droit à la liberté d'expression», le juge interne n'a pas excédé sa marge d'appréciation.

Rappelant que la propriété intellectuelle bénéficie de la protection par l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne, la Cour précise dans *The Pirate Bay* que cette protection peut requérir des mesures positives de la part des États²⁵. Ces mesures incluent des sanctions à l'égard de ceux qui violent la protection accordée à la propriété. Encore faut-il que les sanctions soient proportionnées, ce qui oblige à examiner la nature et la gravité des sanctions infligées, un autre facteur important qui intervient dans les pondérations impliquant la liberté d'expression²⁶. Dans les affaires examinées ici, la Cour conclut à la proportionnalité des sanctions: dans *Ashby*, les amendes pénales significatives (8 000 EUR pour les deux premiers requérants, 3 000 pour le troisième) et les dommages-intérêts élevés (100 000 EUR pour les deux premiers requérants et 55 000 pour le troisième) ont été imposés à l'issue d'une procédure contradictoire par une décision dûment motivée, sans que les requérants aient pu démontrer que ces sanctions allaient les «étrangler financièrement»; dans *The Pirate Bay*, les mesures d'emprisonnement et l'octroi de dommages-intérêts importants ne sont pas disproportionnés parce que les requérants n'avaient pris aucune mesure pour supprimer les fichiers torrent violant le droit d'auteur, en dépit des demandes pressantes qui leur avaient été adressées par les ayants droit. De plus, ils se sont montrés indifférents au fait que les œuvres protégées par le droit d'auteur avaient fait l'objet de partage de fichiers via *The Pirate Bay* (point D de la décision)²⁷.

²⁵ Les obligations positives résultant de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 ont été mises en évidence dans l'important arrêt *Broniowski c. Pologne*, rendu en Grande Chambre le 22 juin 2004. Cons. à ce propos S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence 2002-2004*, op. cit., vol. 2, p. 166.

²⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence 2002-2004*, op. cit., vol. 2, pp. 97 et s.

²⁷ Parler d'indifférence (les requérants «had been indifferent to...») est un peu étonnant, comme si un critère moral (l'absence de «sollicitude») faisait ainsi son chemin dans la motivation de la Cour (sur l'éthique de la «sollicitude» ou du *care* (en anglais), «to care» signifiant «prendre soin», «se préoccuper», voy. C. GILLIGAN, *Une voix différente – Pour une éthique du care*, Flammarion, Champs essai, 2008, trad. de l'anglais).

Dès lors, l'ingérence par les juges internes est justifiée par un besoin social impérieux et est donc nécessaire dans une société démocratique.

II. La pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur selon la Cour de Luxembourg: une certaine audace et une concordance pratique des droits

A. La protection du droit d'auteur comme propriété (intellectuelle): de la Convention à la Charte sur les droits fondamentaux de l'Union européenne

À l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention, la protection de la propriété fait référence au respect des biens²⁸. Selon la jurisprudence de la Cour européenne, «la notion de 'bien' évoquée à la première partie de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne: certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des 'droits patrimoniaux' et donc des 'biens' aux fins de cette disposition»²⁹. Dans diverses affaires, les instances de Strasbourg et en particulier la Cour se sont déjà prononcées sur l'applicabilité du Premier Protocole à divers droits intellectuels³⁰.

Contrairement à la Convention, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après: la «Charte») a expressément inscrit la propriété intellectuelle parmi les droits fondamentaux: selon l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, «la propriété intellectuelle est protégée». Le texte de la Charte est lapidaire lorsqu'il traite du droit d'auteur en même temps que des autres droits

²⁸ Pour rappel, cet article 1^{er} prévoit ce qui suit:

«Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.»

²⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janvier 2007, § 63.

³⁰ S'agissant de la marque: Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janvier 2007, §§ 66 à 72. Pour le droit d'auteur: Cour eur. dr. h., décision *Melnitchouk c. Ukraine*, 5 juillet 2005, § 3. En matière de brevet: Comm. eur. dr. h., décision *Smith Kline et French Laboratories c. Pays-Bas*, 4 octobre 1990, § 43; décision *Lenzing AG c. Royaume-Uni*, 9 septembre 1998; Cour eur. dr. h., arrêt *British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas*, 20 novembre 1995, §§ 71-72.

intellectuels, l'article 17, paragraphe 2, n'évoquant même pas la possibilité de limiter cette protection, contrairement à celle garantie au droit de propriété matérielle à l'article 17, paragraphe 1^{er}. Mais il paraît clair que les limitations et exceptions applicables à la propriété immobilière ou mobilière valent aussi pour la propriété intellectuelle³¹.

Il est intéressant de souligner que cette consécration du droit d'auteur au titre de la propriété ne fait pas référence à la dimension culturelle ou au droit à la culture, contrairement à l'inscription du droit d'auteur dans la Déclaration universelle des droits de l'homme à l'article 27, alinéa 2: «Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est auteur». Cette protection du droit d'auteur est elle-même en tension avec le droit à la culture reconnu à l'alinéa 1^{er} de l'article 27 de la Déclaration: «Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent»³². Dans l'article 17 de la Charte (contrairement à l'article 27, paragraphe 2, de la Déclaration), on ne parle en outre pas de la protection des *intérêts moraux* de l'auteur³³, lesquels sont associés aux droits moraux de paternité et d'intégrité de l'œuvre, des droits qui ont précisément une valeur *non* patrimoniale. L'absence de référence à la dimension culturelle et aux intérêts moraux liés à la protection dans l'article 17, paragraphe 2, de la Charte risque d'effacer l'idée de fonction du droit d'auteur au profit d'une «fondamentalisation propriétaire» du droit d'auteur³⁴.

³¹ Voy. ci-après la jurisprudence commentée de la Cour de justice. En outre, les travaux préparatoires de la Charte montrent la volonté de considérer la propriété intellectuelle comme limitée (voy. C. GEIGER et E. IZYUMENKO, «Copyright on the Human Rights's Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression», in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014/45, p. 334).

³² On retrouve la même tension entre l'accès à la culture et la protection des œuvres de l'esprit à l'article 15, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, lequel a une valeur obligatoire pour les États ayant ratifié ce Pacte.

³³ Il est vrai que l'article 17, paragraphe 2, de la Charte vise tous les droits intellectuels, y compris ceux qui, contrairement au droit d'auteur, n'ont qu'une dimension patrimoniale et industrielle (marque, brevet, etc.).

³⁴ Voy. à ce propos, F. SIIRIAINEN, «Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit – Réflexions sur la 'fonction' du droit d'auteur dans le cadre de sa 'fondamentalisation'», in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen (coord.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 445; A. STROWEL, «Quelles considérations culturelles dans la régulation du droit d'auteur à l'ère de la société de l'information?», à paraître dans un recueil dirigé par C. Romainville, Bruxelles, Larcier, 2014.

Une autre différence de taille entre la consécration du droit d'auteur au titre des droits fondamentaux dans la Déclaration et dans la Charte (ainsi que dans la Convention): l'article 27, paragraphe 2, de la Déclaration protège clairement une personne physique («l'auteur»), tandis que la protection à travers la propriété (Charte et Convention) va, par définition, au propriétaire, donc au titulaire du droit d'auteur, lequel peut être soit une personne physique (si elle est titulaire à titre originaire), soit une personne morale (si elle est titulaire à titre dérivé, par exemple si un contrat d'exploitation prévoit la cession du droit à un producteur ou éditeur). Cette différence de «qualité» entre les droits fondamentaux invoqués, ainsi que l'absence de fonction de la protection au titre de propriété, mériteraient une analyse plus approfondie, mais cela dépasse le cadre de ces observations centrées sur la jurisprudence récente de la Cour européenne et de la Cour de justice.

B. *La pondération entre la protection de la propriété et d'autres droits fondamentaux, dont la liberté d'expression, selon la Cour de justice de l'Union européenne*

Le premier alinéa de l'article 17 de la Charte consacre «le droit de jouir de la propriété des biens» et définit les conditions d'une privation de propriété dans des termes proches du Protocole additionnel à la Convention. Dans plusieurs arrêts, la Cour de justice a réaffirmé que le droit d'auteur est protégé comme droit fondamental à travers son assimilation à la propriété et qu'il peut aussi être limité de la même manière que la propriété matérielle (en dépit de la lettre de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte³⁵).

Dans *Promusicae*³⁶, il s'agissait de savoir si les intermédiaires techniques dans la communication en ligne pouvaient être tenus de divulguer les données personnelles de leurs abonnés qui étaient assignés en justice pour avoir échangé de manière illicite des fichiers protégés³⁷. Reconnaisant que le droit européen n'impose ni ne prohibe des mesures nationales permettant d'obtenir des données personnelles dans le cadre d'une procédure civile, la Cour de justice fait

³⁵ La doctrine va aussi dans ce sens: A. OHLY, «European Fundamental Rights and Intellectual Property», in A. Ohly et J. Pila (dir.), *The Europeanisation of Intellectual Property Law – Towards a European Legal Methodology*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 151; C. GEIGER, «Intellectual property shall be protected! ? – Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Mysterious Provision with an Unclear Scope», *E.I.P.R.*, 2009, p. 116.

³⁶ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Promusicae c. Telefonica*, 29 janvier 2008, C-275/06.

³⁷ Cette question est donc liée à celle des systèmes d'échange de fichiers envisagée dans l'arrêt *The Pirate Bay*.

référence à la protection de la propriété, mais insiste sur la nécessité de trouver un « juste équilibre » avec le droit fondamental à la vie privée (article 8 de la Charte).

Dans *Scarlet*³⁸, la question était de savoir si une juridiction nationale peut ordonner une mesure d'injonction à l'égard d'un fournisseur d'accès afin qu'il mette en place un système de filtrage de l'intégralité des communications électroniques réalisées sur son réseau, et ce sans limite dans le temps³⁹. D'autres aspects de la mesure sollicitée (elle devait s'appliquer à tous les clients du fournisseur d'accès, elle était sollicitée à titre préventif et *in abstracto*, c'est-à-dire sans référence à des violations précises, aux seuls frais de l'intermédiaire, etc.) indiquaient bien son caractère général, non ciblé. L'objectif final de la mesure postulée était de lutter contre les violations du droit d'auteur commises par les abonnés des fournisseurs d'accès. La Cour note que « la protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux [...]. Cela étant, il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue » (§ 43). Pas d'absolutisation de cette propriété donc. En l'espèce, la Cour va faire pencher la balance des droits fondamentaux en faveur de la liberté d'entreprise des intermédiaires (article 16 de la Charte) : en effet, les obligations que les mesures d'injonctions telles que formulées en l'espèce feraient peser sur ces intermédiaires seraient contraires au « juste équilibre ». La Cour juge aussi que le poids de la liberté d'information des usagers (article 11 de la Charte) l'emporte ici sur le droit de propriété : en effet, reconnaître la possibilité d'ordonner de telles injonctions larges « risquerait de porter atteinte à la liberté d'information [des clients des fournisseurs d'accès] puisque ce système risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite » (§ 52). Soulignant le risque d'une mesure trop large, la Cour note que le caractère licite ou illicite pourrait varier selon

³⁸ C.J.U.E., arrêt *Scarlet c. SABAM*, 24 novembre 2011, C-70/10.

³⁹ Comme l'a noté Q. Van Enis (*op. cit.*, p. 875), les questions préjudicielles dans *Scarlet* « étaient formulées d'une telle manière que les mesures de filtrage sollicitées apparaissent clairement disproportionnées ». Dans *Scarlet* et *Netlog* (comme dans *UPC Telekabel*), la disposition du droit européen secondaire soumis pour interprétation à la Cour de justice est l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : « Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin ».

les exceptions légales au droit d'auteur (lesquelles diffèrent d'un État membre à l'autre) ou selon que les titulaires ont ou non décidé de mettre les œuvres en ligne à titre gratuit.

La Cour a développé les mêmes considérations dans l'affaire *Netlog*⁴⁰, qui mettait en cause un fournisseur d'hébergement auquel on ne peut enjoindre de mettre en place un système de filtrage des informations stockées sur ses serveurs, à l'encontre de tous les usagers, à titre préventif, à ses frais exclusifs et sans limitation dans le temps.

Plus récemment, dans un arrêt du 27 mars 2014, la Cour de justice est revenue sur la possibilité d'obtenir en justice une injonction sous la forme d'une mesure de blocage d'accès à l'encontre d'un intermédiaire (*UPC Telekabel*) dont les services de fourniture d'accès internet sont utilisés afin de télécharger ou de regarder en *streaming* des films illicitement mis en ligne sur un site tiers⁴¹. La juridiction sollicitant l'interprétation de la Cour de justice envisageait d'ordonner une injonction sans précision quant aux mesures concrètes que ce fournisseur d'accès doit prendre, tout en permettant à ce dernier d'échapper aux astreintes dues en cas de violation de l'injonction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables. La mesure sollicitée pouvait en effet se traduire de différentes manières : soit un blocage du nom de domaine du site illicite, soit un blocage de l'adresse IP (Internet Protocol) de ce site, soit encore de toute autre adresse IP que ce site pourrait emprunter à l'avenir et dont l'intermédiaire pourrait avoir connaissance (après notification par les ayants droit).

La Cour reconnaît que la mesure peut avoir pour objectif soit de faire cesser des atteintes, soit de les prévenir. Pour apprécier la conformité au droit de l'Union d'une injonction avec effet préventif et sans précision quant à sa mise en œuvre, la Cour de justice estime qu'il faut tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux (article 51 de la Charte). Suivant la jurisprudence *Promusicae* et *Scarlet/Netlog*, la Cour de justice recherche donc « le juste équilibre entre les droits fondamentaux applicables », tout en soulignant qu'il reviendra ensuite aux juridictions des États membres de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principaux généraux du droit de l'Union, tels que le principe de proportionnalité⁴². La Cour de justice invite donc les

⁴⁰ C.J.U.E., arrêt *Sabam c. Netlog*, 16 février 2012, C-360/10.

⁴¹ C.J.U.E., arrêt *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega*, 27 mars 2014, C-314/12.

⁴² *Ibid.*, § 46.

juges nationaux à réaliser la «concordance pratique» des droits, c'est-à-dire leur conciliation harmonieuse en fonction des circonstances⁴³.

Mais la Cour de justice ne s'efface pas au profit de la marge d'interprétation dont disposeraient les juges nationaux en cas de conflit de droits fondamentaux : elle estime disposer elle-même de tous les éléments pour réaliser la pondération. Elle reconnaît néanmoins que la mise en œuvre de l'interprétation conforme au droit de l'Union laisse une marge de manœuvre aux juges nationaux, lesquels doivent se laisser guider dans cet exercice par les droits fondamentaux et le principe de proportionnalité. Cela donne à penser que la «concordance pratique» peut s'opérer à deux niveaux dans l'ordre communautaire : elle peut être réalisée de manière générale dans l'arrêt sur recours préjudiciel, puis encore renforcée par son application au cas d'espèce réalisée par la juridiction nationale.

Comme dans *Scarlet/Netlog*, la Cour effectue la juste pondération entre la protection de la propriété intellectuelle (article 17, paragraphe 2, de la Charte), la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte) et «la liberté d'information des utilisateurs d'internet» (article 11 de la Charte). Après avoir considéré que l'injonction sollicitée par les ayants droit n'apparaît pas porter atteinte à la substance du droit à la liberté d'entreprise d'un fournisseur d'accès à internet⁴⁴, la Cour de justice se penche sur l'équilibre avec la liberté d'information des utilisateurs d'internet : «l'ingérence dudit fournisseur dans la liberté d'information desdits utilisateurs s'avérerait injustifiée au regard de l'objectif poursuivi» (mettre fin aux atteintes aux droits d'auteur) si les mesures ne sont pas «strictement ciblées», c'est-à-dire si «les utilisateurs d'internet ayant recours aux services de ce fournisseur afin d'accéder de façon licite à des informations s'en trouvent affectés»⁴⁵.

⁴³ La notion de «concordance pratique» présentée par S. van Drooghenbroeck (*op. cit.*, pp. 315 et s.) n'est pas très aisée à définir, mais elle débouche sur des concessions réciproques entre droits en conflit. Loin d'être une recette «prête-à-l'emploi», cette exigence de «concordance pratique» nécessite de raboter les requêtes tirées des droits en conflits «aux fins de surmonter, ou à tout le moins, de 'réduire' ou encore de 'repousser' au maximum le conflit qui les oppose». Cette «concordance pratique» peut résulter d'un dispositif procédural, comme imposé par la Cour dans l'arrêt *UPC Telekabel*.

⁴⁴ Une telle injonction laisse en effet au destinataire le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour réaliser le résultat visé (le fournisseur peut donc choisir les mesures adaptées aux ressources et capacités dont il dispose) et lui permet de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables (voy. les paragraphes 50 à 54 de l'arrêt *UPC Telekabel*).

⁴⁵ C.J.U.E., arrêt *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega*, 27 mars 2014, C-314/12, § 56.

En l'espèce, la juridiction nationale qui a ordonné une injonction sans préciser le mode de mise en œuvre (quel blocage) n'a pas la possibilité de vérifier si la mesure de mise en œuvre choisie par le fournisseur d'accès respecte la liberté d'information des utilisateurs (sauf en cas de contestation quant à la mesure de mise en œuvre). Pour garantir l'absence d'ingérence dans la liberté d'information, la Cour de justice se fait prescriptive à l'égard des États membres et réalise une «concordance pratique» des droits à travers un impératif procédural : «il est nécessaire que les règles nationales de procédure prévoient la possibilité pour les internautes de faire valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à internet», par suite de l'injonction imposée par le juge⁴⁶. Cette obligation procédurale imposée par la Cour de Luxembourg va assez loin dans la définition de la concordance concrète entre droits fondamentaux et obligera certains États à aménager, le cas échéant, les règles de procédure en cas de contrefaçon en ligne du droit d'auteur. On imagine difficilement la Cour de Strasbourg s'immiscer ainsi dans le détail de la procédure devant le juge national pour faire respecter en pratique la liberté d'expression.

Par ailleurs, selon les juges de Luxembourg, la protection du droit d'auteur au titre de la propriété (article 17, paragraphe 2, de la Charte) exige que les mesures prises par le fournisseur d'accès soient «suffisamment efficaces», c'est-à-dire qu'elles «doivent avoir pour effet d'empêcher ou, du moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'internet ayant recours aux services» du fournisseur d'accès de consulter ces objets. La Cour conclut que, même si les mesures ne sont pas susceptibles d'aboutir «à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle», elles n'en restent pas moins compatibles avec l'exigence d'un juste équilibre à trouver entre les droits fondamentaux au titre de l'article 52, paragraphe 1^{er}, *in fine*, de la Charte⁴⁷.

S'il est vrai que les mesures de blocage ne doivent pas «en faire trop» (elles doivent donc être «strictement ciblées» selon les termes de la Cour), elles doivent aussi «en faire assez»⁴⁸ (donc, être «suffisamment efficaces» selon les

⁴⁶ *Ibid.*, § 57.

⁴⁷ *Ibid.*, § 63. L'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte reprend un triple test de légalité, de légitimité et de proportionnalité similaire à celui de la Convention : «Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui».

⁴⁸ Comme le notait Q. Van Enis (*op. cit.*, p. 862), en matière de filtrage, «on risque toujours d'en faire trop et, dans le même temps, de ne pas en faire assez».

termes de la Cour). Or l'efficacité d'une sanction judiciaire est bien entendu toujours éminemment contestable, et plus encore en matière d'information sur internet. Toute mesure ordonnée par un juge pour contrôler une information, déjà en matière de médias traditionnels, est en effet difficile à faire respecter et facile à contourner⁴⁹. L'information (y compris un fichier musical sous forme numérique) est faite pour circuler, et son coût de circulation est plus réduit que jamais avec les réseaux. Sur internet plus qu'ailleurs, l'information « veut être libre » (traduction de la célèbre formule inventée par Stewart Brand : « information wants to be free »). Par rapport à cette qualité ou liberté inhérente de l'information, toute tentative par le droit de restreindre l'accès à une information est toujours « désespérée ». Cela n'empêche pas que les juges doivent rappeler certaines exigences de contrôle, par exemple en matière de droit d'auteur ou de « droit à l'oubli »⁵⁰, notamment afin de préserver la qualité de l'information disponible.

Conclusions

Rôle des juges de Strasbourg et de Luxembourg dans la pondération entre droit d'auteur et liberté d'expression sur internet

La jurisprudence de Luxembourg sur l'équilibre entre la protection de la propriété et de la liberté d'information fait apparaître assez timide la pondération opérée par la Cour de Strasbourg, qui montre une déférence plus grande, ou plus de retenue, par rapport aux juridictions nationales. Cette différence est liée aux contraintes différentes qui s'imposent à une juridiction européenne reposant sur une base conventionnelle ou sur une base supranationale.

⁴⁹ Le droit des médias abonde en exemples illustrant l'impossibilité d'une mise en œuvre rigoureuse des interdictions judiciaires et le malin plaisir que la presse prend à les contourner tout en respectant leur lettre.

⁵⁰ Le débat sur la mise en œuvre et l'efficacité du « droit à l'oubli » imposé par la Cour de justice (arrêt *Google c. AEPD et Mario Costeja González*, 13 mai 2014, C-131/12) illustre bien les difficultés inhérentes au respect du droit de contrôler dans une certaine mesure les informations mises en ligne (voy. un premier commentaire de cet arrêt par E. CRUYSMANS et A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données 'inadéquates, non pertinentes ou excessives' », *J.T.*, 2014, pp. 457-459). Depuis juin 2014, la stratégie suivie par Google pour appliquer l'arrêt (blocage seulement en cas d'interrogation à l'aide d'un site européen de Google, envoi d'une notification de déréférencement aux opérateurs de sites de médias en ligne, etc.) a pour effet de mettre en évidence les apories de ce droit de contrôler les informations.

La Cour européenne considère que sa fonction n'est pas de remplacer les juges nationaux, mais, comme la Grande Chambre l'a réaffirmé dans une affaire de droit de marques, « son rôle consist[e] surtout à s'assurer que les décisions de ces derniers ne sont pas entachées d'arbitraire ou d'irrationalité manifeste »⁵¹. Autrement dit, elle garantit les engagements des États résultant de la Convention, et notamment d'offrir aux parties en conflit des procédures judiciaires présentant toutes les garanties de la *rule of law*.

Cela ne l'a pas empêchée d'aller parfois plus loin dans des exercices de pondération entre parties privées impliquant, par exemple, le droit à la vie privée et la liberté d'expression⁵². Mais jusqu'à présent, la Cour fait preuve, comme en témoignent les arrêts et décisions *Ashby*, *The Pirate Bay* et *Akdeniz*, de davantage de réserve dans les pondérations impliquant le droit d'auteur et la liberté d'expression. Peut-être cela traduit-il une certaine réticence légitime de la Cour de Strasbourg à s'immiscer dans des conflits d'ordre commercial et patrimonial, plus éloignés de sa mission première. Inversement, sous la gouverne des juges strasbourgeois, des conflits relevant du droit privé sont néanmoins réinterprétés à la lumière d'intérêts protégés comme droits fondamentaux : un développement sans doute impensable il y a plus vingt ans pour les spécialistes du droit privé et de la propriété intellectuelle en particulier.

Dans *Ahmet Yildirim c. Turquie* et *Delfi c. Estonie*⁵³, deux autres arrêts rendus par la Cour européenne depuis fin 2012 en matière de liberté d'expression sur internet, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur d'autres mesures d'ingérence dans la liberté d'expression sur internet, respectivement des mesures pour outrage à un chef d'État et pour diffamation d'une personne morale.

Dans *Yildirim*, la mesure de blocage de l'accès à une publication sur internet (hébergée sur la plate-forme Google Sites) ne respectait pas la condition de prévisibilité de l'article 10, § 2. En fait, selon la procédure suivie en Turquie, un juge avait tout d'abord ordonné le blocage d'accès au site litigieux qui portait atteinte à la mémoire d'Atatürk, chargeant toutefois une autorité relevant de l'exécutif, la présidence de la télécommunication et de l'informatique, d'exécuter la décision, ce qu'elle avait fait en rendant l'ensemble de la plate-forme Google Sites inaccessible. Dans cette affaire introduite par un autre usager de

⁵¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Anheuser-Busch c. Portugal*, 11 janvier 2007, § 83.

⁵² Les trois arrêts, dont deux en Grande Chambre, dans *von Hannover c. Allemagne* en témoignent (Cour eur. dr. h., Gde Ch., *von Hannover c. Allemagne* (n° 1), 24 juin 2004 ; Gde Ch., *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), 7 février 2012 ; *von Hannover c. Allemagne* (n° 3), 19 octobre 2013).

⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012 (définitif) ; arrêt *Delfi AS c. Estonie*, 10 octobre 2013 (non définitif : une audience de Grande Chambre s'est récemment tenue).

Google Sites, dont les pages n'étaient plus accessibles à la suite de la mesure de blocage très large prise⁵⁴, la Cour s'arroge un pouvoir de censure, car le pouvoir d'appréciation laissé à un organe administratif pour ordonner un blocage de site semble pas ou peu délimité. Dans *Yildirim*, la nécessité de limiter l'effet intrusif direct de l'État dans la liberté d'expression sur internet explique pourquoi la Cour estime qu'il y a une ingérence non nécessaire. Il s'agit d'ailleurs d'un discours de type politique qui bénéficie de la protection maximale au titre de la liberté d'expression.

En revanche, la Cour de Strasbourg s'est montrée plus prudente dans l'affaire *Delfi*, où la mesure d'ingérence résultait d'une décision de juges estoniens pour diffamation d'une personne morale de droit privé. Ces juges avaient considéré que le gestionnaire d'un portail d'informations sur internet aurait dû prendre des mesures plus conséquentes pour éviter que des propos diffamant une société commerciale demeurent accessibles en ligne. Considérant que la restriction à la liberté d'expression est justifiée et proportionnée, la Cour fait preuve d'une (trop?) grande réserve dans l'affaire *Delfi*. Certes, contrairement à l'affaire *Yildirim*, des mesures préconisées par le pouvoir judiciaire, et non définies par un organe de l'exécutif, sont en cause dans *Delfi*. En outre, le discours condamné n'est pas d'ordre politique, ce qui réduit sa protection. Cette affaire étant actuellement pendante devant la Grande Chambre, on s'abstiendra donc d'en poursuivre l'analyse.

Depuis que la Charte des droits fondamentaux s'est vu confier la même force obligatoire que les Traités européens, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne montre une tendance plus nette à appliquer les droits fondamentaux dans le contexte de relations de droit privé, tout spécialement en matière de droit d'auteur. Contrairement aux juges de Strasbourg, les juges de Luxembourg estiment qu'il leur revient de réaliser les pondérations entre droits fondamentaux concurrents dans des litiges entre parties privées. Et le domaine économique n'est pas une terre étrangère pour les juges de Luxembourg. Certes, les mises en balance entre liberté d'expression et droit d'auteur laissent encore une certaine marge de manœuvre pour le juge national qui a posé les questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

⁵⁴ La Cour européenne semble donc distinguer le préjudice à la face active de la liberté d'expression (le droit de manifester ses opinions), lequel, selon l'arrêt *Yildirim*, permet au requérant d'être considéré comme victime d'une violation de la Convention, et le préjudice à la face passive de cette liberté (le droit d'accéder à l'information), lequel, selon la jurisprudence *Akdeniz* (voy. plus haut), est «collatéral» et exclut donc de pouvoir bénéficier du statut de victime d'une violation. Cette distinction est trop tranchée et n'est pas en phase avec la pondération réalisée par la Cour de justice.

Au fil du temps, la Cour semble néanmoins s'engager davantage dans la détermination des paramètres et conditions des balances à faire en matière de droits intellectuels⁵⁵. En tout cas, le chemin parcouru entre l'arrêt *Promusicae* (2008), qui laisse une large marge de manœuvre aux États membres dans la pondération entre protection de la vie privée et respect du droit d'auteur, et l'arrêt *UPC Telekabel* (2014), qui définit avec une assez grande précision les conditions des injonctions à l'encontre des intermédiaires, est révélateur d'un plus grand engagement de la Cour de justice dans le calibrage de la juste mesure afin de réaliser la «concordance pratique» des droits.



Le site internet de la revue propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaires», «n° 100 octobre 2014», cliquer ensuite sur le titre de l'article).

⁵⁵ A. Ohly anticipe ce développement de la jurisprudence de Luxembourg en matière de conflits entre les droits intellectuels et d'autres droits fondamentaux (*op. cit.*, p. 163).