

2017 : Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce

Benoît Michaux, Stéphanie Hermoye et Frédéric Lejeune

1. Introduction et objet de la contribution. Lorsque le titulaire d'un droit intellectuel envisage de mettre en cause des intermédiaires actifs dans l'environnement Internet, il ne peut se contenter de s'en référer aux dispositions de la Directive 2004/48 (Dir. « Enforcement »)¹ ou à celles de la Directive 2001/29 (Dir. « Infosoc »)². Il lui faut, en effet, également et nécessairement tenir compte des régimes de limitation de responsabilité prévus aux articles 12 à 14 de la Directive 2000/31 (Dir. « e-Commerce »)³ qui, en droit belge, sont transposés par le Chapitre 6 du Livre XII du Code de droit économique, intitulé « Responsabilité des prestataires intermédiaires ».

Ces régimes de limitation de responsabilité (communément appelés *safe harbour*) mettent, dans une certaine mesure et à certaines conditions, des catégories d'intermédiaires de l'Internet à l'abri de certains types d'actions et de procédures en justice. Tout l'exercice consiste à déterminer la mesure, les conditions et le type d'actions qui relèvent de ce privilège.

Vu l'incidence ainsi exercée par la Directive e-Commerce sur la Directive Enforcement et l'interférence entre ces deux directives, il nous a semblé intéressant de faire le point sur les régimes de limitation de responsabilité prévus aux articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce et d'examiner comment ceux-ci ont été appliqués, dans des cas concrets, par les cours et tribunaux de notre royaume.

Certes, la jurisprudence sur ces régimes de limitation de responsabilité n'est, en Belgique, pas très étoffée⁴, mais cela n'empêche pas de tirer néanmoins quelques enseignements.

2. Origine et *ratio legis* des limitations de responsabilité. Avant que la Directive e-Commerce ne soit adoptée en l'an 2000, les règles applicables dans les

¹ Dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

² Dir. 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

³ Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

⁴ Ce qui peut certainement s'expliquer par le fait que la plupart du temps, ce qui est plus essentiel et plus efficace pour les titulaires de droit de propriété intellectuelle vis-à-vis des intermédiaires est non pas de mettre en cause leur responsabilité, mais de solliciter leur concours (volontaire ou par injonction judiciaire) pour mettre fin aux actes de contrefaçon commis par des tiers utilisant leurs services (voy. not. l'art. 8.3 de la Dir. Infosoc et les art. 9 et 11 de la Dir. Enforcement).

différents États membres de l'Union européenne en matière de responsabilité des prestataires de services de l'information agissant en qualité d'intermédiaires étaient éminemment variables. Pour faciliter le développement des services transfrontaliers (*a fortiori* lorsqu'il est question de commerce électronique et d'Internet), il était dès lors devenu indispensable, à la fin des années 90, d'harmoniser ces règles à l'échelon européen⁵.

Les régimes de limitation de responsabilité, tels qu'adoptés par le législateur européen aux articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce, répondent à cette nécessité. Pour encourager le développement des services de la société de l'information (ce qui assurera corrélativement l'essor et la bonne marche du marché intérieur), il faut faciliter et encourager la fourniture de ces services en mettant, dans une certaine mesure, les intermédiaires techniques qui les fournissent à l'abri de responsabilité civile ou pénale. Il convient en effet de protéger ceux-ci de toute action en responsabilité en raison du contenu illégal ou illicite véhiculé par des tiers qui utilisent ou ont recours à leurs services, dans des circonstances où ces intermédiaires ne connaissent pas et ne contrôlent pas ledit contenu. À défaut, les risques juridiques en termes de responsabilité auraient été tels que les intermédiaires techniques auraient hésité à pénétrer le marché ou l'auraient fait en mettant en place des conditions d'utilisation à ce point strictes qu'elles auraient pu mettre en péril ou compromettre les droits et libertés de leurs utilisateurs⁶.

3. Des limitations de responsabilité. Les articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce prévoient des limitations de responsabilité.

Le terme *responsabilité* est central, si bien qu'il est essentiel d'en situer correctement la portée. Il vise « tant la responsabilité civile que pénale » de l'intermédiaire technique, et ce, pour « tous types d'activités illégales »⁷.

L'approche est dite « horizontale »⁸ : les intermédiaires, pour autant qu'ils satisfassent à l'ensemble des conditions de l'article 12, 13 ou 14 de la Directive

⁵ Cons. 40 Dir. e-Commerce : « Les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence. Les prestataires des services ont, dans certains cas, le devoir d'agir pour éviter les activités illégales ou pour y mettre fin. La présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible. Il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu'ils soient encouragés par les États membres. Il est dans l'intérêt de toutes les parties qui participent à la fourniture de services de la société de l'information d'adopter et d'appliquer de tels mécanismes. Les dispositions de la présente directive sur la responsabilité ne doivent pas faire obstacle au développement et à 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, dans le respect des limites établies par les directives 95/46/CE et 97/66/CE ».

⁶ *Concise European IT Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 248, n° 1.

⁷ Premier rapport sur l'application de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), COM(2003) 702 final, p. 13.

⁸ *Ibid.*, p. 13.

e-Commerce, sont exonérés de responsabilité civile et pénale, peu importe la nature de l'activité illégale ou du fait illicite (diffamation, pédopornographie, violation d'un droit de propriété intellectuelle, etc.).

La responsabilité pénale n'appelle pas de commentaire particulier, tandis que la responsabilité civile génère plus d'incertitudes et suscite des réflexions nuancées.

A priori, il nous paraît que la responsabilité contractuelle doit être exclue et que c'est uniquement la responsabilité (quasi) délictuelle qui est visée par les articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce, dès lors que si l'intermédiaire technique a souscrit à un engagement contractuel particulier avec la personne lésée et que c'est sur la base de cet engagement contractuel que l'intermédiaire technique voit sa responsabilité engagée, l'intermédiaire sera tenu par ledit engagement. Les articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce ne devraient dès lors pas pouvoir servir d'alibi à la non-exécution ou à la mauvaise exécution contractuelle de l'intermédiaire technique⁹.

Par ailleurs, il nous semble que les articles 12 à 14 ne concernent que la *responsabilité* proprement dite et non les autres formes de demandes, prétentions et/ou fondements civil(e)s – fussent-ils financiers ou monétaires. Si la personne lésée s'adresse à l'intermédiaire ou agit contre lui pour obtenir autre chose que la mise en cause de sa responsabilité, les articles 12 à 14 ne seront, à notre estime, d'aucun secours à cet intermédiaire. Par ailleurs, la responsabilité suppose un caractère indemnitaire, comme l'a très récemment indiqué la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Mc Fadden*, C-484/14 (pt 75) : « Il s'ensuit que, lorsque lesdites conditions sont remplies, la responsabilité d'un prestataire fournissant l'accès à un réseau de communication n'est pas engagée et, partant, il est en toute hypothèse exclu que le titulaire d'un droit d'auteur puisse demander à ce prestataire de services une indemnisation au motif que la connexion à ce réseau a été utilisée par des tiers pour violer ses droits ». Par voie de conséquence, et *a contrario*, si la demande n'est pas indemnitaire (même si elle tend à l'obtention d'une somme d'argent), il nous paraît douteux qu'il soit question d'une mise en cause de la responsabilité de l'intermédiaire et que les articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce puissent être valablement opposés par celui-ci.

Enfin, les articles 12 à 14 ne font – à l'évidence – pas obstacle à la possibilité d'obtenir à l'encontre d'un intermédiaire une injonction qui, sans mettre en cause sa responsabilité, lui imposera de mettre un terme à la violation d'un droit subjectif ou à un comportement fautif réalisé par un tiers via ses services. Cette possibilité est, de façon horizontale, prévue par les articles 12, 13 et 14 *in fine*. En matière de propriété intellectuelle, cette règle est par ailleurs spécifiquement répétée aux articles 9 et 11 de la Directive Enforcement, ainsi qu'à l'article 8.3 de la Directive Infosoc. Nous nous contenterons, à ce sujet,

⁹ Voy. toutefois R. JULIA-BARCELO, E. MONTERO et A. SALAÜN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », in *Le commerce électronique, le temps des certitudes*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 34, selon lesquels « dans la majorité des cas, l'on aura affaire à une responsabilité délictuelle [...] Mais on ne peut exclure qu'en une série d'hypothèses, une responsabilité puisse être engagée sur le terrain contractuel ».

de citer les arrêts *UPC Telekabel* (C-314/12)¹⁰ et *Mc Fadden* (C-484/14)¹¹ de la Cour de justice de l'Union européenne et de renvoyer, pour le surplus, à la contribution de Karel Janssens parue dans le présent ouvrage.

4. Des limitations de responsabilité pour le (seul) fait des tiers (principe). À la lumière des développements qui précèdent et, en particulier, de la *ratio legis* ci-avant resituée, il ne faut jamais perdre de vue que c'est en raison et par rapport au fait des *tiers* que les intermédiaires techniques visés par les articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce se voient accorder des limitations de responsabilité.

5. Le Premier rapport de la Commission sur l'application de la Directive e-Commerce y insiste : « *[Ces limitations de responsabilité] sont établies de manière horizontale, c'est-à-dire qu'elles couvrent la responsabilité tant civile que pénale de tous les types d'activités illégales émanant de tiers* »^{12 13}.

¹⁰ Dispositif, pts 1 et 2 : « L'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens qu'une personne qui met à la disposition du public sur un site Internet des objets protégés sans l'accord du titulaire de droits, au sens de l'article 3, paragraphe 2, de cette directive, utilise les services du fournisseur d'accès à Internet des personnes qui consultent ces objets, lequel doit être considéré comme un intermédiaire au sens de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29. Les droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'il soit fait interdiction, au moyen d'une injonction prononcée par un juge, à un fournisseur d'accès à Internet d'accorder à ses clients l'accès à un site Internet mettant en ligne des objets protégés sans l'accord des titulaires de droits, lorsque cette injonction ne précise pas quelles mesures ce fournisseur d'accès doit prendre et que ce dernier peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de ladite injonction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables, à condition cependant que, d'une part, les mesures prises ne privent pas inutilement les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles et, d'autre part, que ces mesures aient pour effet d'empêcher ou, au 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 destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle, ce qu'il appartient aux autorités et aux juridictions nationales de vérifier ».

¹¹ Dispositif, pt 6 : « L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2000/31, lu en combinaison avec l'article 12, paragraphe 3, de cette directive, doit être interprété, compte tenu des exigences découlant de la protection des droits fondamentaux, ainsi que des règles prévues par les directives 2001/29 et 2004/48, en ce sens qu'il ne s'oppose pas, en principe, à l'adoption d'une injonction qui, telle que celle en cause au principal, exige d'un fournisseur d'accès à un réseau de communication permettant au public de se connecter à Internet, sous peine d'astreinte, qu'il empêche des tiers de mettre à la disposition du public, au moyen de cette connexion à Internet, une œuvre déterminée ou des parties de celle-ci protégées par le droit d'auteur, sur une bourse d'échanges Internet (peer-to-peer), lorsque ce fournisseur a le choix des mesures techniques à adopter pour se conformer à cette injonction, même si ce choix se réduit à la seule mesure consistant à sécuriser la connexion à Internet au moyen d'un mot de passe, pour autant que les utilisateurs de ce réseau soient obligés de révéler leur identité afin d'obtenir le mot de passe requis et ne puissent donc pas agir anonymement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

¹² Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), préc., p. 13. Nous soulignons.

¹³ Voy. égal. le Rapport de la Commission à propos de l'application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, COM(2010) 779 final, p. 7 : « Les fournisseurs de services internet influencent également de manière fondamentale la manière dont fonctionne l'environnement en ligne. Ils fournissent l'accès à l'internet et relient entre eux les réseaux, hébergent les sites web et les serveurs. En tant qu'intermédiaires entre tous les utilisateurs de l'internet et les titulaires de droits d'auteurs, ils se retrouvent souvent dans une situation compromettante en raison des actes illégaux commis par leurs clients. C'est pourquoi la législation de l'UE contient déjà des dispositions spécifiques limitant la responsabilité des fournisseurs de services internet dont les services sont utilisés pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle » (nous soulignons).

De très nombreux auteurs confirment ce principe¹⁴.

Ceci implique que ces intermédiaires ne bénéficient pas d'exonération pour leur fait propre (fût-il mêlé au fait des tiers).

6. Des limitations de responsabilité pour le (seul) fait des tiers (confirmation par l'arrêt *L'Oréal c. eBay*, C-324/09). La distinction fondamentale exposée dans le paragraphe précédent entre le fait des tiers et le fait propre de l'intermédiaire nous paraît avoir été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *L'Oréal c. eBay* (C-324/09) en matière de marques.

Dans cette affaire, l'intermédiaire en cause était eBay, célèbre exploitant d'une place de marché en ligne, dont les prestations litigieuses consistaient à fournir des services d'hébergement au sens de l'article 14 de la Directive e-Commerce, et qui bénéficie par là même de l'exonération de responsabilité (partielle et conditionnelle) prévue audit article 14.

En l'espèce, eBay était accusé de porter atteinte, via sa place de marché, à des marques appartenant à la société L'Oréal, en raison de l'affichage sur la place de marché d'eBay, de signes identiques ou similaires aux marques de L'Oréal.

Dans son arrêt, la Cour de justice opère une distinction entre deux questions : d'une part, eBay est-il personnellement responsable d'une atteinte aux marques invoquées par L'Oréal (fait propre) et, d'autre part, eBay est-il responsable en raison d'une atteinte aux droits des marques invoqués par L'Oréal commise par ses clients utilisant sa place de marché (fait des tiers) ?

La Cour de justice examine tout d'abord la question de savoir si eBay porte personnellement atteinte aux droits des marques invoqués par L'Oréal à l'aune de la seule législation applicable aux droits des marques (pts 101 et 102 de l'arrêt) et ne fait, dans le cadre de cet examen, aucune référence à la Directive e-Commerce. Cette position de la Cour de justice tend à indiquer que, pour elle, un intermédiaire comme eBay est susceptible de porter personnellement atteinte à un droit de marque (et, plus généralement, à un droit de propriété intellectuelle), en dépit du fait qu'il bénéficie par ailleurs d'une exonération de responsabilité en vertu de la Directive e-Commerce et qu'il ait été assigné pour des actes commis dans le cadre son activité d'intermédiaire visée par la Directive e-Commerce. Corrélativement, cela signifie que la limitation de responsabilité

¹⁴ Voy. entre beaucoup d'autres : A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001, p. 140, n° 25 ; Ch. DE PRETER, « Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor de dienstverlener », in *Elektronische handel - Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 214-215, n° 4 ; A. BÜLLEBACH, Y. POULLET et C. PRINS, *Concise European IT Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 248, n° 1 ; Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'internet présidée par Pierre Sirinelli*, 2007-2008, disponible sur www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux-du-CSPLA/Commissions-specialisees, p. 32 ; P. VAN EËCKE (dir.), *Recht & elektronische handel*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 363 ; A. CRUQUENAIRE, J.-F. HENROTTE et D. PHILIPPE, « Droit des contrats – Responsabilité des acteurs d'Internet », in *Social media : le droit ou l'anarchie ?*, Actes de la journée d'étude de l'Institut des juristes d'entreprise (IJE), 15 novembre 2012, coll. Le droit des affaires en évolution, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 192, n° 2 ; F. LEJEUNE, « Réutilisation et communication au public en ligne, les internautes pris pour cibles ? », *Auteurs & Media*, 2013, p. 164.

prévue par la Directive e-Commerce ne s'applique pas aux actes personnels ou aux faits propres de l'intermédiaire en question.

La Cour de justice traite ensuite de la question de savoir si eBay peut être tenu responsable des atteintes à la marque commises par ses clients. Cette fois-ci, puisqu'il n'est plus question d'examiner la responsabilité d'eBay pour un fait personnel, mais pour le fait des tiers, la Cour de justice se réfère à la Directive e-Commerce¹⁵.

Dans cet arrêt, la Cour de justice a donc, à notre avis, situé l'exacte portée des limitations de responsabilité prévues par la Directive e-Commerce : ces limitations ne bénéficient à l'intermédiaire technique que pour et à concurrence du fait des utilisateurs de ses services, et *a contrario* elles ne lui bénéficient pas pour son fait propre ou personnel – ce fait propre fût-il posé dans le cadre des activités techniques de l'intermédiaire visées par les articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce. L'acte propre ou personnel de l'intermédiaire doit être évalué, dans chaque cas particulier, sans référence à la Directive e-Commerce, à l'aune des législations spécifiques applicables au droit intellectuel en cause dont la violation est invoquée. Si un comportement de l'intermédiaire technique peut être qualifié d'acte de contrefaçon au sens des législations sur la propriété et que cet acte peut être imputé à l'intermédiaire à la lumière de ces législations, l'intermédiaire ne pourra donc pas s'en exonérer sur la base de la Directive e-Commerce.

7. Des limitations de responsabilité pour le fait *illicite* ou *illégal* commis par un tiers. Les limitations de responsabilité ne profitent aux intermédiaires techniques que pour et en raison du fait *illicite* ou *illégal* des tiers.

Sur le plan théorique, cette précision peut paraître triviale ou aller de soi, mais dans la pratique elle est susceptible de générer des effets d'une importance considérable. En effet, et le professeur Frank Gotzen a été, à notre connaissance, l'un des premiers auteurs de doctrine à le suggérer, un intermédiaire technique – réalisant pourtant l'une des activités visées aux articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce – pourrait voir sa responsabilité engagée à la suite du fait *licite* ou *légal* du tiers utilisateur de ses services¹⁶, car en ce cas, les limitations de responsabilité visées aux articles 12 à 14 ne trouveraient pas à s'appliquer. L'hypothèse visée par le professeur Gotzen est la suivante : l'acte (propre) de l'intermédiaire, subséquent ou mêlé au fait (licite ou légal) du tiers, tombe sous un droit de propriété intellectuelle et l'intermédiaire n'a pas obtenu l'autorisation du titulaire du droit de propriété intellectuelle pour poser cet acte.

La solution envisagée par le professeur Gotzen en pareille hypothèse rejoint en réalité la réflexion que nous avons développée *supra* (au n° 4) laquelle a, selon

¹⁵ Pt 104 de l'arrêt : « Dans la mesure où il permet à ses clients de faire cet usage, le rôle de l'exploitant de la place de marché en ligne ne saurait être apprécié au regard des dispositions de la directive 89/104 et du règlement n° 40/94, mais doit être examiné sous l'angle d'autres règles de droit, telles que celles énoncées dans la directive 2000/31, en particulier à la section 4 du chapitre II de celle-ci, qui porte sur la 'responsabilité des prestataires intermédiaires' dans le commerce électronique et qui réunit les articles 12 à 15 de cette directive ».

¹⁶ F. GOTZEN, *Auteursrecht*, Programme de maîtrise en droit de la propriété intellectuelle, 2016-2017, KU Leuven campus Bruxelles, pp. 98-99.

nous, été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay* (C-324/09), à savoir : dès lors que le fait propre de l'intermédiaire tombe sous une législation en matière de propriété intellectuelle, peu importe que cet acte fasse suite ou soit mêlé au fait des tiers, cet acte – parce qu'il est personnel à l'intermédiaire – (i) ne tombe pas sous les limitations de responsabilité prévues aux articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce, (ii) relève de la seule législation en matière de propriété intellectuelle applicable et (iii) est donc soumis à l'autorisation préalable du titulaire de droit propriété intellectuelle ; à défaut d'obtenir pareille autorisation, le titulaire pourra notamment¹⁷ agir en responsabilité pour contrefaçon contre l'intermédiaire.

8. Application et non-application des limitations de responsabilité – Mécanisme et conséquences. Si l'ensemble des conditions prévues par l'un des articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce est respecté, l'intermédiaire ne peut tout simplement pas voir sa responsabilité civile et/ou pénale engagée pour et en raison du fait des tiers ayant utilisé ses services de façon illégale ou illicite.

À l'inverse, et ce point mérite une attention particulière, à supposer que ni l'article 12, ni l'article 13, ni l'article 14 de la Directive e-Commerce ne trouvent à s'appliquer, cela ne veut pas dire pour autant que l'intermédiaire concerné est *ipso facto* responsable pour le fait illicite ou illégal commis par le tiers utilisant ses services. La non-application des articles 12, 13 et 14 de la Directive e-Commerce signifie tout au plus que l'intermédiaire est privé du privilège lié au *safe harbour* de principe prévu par la Directive e-Commerce, à savoir une mise à l'abri automatique de responsabilité pour le fait illicite ou illégal du tiers utilisant ses services. Par conséquent, pour qui veut engager la responsabilité d'un intermédiaire en pareille situation, il reste à prouver, conformément au droit national, que les conditions positives pour engager la responsabilité de l'intermédiaire en raison du fait du tiers sont réunies. En particulier, en droit belge, il faudra établir une faute de l'intermédiaire, un dommage et un lien causal.

9. Les activités visées par les articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce. Est d'abord visée, à l'article 12, l'activité de simple transport, à savoir celle qui consiste à fournir l'accès à un réseau de communication (comme, par exemple, Internet) et/ou à transmettre sur un réseau de communication des informations fournies par un tiers (l'abonné du simple transporteur). Sont, au premier chef, concernés par cette limitation de responsabilité les fournisseurs d'accès à Internet, les fournisseurs d'infrastructures et les *backbone providers*¹⁸, c'est-à-dire les organisations fournissant un accès à des lignes de transmission haut débit permettant de connecter l'utilisateur à Internet.

Vient ensuite à l'article 13, l'activité dite de *caching*, c'est-à-dire l'activité consistant à stocker, de façon automatique, intermédiaire et temporaire, des

¹⁷ Le terme « notamment » se justifie par le fait que d'autres actions ou d'autres prétentions pourraient être envisagées contre l'intermédiaire.

¹⁸ Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », in *Les réseaux sociaux et le droit* (M. SALMON (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 129, n° 6.

informations fournies par un tiers (l'utilisateur des services de l'intermédiaire), dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de ces informations par d'autres tiers (d'autres utilisateurs des services de l'intermédiaire).

Enfin, l'article 14 couvre l'activité d'hébergement, c'est-à-dire l'activité consistant à stocker des informations fournies par un tiers (l'utilisateur des services de l'hébergeur). À l'instar du *caching*, l'activité d'hébergement a donc pour objet le stockage d'informations fournies par un tiers. Toutefois, ce qui distingue ces deux activités est que le *caching* vise un acte de stockage temporaire et accessoire à une transmission afin de rendre celle-ci plus efficace, tandis que l'hébergement couvre le stockage de façon autonome, sans qu'il n'y ait (nécessairement) de rattachement entre ce stockage et une transmission ultérieure. Le stockage visé à l'article 14 a, par ailleurs, vocation à s'inscrire (davantage) dans la durée¹⁹ (ce qui ne peut être le cas du stockage visé par l'art. 13). Songeons à l'hébergement d'un site Web : le stockage des fichiers constituant le site Web et ses différentes pages est, à l'évidence, appelé à persister.

10. Les conditions d'application des articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce. Outre les précisions formulées dans les paragraphes qui précèdent et qui valent pour chacun des articles 12, 13 et 14 de la Directive e-Commerce, la seule (autre) condition commune à ces articles réside dans le fait que, pour pouvoir bénéficier des régimes de limitation de responsabilité, l'intermédiaire doit revêtir la qualité de fournisseur de service de la société de l'information, c'est-à-dire qu'il doit procurer un « service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services »²⁰. En conséquence, la personne qui réaliserait un acte correspondant à du simple transport, du *caching* ou à de l'hébergement en dehors ou en marge de la fourniture d'un service de la société de l'information risquerait de ne pas pouvoir bénéficier des dispositions de l'article 12, 13 ou 14 de la Directive e-Commerce, à défaut pour cette personne d'être un fournisseur de service de l'information. L'hypothèse peut, de prime abord, paraître théorique, mais elle est parfaitement susceptible de se présenter en pratique, la question s'étant d'ailleurs posée dans l'affaire *Mc Fadden*, C-484/14 (voy. à ce sujet *infra*, n° 9.2).

11. En sus de cette première condition commune, le simple transporteur devra, pour bénéficier de la limitation de responsabilité visée à l'article 12, (i) ne pas être à l'origine de la transmission ; (ii) ne pas sélectionner le destinataire de la transmission ; et (iii) ne pas sélectionner ni modifier les informations faisant l'objet de la transmission. Ces trois conditions sont cumulatives²¹.

¹⁹ Voy. le pt 63 de l'arrêt *Mc Fadden*, C-484/14 : « Cela étant, le service fourni par l'hébergeur d'un site Internet, qui consiste dans le stockage d'informations, s'inscrit dans la durée [...] ».

²⁰ Cons. 17 Dir. e-Commerce.

²¹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 1050, n° 1393 ; Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », *op. cit.*, p. 129, n° 6.

12. L'intermédiaire effectuant du *caching* devra, pour bénéficier de la limitation de responsabilité visée à l'article 13, respecter cinq conditions cumulatives : (i) ne pas modifier l'information fournie par le tiers utilisateur de ses services, (ii) se conformer aux conditions d'accès à l'information, (iii) se conformer aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises, (iv) ne pas entraver l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et (v) agir promptement pour retirer l'information stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

13. Pour l'activité d'hébergement, le régime est quelque peu différent. En effet, les conditions d'application de la limitation de responsabilité de l'hébergeur pour le fait des tiers visée à l'article 14 ne sont pas cumulatives, mais alternatives ou en cascade.

Cet article prévoit, tout d'abord, que l'hébergeur bénéficie de la limitation de responsabilité lorsque celui-ci ignore les activités ou informations illégales ou illicites qu'il héberge, plus spécifiquement « à condition que : le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ».

Il prévoit ensuite que si l'hébergeur a ou acquiert connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou de faits qui rendent cette illicéité apparente, il ne conserve le bénéfice de l'exonération de responsabilité que pour autant qu'il agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossibles.

Il est ainsi intéressant de relever ici une différence majeure entre le simple transport visé à l'article 12 et l'hébergement visé à l'article 14. En matière de simple transport, le bénéfice de l'exonération de responsabilité n'est pas affecté par une (prise de) connaissance par l'intermédiaire du contenu illicite ou illégal – hormis les cas particuliers où l'intermédiaire serait à l'origine du contenu, ou l'aurait sélectionné ou modifié, ou aurait sélectionné le destinataire ; il est vrai qu'en principe, celui qui effectue une activité de simple transport, ignore généralement les caractéristiques de chaque contenu qu'il transporte²². Par contraste, en matière d'hébergement, la (prise de) connaissance du contenu est une chose courante, voire présumée, dans certains cas, et ce critère est cardinal pour exclure l'exonération de responsabilité prévue à l'article 14. Comme nous le verrons *infra* (n° 10.4), la Cour de justice dans l'arrêt *Mc Fadden*, C-484/14,

²² Cela étant, si l'intermédiaire est à l'origine de l'information, ou s'il la sélectionne ou la modifie, ou s'il sélectionne le destinataire, il perd le bénéfice du privilège, ainsi que le précise l'art. 12.

a comparé les activités de simple transport et d'hébergement et s'est expliquée sur les raisons de cette différenciation²³.

14. Article 12 : le simple transport – jurisprudence. À notre connaissance, aucune décision n'a encore été publiée en Belgique sur la portée de l'article 12 et sur le simple transport. Cela dit, à l'échelle européenne, l'arrêt *Mc Fadden*, C-484/14, qui a traité et répondu à plus de dix questions préjudicielles en lien avec le sujet, mérite une lecture attentive tant il est riche en enseignements²⁴.

15. À l'origine de cette affaire, les faits se présentent comme suit. Monsieur Mc Fadden est un commerçant qui, pour attirer les clients dans son établissement, leur met à disposition une connexion Internet wifi, accessible gratuitement et sans restriction. Il est clairement établi que monsieur Mc Fadden ne maîtrise pas l'utilisation que ses clients font de la connexion wifi ainsi mise à leur disposition. Un jour, une œuvre musicale protégée par le droit d'auteur transite par sa connexion wifi et est subséquemment mise à la disposition d'un nombre illimité d'internautes via un site de partage en ligne. Monsieur Mc Fadden décide alors de soumettre lui-même à son juge national la question de sa propre responsabilité par une action déclaratoire négative.

Au cours des débats, la question se pose de savoir si le commerçant qui offre une connexion wifi à ses clients est ou non responsable des faits illicites commis par ses clients via cette dernière ; et si, le cas échéant, ce commerçant peut être considéré comme un simple transporteur au sens de l'article 12 de la Directive e-Commerce et, de ce fait, bénéficier de la limitation de responsabilité visée par ledit article.

16. Sur le plan des principes, cette affaire revêt un premier intérêt en ce qu'elle révèle que la qualité de simple transporteur est susceptible d'être attribuée à d'autres que les grands fournisseurs d'accès à Internet traditionnels – c'est-à-dire ceux qui fournissent l'accès primaire à Internet – tels que des petits opérateurs locaux qui fourniraient un accès à Internet en aval de ceux-là.

Face à une telle étendue de la notion de simple transporteur, la Cour de justice pose cependant certaines limites. Pour pouvoir bénéficier de la qualité de simple transporteur au sens de l'article 12 de la Directive e-Commerce, il faut, souligne-t-elle, fournir « un service de la société de l'information », ce qui suppose une activité économique.

Dans l'affaire *Mc Fadden*, la difficulté provenait de ce que l'accès au wifi proposé par le commerçant l'était, bel et bien, dans le cadre de ses activités économiques, mais cependant à titre gratuit. La Cour de justice confirme qu'en principe, un service de la société de l'information au sens de l'article 12

²³ Pts 61 à 64 de l'arrêt.

²⁴ À propos de cet arrêt *Mc Fadden*, voy. égal. H. HAOUIDEQ et S. DEBAENE, « Wi-Fi public ouvert et téléchargement illégal : protection et obligations du fournisseur d'accès », *RDTI*, 2016, pp. 140 et s. ; J. CLINCK, « Verdere verduidelijkingen van het Hof van Justitie over de aansprakelijkheid van aanbieders van doorgeefluik-diensten », *A&M*, 2016/3, pp. 260 et s.

de la Directive e-Commerce est uniquement un service fourni contre rémunération²⁵. Toutefois, précise la Cour, si le service de la société de l'information est fourni à titre gratuit, mais « à des fins publicitaires », pour attirer le chaland dans le but d'ensuite lui vendre d'autres biens ou services, il faut considérer que le coût de ce service – en apparence gratuit – est intégré dans le prix des autres biens ou services vendus²⁶. Sur la base de ce raisonnement, la Cour de justice estime que monsieur Mc Fadden est bien un fournisseur de « service de la société de l'information » au sens de l'article 12 de la Directive e-Commerce.

A contrario, il nous paraît toutefois que si un particulier donne – consciemment ou inconsciemment – accès à la connexion wifi privée de son domicile, cette personne ne pourra pas être considérée comme un simple transporteur. Dans ce cas, la fourniture de l'accès à Internet ne sera en effet pas réalisée, ni à titre principal ni à titre accessoire, ni de façon directe ni de façon indirecte, dans le cadre d'une activité économique. Il n'y aura donc pas simple transport, à défaut d'y avoir fourniture d'un service de la société de l'information. Il n'y aura donc pas non plus exonération de responsabilité au sens de l'article 12, de sorte que le droit commun de la responsabilité s'appliquera à la personne qui aura laissé se connecter des amis ou – peut-être par négligence – des inconnus, lesquels utiliseront cette connexion Internet pour commettre des actes illicites. Paradoxalement, donc, les actes réalisés hors du cadre économique pourraient mener à une situation moins favorable pour celui qui – fût-ce inconsciemment – donne à des tiers l'accès libre et gratuit à sa connexion Internet.

17. Dans *Mc Fadden*, une deuxième question était de savoir si l'activité de simple transport suppose une relation contractuelle entre l'intermédiaire et l'utilisateur de ses services et/ou si elle exige que l'intermédiaire effectue de la publicité pour son service.

La Cour de justice répond négativement à cette question, estimant notamment qu'« il ne ressort ni des autres dispositions de la directive 2000/31 ni des objectifs poursuivis par celle-ci que la fourniture d'un accès à un réseau de communication doit satisfaire à des exigences supplémentaires, telles que l'existence d'une relation contractuelle entre le destinataire et le prestataire de ce service ou que ce dernier mette en œuvre des moyens publicitaires pour promouvoir ladite prestation »²⁷.

18. La Cour de justice se penche, dans un troisième temps, sur la question de savoir si, pour pouvoir bénéficier ou conserver le bénéfice de la limitation de responsabilité prévue par l'article 12, le simple transporteur doit, dès qu'il en a connaissance, agir promptement pour retirer ou empêcher l'accès à une information illicite ou illégale. La Cour y répond par la négative.

²⁵ Pts 39 à 41.

²⁶ Pts 42 à 44.

²⁷ Pts 46 à 55.

La Cour de justice constate d'abord que cette condition s'applique expressément à l'hébergeur (art. 14), alors qu'elle ne figure pas dans le texte légal pour le simple transporteur (art. 12)²⁸.

Poursuivant son raisonnement, la Cour se livre ensuite à une comparaison entre l'activité d'hébergement et l'activité de simple transport dans le but d'expliquer pourquoi l'hébergeur a l'obligation d'intervenir pour retirer ou rendre inaccessible l'information illicite alors que le simple transporteur ne l'a pas. Selon la Cour : « [...] le service fourni par l'hébergeur d'un site Internet, qui consiste dans le stockage d'informations, s'inscrit dans la durée. Par conséquent, cet hébergeur peut être conduit à prendre connaissance du caractère illicite de certaines des informations qu'il stocke à un moment ultérieur à celui où il est procédé à ce stockage et où il est toujours en mesure d'entreprendre une action visant à les retirer ou à rendre impossible leur accès. En revanche, s'agissant d'un fournisseur d'accès à un réseau de communication, le service de transport des informations qu'il fournit ne se prolonge normalement pas dans le temps, de telle sorte que, après avoir transmis des informations, il n'exerce plus aucun contrôle sur celles-ci. Dans ces conditions, le fournisseur d'accès à un réseau de communication, contrairement à l'hébergeur d'un site Internet, n'est, souvent, pas en mesure d'entreprendre, à un moment ultérieur, d'actions visant à retirer certaines informations ou à rendre impossible l'accès à ces dernières »²⁹.

Cette dernière motivation ne convainc que partiellement. Certes, comme l'observe la Cour, le simple transporteur serait à l'évidence incapable d'annuler les effets d'une transmission (d'un contenu illicite) qui aurait déjà été effectuée. En revanche, il reste en mesure d'entreprendre des actions visant à empêcher, pour le futur, un accès aux informations litigieuses. D'ailleurs, la Cour semble reconnaître à demi-mot, que s'il y a le plus souvent incapacité à agir « dans le cadre du service de transport », cette incapacité ne se vérifie pas nécessairement dans tous les cas ; en tout cas, elle ne se vérifie pas dans le cadre du service d'accès.

19. Les questions de la juridiction de renvoi étant vraisemblablement redondantes, la Cour de justice est, dans un quatrième temps, amenée à réaffirmer que l'article 12 de la Directive e-Commerce contient dans son libellé l'ensemble de ses conditions d'application et qu'aucune autre condition d'application ne doit être rencontrée pour déclencher l'application du régime de limitation de responsabilité au profit des simples transporteurs : « Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre aux septième et huitième questions que l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2000/31, lu en combinaison avec l'article 2, sous b), de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il n'existe pas d'autres exigences, en dehors de celle mentionnée à cette disposition, auxquelles le prestataire de services fournissant l'accès à un réseau de communication est soumis »³⁰.

²⁸ Pts 59 et 60 de l'arrêt.

²⁹ Pts 63 et 64 de l'arrêt.

³⁰ Pts 67 à 72 de l'arrêt.

20. La Cour de justice se penche alors sur la triple question de savoir si le titulaire d'un droit d'auteur peut, nonobstant l'article 12 de la Directive e-Commerce, demander au simple transporteur, dont les services ont été utilisés par un tiers pour commettre une atteinte à son œuvre, (i) l'interdiction de la poursuite de cette atteinte, (ii) une indemnisation et (iii) le paiement des frais de mise en demeure et des frais de justice (les dépens).

La Cour de justice commence par la question de l'indemnisation. Fort logiquement, la Cour rappelle que si les conditions expressément prévues à l'article 12 (et rien que ces conditions) sont réunies, le simple transporteur ne peut pas être tenu responsable des informations illicites ou illégales ayant transité, à l'initiative d'un tiers, par son réseau³¹. Par conséquent, décide la Cour, « il est en toute hypothèse exclu que le titulaire d'un droit d'auteur puisse demander à ce prestataire de services une indemnisation au motif que la connexion à ce réseau a été utilisée par des tiers pour violer ses droits »³². Par ricochet, s'agissant des frais et dépens, la Cour décide qu'il est également exclu que « le titulaire d'un droit d'auteur puisse demander le remboursement des frais de mise en demeure ou de justice exposés aux fins de sa demande d'indemnisation »³³.

La Cour expose ensuite³⁴ que la limitation de responsabilité prévue par l'article 12 n'empêche nullement l'imposition d'une injonction à l'encontre de l'intermédiaire comme le prévoit expressément l'article 12 *in fine*³⁵. La Cour prolonge son raisonnement et estime, s'agissant des frais et dépens, que s'ils sont liés à une demande d'injonction à l'encontre de l'intermédiaire, ils peuvent être mis à charge de l'intermédiaire qui se voit imposer une injonction : « Par voie de conséquence, il doit être considéré que, pris isolément, l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2000/31 n'exclut pas non plus que cette même personne puisse demander le remboursement des frais de mise en demeure et de justice exposés à l'occasion d'une demande, telle que celle évoquée au point précédent »³⁶.

Pour résumer la substance de la décision :

- l'article 12 de la Directive e-Commerce s'oppose à une mise en cause de la responsabilité du simple transporteur pour le fait illicite du tiers et à une demande d'indemnisation dirigée contre le simple transporteur pour ce même fait ;
- l'article 12 de la Directive e-Commerce ne s'oppose pas à une demande d'injonction dirigée contre le simple transporteur pour mettre un terme au fait illicite du tiers utilisant les services du simple transporteur et, en particulier, pour mettre un terme à une violation d'un droit de propriété intellectuelle ;

³¹ Pts 74 et 75 de l'arrêt.

³² Pt 75.

³³ Pt 76.

³⁴ Aux pts 77 et 78 de l'arrêt.

³⁵ Cette possibilité d'obtenir une injonction est, comme nous l'avons déjà indiqué *supra*, également prévue par les art. 9 et 11 de la Dir. Enforcement, ainsi que par l'art. 8.3 de la Dir. 2001/29.

³⁶ Pt 79.

- s'agissant des frais et dépens, l'article 12 de la Directive permet ou ne permet pas de les récupérer à charge du simple transporteur selon que ces frais et dépens sont liés à une demande d'injonction (oui) ou à une demande en responsabilité (non) ; en quelque sorte, l'accessoire suit le principal.

Bien que la Cour de justice ne l'ait pas précisé, il nous paraît que les trois règles qui précèdent sont applicables *mutatis mutandis* aux articles 13 et 14 de la Directive e-Commerce.

21. Enfin, la Cour de justice se penche sur le type d'injonction qui pourrait être imposé à monsieur Mc Fadden en sa qualité de simple transporteur afin d'empêcher que de nouvelles atteintes à des droits d'auteur soient commises par les tiers utilisant sa connexion wifi.

Cette question, même si elle ne concerne pas directement la responsabilité de monsieur Mc Fadden, présente un intérêt de premier ordre.

La Cour rejette d'emblée la mesure drastique envisagée par la juridiction de renvoi consistant à imposer à monsieur Mc Fadden « la surveillance de l'ensemble des informations transmises » par ou via sa connexion wifi. À l'évidence, une telle mesure se heurte à l'article 15, paragraphe 1^{er}, de la Directive e-Commerce³⁷ (pt 88 de l'arrêt) : « S'agissant, premièrement, de la surveillance de l'ensemble des informations transmises, une telle mesure doit d'emblée être exclue, car contraire à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31 qui interdit qu'il soit imposé, notamment aux fournisseurs d'accès à un réseau de communication, une obligation générale de surveillance des informations que ceux-ci transmettent ».

La deuxième mesure envisagée par la juridiction de renvoi, consistant à imposer à monsieur Mc Fadden de cesser de mettre sa connexion Internet à disposition, est également rejetée par la juridiction de renvoi. Cette mesure, tout aussi radicale que la première, constituerait « une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise »³⁸. La Cour estime, par ailleurs, qu'il serait disproportionné d'imposer une telle atteinte à la liberté d'entreprise de monsieur Mc Fadden dans le but de « remédier à une violation limitée du droit d'auteur », et ce, alors que d'autres mesures alternatives existent. La Cour en conclut que : « Dans ces conditions, une telle mesure doit être considérée comme ne respectant pas l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre les droits fondamentaux qui doivent être conciliés (voir, en ce sens, s'agissant d'une injonction, arrêt du 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, point 49, ainsi que, par analogie, arrêt du 16 juillet 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, points 35 et 41) »³⁹.

La Cour de justice estimera, enfin, qu'imposer à un commerçant dans les mêmes conditions que monsieur Mc Fadden de sécuriser sa connexion wifi à l'aide d'un mot de passe constitue la mesure proportionnée permettant d'assurer

³⁷ L'art. 15, § 1^{er}, de la Dir. e-Commerce prévoit que « Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Pour deux applications célèbres de cette règle, voy. les arrêts *CJUE Netlog*, C-360/10 et *Scarlet*, C-70/10.

³⁸ Pt 89 de l'arrêt.

³⁹ Pt 90.

l'équilibre entre la protection de la propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise de ce commerçant, d'autre part⁴⁰. Les points 96 et 97 de l'arrêt quant à l'efficacité de cette mesure en vue de la protection de la propriété intellectuelle méritent d'être reproduits textuellement :

« 96 En quatrième lieu, la Cour a déjà jugé que les mesures qui sont prises par le destinataire d'une injonction, telle que celle en cause au principal, lors de l'exécution de celle-ci, doivent être suffisamment efficaces pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir pour effet d'empêcher ou, à tout le 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 destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental (arrêt du 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, point 62).

97 À cet égard, il doit être constaté qu'une mesure consistant à sécuriser la connexion à Internet au moyen d'un mot de passe peut dissuader les utilisateurs de cette connexion de violer un droit d'auteur ou des droits voisins, pour autant que ces utilisateurs soient obligés de révéler leur identité afin d'obtenir le mot de passe requis et ne puissent donc pas agir anonymement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

22. Article 13 : le *catching* – jurisprudence. En matière de *catching*, l'affaire *Google News* reste une référence au niveau belge.

Les faits à l'origine du litige peuvent être résumés comme suit. En 2002, Google développe un service dénommé *Google.News*, ou, en français « *Googles.Actualités* », consistant en l'indexation d'articles de presse diffusés et disponibles sur Internet. Ce service est disponible en Belgique depuis 2006.

Selon Google, ce type d'activité correspond à une simple activité de moteur de recherche. En revanche, la société de gestion collective Copiepresse⁴¹ estime qu'avec ce service Google (i) va au-delà d'une simple activité de moteur de recherche, (ii) reproduit une partie significative du texte des articles disponibles sur Internet, (iii) les communique au public et (iv) porte – ce faisant – atteinte aux droits d'auteur des éditeurs de journaux qu'elle représente.

La société Copiepresse, après avoir obtenu et fait diligenter une saisie-description à l'encontre de Google, assigne cette dernière en cessation. Elle sera ensuite rejointe par d'autres parties ayant fait intervention volontaire à la procédure.

Dans le cadre de sa défense, Google invoque – parmi beaucoup d'autres moyens et arguments – les exonérations prévues par la Directive e-Commerce, et en particulier l'article 13.

Le premier juge rejette l'application de ces exonérations de responsabilité au motif que ce qui est reproché par la société Copiepresse à Google, ce n'est pas

⁴⁰ Pts 91 à 99 de l'arrêt.

⁴¹ Représentant les éditeurs de presse quotidienne francophone et germanophone belge.

le fait des tiers, mais son fait propre. Or, comme nous l'avons nous-mêmes souligné ci-avant (voy. *supra*, n^{os} 4-5), le fait propre d'un intermédiaire ne relève pas du privilège d'exonération instauré par la Directive e-Commerce⁴².

Le premier juge souligne qu'en tout état de cause, l'activité dont se plaignent les titulaires de droit ne correspond pas à du stockage, mais à de la mise à disposition de l'information stockée (ce qui n'est pas couvert par l'activité de *caching* au sens de l'art. 13 de la Dir. e-Commerce).

23. En appel, la Cour confirme la décision du premier juge, avec des développements encore plus fournis, qu'il paraît intéressant de reproduire.

À l'instar du premier juge, la Cour opère tout d'abord la distinction entre fait propre et fait des tiers, et écarte l'application des régimes de limitation de responsabilité prévues par la Directive e-Commerce, au seul motif qu'en l'espèce c'est le fait personnel de Google qui est en jeu : « Comme le souligne à bon droit le premier juge, en l'espèce, c'est le comportement de Google qui est incriminé et non le contenu des sites auxquels Google permet l'accès. Il n'est pas reproché à Google "de ne pas avoir vérifié la licéité des contenus ciblés par les hyperliens indexés sur ses services", mais de copier elle-même sur ses serveurs des articles publiés par les éditeurs et de communiquer ces copies aux internautes (service "en cache") et de reproduire, par insertion dans "Google News", des extraits significatifs de ces articles, sans autorisation et en dehors des exceptions prévues par la loi »⁴³.

Ce seul motif décisif suffit à écarter l'application des limitations de responsabilité prévues par la Directive e-Commerce.

Mais la Cour poursuit son raisonnement et rappelle, dans un deuxième temps, que l'activité de moteur de recherche ne s'est pas vue accorder par le législateur européen une limitation de responsabilité dans le cadre la Directive e-Commerce⁴⁴. C'est donc le droit commun qui doit s'appliquer à Google pour ce type d'activités, lequel droit commun, selon les mots de la Cour, « veut que le droit d'auteur soit respecté par tous, y compris les moteurs de recherche »⁴⁵.

Enfin, la Cour d'appel constate que le rôle de Google est de toute façon actif et qu'il n'entre donc ni dans le champ d'application de l'article 13 (*caching*) ni dans le champ d'application de l'article 14 (« hébergement »)⁴⁶ : « 54. En tout état de cause, en ce qui concerne le service "en cache", il n'est nullement établi que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission. Google reconnaît que ce service a d'autres

⁴² Civ. Bruxelles (cess.), 13 février 2007, *RDTI*, 2007, p. 241, § 8, « Activités de Google et la directive européenne sur le commerce électronique ».

⁴³ Bruxelles (9^e ch.), 5 mai 2011, *RDTI*, 2011, pp. 52-53.

⁴⁴ À ce sujet, voy. l'art. 21 de la Dir. e-Commerce, ainsi que le pt 67, *Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* (« directive sur le commerce électronique »), préc.

⁴⁵ Bruxelles (9^e ch.), 5 mai 2011, préc., p. 53.

⁴⁶ *Ibid.*

fonctions, notamment de permettre à l'internaute de consulter une (ancienne) page lorsque que celle-ci n'est plus accessible. Comme dit plus haut, ce service ne s'apparente pas au caching, tel qu'il est compris en informatique.

De plus, ce qui est cause, n'est pas tant le fait de garder un article en mémoire interne – encore qu'il s'agisse incontestablement d'une reproduction par fixation –, mais surtout de communiquer au public cette copie et pas l'hyperlien qui aurait permis d'avoir accès au site de l'éditeur.

Enfin, il a été établi que les pages pouvaient rester “en cache” pendant une très longue durée, ce qui n'est pas conforme avec l'exigence légale de transitivité éphémère.

Il s'en déduit que le “stockage ‘en cache’ effectué systématiquement par Google ne constitue pas réellement une activité liée à la transmission des contenus sur les réseaux, soit à un proxy caching visé par la directive sur le commerce électronique, mais s'apparente davantage à une copie d'archivage ou une copie miroir des sites consultés par le moteur de recherche. Que ce type de copies soit couvert par le régime d'exonération ne peut être défendu” (S. Dusollier, *op. cit.*, p. 71).

55. Quant à Google News, il a été dit plus haut que ce service ne peut être assimilé à un simple référencement comme Google Web et qu'il ne se limite pas à transmettre un hyperlien à l'internaute.

À cet égard, Google ne peut être assimilée à un simple “hébergeur”. Elle ne se contente pas de stocker les informations. Elle les sélectionne, les classe dans un ordre et selon une méthode qui lui est propre, notamment en privilégiant tel article plutôt qu'un autre en le mettant en caractères gras, en reproduit une partie et même, parfois, en modifie le contenu.

Google n'est donc pas un “intermédiaire passif” ».

24. Article 14 : l'hébergement – jurisprudence et questions choisies. À l'échelon belge, la jurisprudence relative à l'activité d'hébergement et à l'article 14 reste relativement étriquée⁴⁷, souvent ancienne et passablement critiquée⁴⁸.

25. Ainsi, il peut être reproché à l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 2004 d'avoir confondu, dans une certaine mesure, l'activité de simple transport et celle d'hébergement, et d'avoir laissé sous-entendre que pour pouvoir être qualifiée d'hébergement au sens de l'article 14, l'activité d'un intermédiaire devait revêtir « un caractère purement technique, automatique et passif, ce

⁴⁷ Comme l'écrivait déjà Th. Léonard en 2014, « [...] la jurisprudence belge reste trop peu fournie pour que l'on puisse en tirer de réelles conclusions » (Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », *op. cit.*, p. 136).

⁴⁸ Sur ces critiques, voy., p. ex., F. DE PATOUL et I. VEREECKEN, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet : première application de la loi belge », *RDTI*, 2004, pp. 54 et s. ; J. FELD, « Forums de discussion : espaces de liberté sous haute responsabilité », *RDTI*, 2010, pp. 106 et s. ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 1054 ; E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *RDTI*, 2008, spéc. pp. 366-368.

qui implique que l'intermédiaire ne connaît pas et n'exerce pas de contrôle sur l'information qui est transmise ou stockée »⁴⁹.

Cet attendu de la Cour de cassation est assurément critiquable en droit. En effet, il ressort du texte même de l'article 14 que l'hébergeur peut *connaître* et doit *intervenir* par rapport à l'information stockée s'il a connaissance de son caractère illicite ou illégal : « à condition que : [...] b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible [...] ».

Contrairement à ce que décide la Cour de cassation, un intermédiaire peut fort bien bénéficier de l'article 14, tout en connaissant l'information illicite ou illégale, à la condition qu'il intervienne promptement pour retirer cette information ou rendre l'accès à celle-ci impossible.

En réalité, la Cour de cassation semble avoir appliqué le considérant 42 de la Directive e-Commerce⁵⁰ à l'activité d'hébergement (art. 14), alors que ce considérant est cantonné à l'activité de simple transport (art. 12) et de *catching* (art. 13), et que l'activité d'hébergement est, quant à elle, visée par le considérant 46⁵¹.

Cette jurisprudence peut donc difficilement être considérée comme une référence.

26. Lorsque l'on approfondit l'examen critique de l'article 14 de la Directive e-Commerce, les deux mêmes questions qui restent délicates et sujettes à interprétation surgissent à chaque fois.

La première question concerne la portée exacte de la notion d'hébergement au sens de cette disposition. La seconde question porte sur la définition des circonstances précises qui génèrent l'obligation pour celui qui effectue un hébergement d'agir « promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».

Nous nous proposons d'examiner ces deux questions choisies ci-après.

27. Première question : qu'est-ce que l'hébergement au sens de la directive e-Commerce ? Cette question est essentielle, puisque c'est (notamment) elle qui

⁴⁹ Cass., 3 février 2014, P031427N, www.cass.be.

⁵⁰ « (42) Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ».

⁵¹ « (46) Afin de bénéficier d'une limitation de responsabilité, le prestataire d'un service de la société de l'information consistant dans le stockage d'informations doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Il y a lieu de procéder à leur retrait ou de rendre leur accès impossible dans le respect du principe de la liberté d'expression et des procédures établies à cet effet au niveau national. La présente directive n'affecte pas la possibilité qu'ont les États membres de définir des exigences spécifiques auxquelles il doit être satisfait promptement avant de retirer des informations ou d'en rendre l'accès impossible ».

doit permettre d'identifier si un intermédiaire tombe dans le champ d'application de l'article 14 de la Directive e-Commerce ou pas.

28. Sur la base d'une jurisprudence française davantage étoffée (que la jurisprudence belge), mais disparate, la doctrine a énormément écrit sur le sujet, en proposant une multitude de critères permettant de qualifier une activité comme constituant de l'hébergement (ou pas) – les difficultés étant principalement survenues avec l'émergence du Web 2.0 et des acteurs de ce Web 2.0 (par définition plus actifs et polymorphes que les acteurs du Web 1.0)⁵².

Th. Léonard a très bien résumé ces difficultés : « L'introuvable critère de la qualification d'hébergeur – on ne peut que renvoyer ici vers les nombreux articles de doctrine ayant tenté de faire le point sur le détail d'une controverse qui dépasse la problématique limitée des réseaux sociaux. Un des points majeurs de celle-ci porte sur la délimitation de l'activité pouvant bénéficier de l'exonération. En effet, les prestataires du web 2.0. en général et les fournisseurs de réseaux sociaux en particulier offrent souvent un service infiniment 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 conditions d'accessibilité et d'utilisation, ses interfaces avec les utilisateurs et les catégories de contenu que les tiers peuvent enregistrer ou faire transiter, il édite parfois du contenu propre et permet à des tiers – annonceurs ou autres – d'en transmettre aux membres/utilisateurs, etc. Le stockage d'informations fournies par le membre du réseau 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 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-il perdre sa qualité d'hébergeur, etc. Le moins que l'on puisse dire c'est que la jurisprudence des États membres est allée en tout sens »⁵³.

De même selon E. Montero et H. Jacquemin, « *Primo*, la notion d'hébergement s'entend-elle dans un sens exclusivement technique, comme couvrant le seul stockage matériel de sites web, ou peut-elle s'appliquer aussi au stockage virtuel de contenus fournis par des tiers tels les messages postés dans un forum de discussion, les commentaires glissés dans un blog, les contributions apportées à un wiki, les annonces publiées sur une plateforme de commerce électronique, les vidéos téléchargées sur un site de partage... ? En effet, le titulaire ou gestionnaire de pareils services n'est pas nécessairement celui qui héberge

⁵² À ce sujet, voy. not. E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *op. cit.*, pp. 363 et s. ; C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *A&M*, 2013/3-4, pp. 166 et s.

⁵³ Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », *op. cit.*, pp. 134-135.

techniquement (*i.e.* dans l'espace mémoire de ses machines) le site. Comme on le verra, on peut néanmoins estimer qu'il stocke, à la demande des destinataires du service, des informations fournies par ceux-ci et, partant, exerce une activité visée par l'article 14 de la directive (art. 20 de la LSSI), lequel définit l'hébergement comme un "service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service". *Secundo*, une caractéristique des prestataires 2.0. est qu'ils exercent, en sus du stockage des contenus fournis par les usagers, une série d'autres activités : conception et gestion du site, mise au point de l'interface organisationnelle et graphique, création et/ou édition de contenus... D'où l'opinion émise en doctrine et suivie par une certaine jurisprudence, surtout française, suivant laquelle l'ensemble des services fournis dépassant le cadre d'un simple stockage pour le compte de tiers, les prestataires concernés ne peuvent prétendre au bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement »⁵⁴.

29. Il nous semble que la question n'est pas tellement celle de savoir ce qu'est conceptuellement un hébergeur, mais bien plus fondamentalement celle de savoir si l'intermédiaire qui invoque le bénéfice de l'article 14 fournit « un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ». Autrement dit, si l'on accepte d'en revenir et de s'en tenir au texte de la Directive, les choses paraissent plus simples. Dans cette perspective, il faut, mais il suffit, pour bénéficier de l'article 14, qu'un prestataire intermédiaire (i) soit un fournisseur de service de la société de l'information ; (ii) stocke des informations ; et (iii) ne soit pas à l'origine des informations stockées (elles doivent être fournies par l'utilisateur des services du fournisseur de la société de l'information).

Dans cette approche, la question de savoir si les acteurs du web 2.0 peuvent – de façon générale – être qualifiés d'hébergeurs est assez peu pertinente. La seule question à se poser est celle de savoir si – dans chaque cas particulier – l'acteur du Web 2.0 en cause réunit les conditions (i) à (iii) reprises ci-dessus⁵⁵.

30. Cette approche nous semble, par ailleurs, celle adoptée par la Cour de justice dans son arrêt *Netlog* (C-360/10), aux termes duquel la Cour vérifie si l'intermédiaire en cause réunit les conditions (i) à (iii) reprises ci-dessus et mentionnées dans le texte de l'article 14 de la Directive e-Commerce. Ni plus, ni moins.

En l'espèce, la Cour décide que l'exploitant du réseau social dénommé « Netlog » tombe dans le champ d'application de l'article 14 de la Directive e-Commerce au motif qu'il est un prestataire de service de la société de l'information qui stocke sur ses serveurs des informations fournies par les destinataires de ses services (à savoir : les utilisateurs du réseau social Netlog) : « À cet égard, il est tout d'abord constant qu'un exploitant d'une plateforme de réseau social

⁵⁴ E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Chronique de jurisprudence 2009-2011 », *RDTI*, 2012, p. 22, n° 25.

⁵⁵ Cela reste, bien entendu, une question de casuistique, à régler au cas par cas en fonction des faits de l'espèce, et il n'est pas possible de façon générale de décréter, en amont, quel tel ou tel opérateur exerçant telle ou telle activité bénéficié, ou non, de l'art. 14 de la Dir. e-Commerce.

en ligne, tel que Netlog, stocke sur ses serveurs des informations fournies par des utilisateurs de cette plateforme, relatives à leur profil, et qu'il est ainsi un prestataire de services d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31 » (pt 27).

Sur cette base, il est donc permis de penser et de suggérer, de façon large, qu'un acteur du Web 2.0 peut bénéficier de l'article 14 de la Directive e-Commerce, à la triple condition (i) qu'il soit un fournisseur de la société de l'information ; (ii) qu'il stocke des informations ; et (iii) ne soit pas à l'origine des informations stockées.

La circonstance qu'à l'époque de l'adoption de la Directive e-Commerce, l'on entendait par « hébergement » uniquement l'« hébergement de sites Web » (fonction ou prestation purement technique⁵⁶) ne change pas ce constat, car, d'une part, le texte de l'article 14 n'est pas limité à l'hébergement de sites Web, mais parle de stockage d'informations (ce qui autorise une interprétation large et évolutive, incluant à l'heure du Web 2.0, le stockage de contenus) et, d'autre part, la Commission européenne elle-même a déjà confirmé que l'article 14 n'est pas limité à l'hébergement de sites Web, mais inclut l'hébergement de contenus : « En particulier, la limitation de la responsabilité en matière d'hébergement prévue à l'article 14 couvre, outre l'hébergement de sites Web, différents cas dans lesquels il y a stockage de contenus appartenant à des tiers, par exemple les *bulletin boards* (systèmes privés de transfert) ou les *chat-rooms* (forums de discussion) »⁵⁷.

31. Au vu de ce qui précède, que penser alors des arrêts *Google c. Louis Vuitton* (C-236/08 à C-238/08) et *L'Oréal c. eBay* (C-324/09) – prononcés avant l'arrêt *Netlog* (C-360/10) – par lesquels la Cour de justice a semblé suggérer l'application d'une condition supplémentaire, à savoir celle de la *neutralité* – au sens de la *passivité* – de l'intermédiaire ?

Ainsi, dans l'affaire *Google c. Louis Vuitton* (C-236/08 à C-238/08), la Cour a examiné le rôle de Google dans le cadre du service de référencement et de mots-clés (*AdWords*) qu'il offre à ses utilisateurs contre paiement et au moyen duquel certains de ses utilisateurs se livrent à des actes de contrefaçon de marques.

La Cour constate que, dans le cadre de ce service, Google « transmet des informations du destinataire dudit service, à savoir l'annonceur, sur un réseau de communication ouvert aux internautes et stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, certaines données, telles que les mots clés sélectionnés par l'annonceur, le lien promotionnel et le message commercial accompagnant celui-ci, ainsi que l'adresse du site de l'annonceur » (pt 111).

Des opérations de stockage d'informations (condition [ii]) provenant des utilisateurs de Google (et dont Google n'est donc logiquement pas à l'origine)

⁵⁶ E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Chronique de jurisprudence 2009-2011 », *op. cit.*, p. 22, n° 25.

⁵⁷ Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), préc.

(condition [iii]) sont donc identifiées, ce qui devrait pouvoir suffire à déclencher l'application de l'article 14 de la Directive e-Commerce, puisqu'il est, au demeurant, incontesté que Google fournit un service de la société de l'information – (condition [i]).

Pourtant, la Cour va plus loin et ajoute, en se référant au considérant 42 de la Directive e-Commerce (pt 113), qu'« afin de vérifier si la responsabilité du prestataire du service de référencement pourrait être limitée au titre de l'article 14 de la directive 2000/31, il convient d'examiner si le rôle exercé par ledit prestataire est *neutre*⁵⁸, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke » (pt 114).

La Cour en conclut que si Google a un rôle actif « dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés », il ne peut bénéficier de la limitation de responsabilité prévue par l'article 14.

Passons sur la confusion entretenue par la Cour de justice à propos du lien entre le considérant 42 de la Directive e-Commerce et l'article 14 de cette même directive. Nous avons déjà développé ce point *supra* (n° 12.1) au moment de critiquer l'erreur commise par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 février 2004. Contentons-nous simplement de rappeler ici que le considérant 42 est, à notre sens, cantonné à l'activité de simple transport (art. 12) et de *caching* (art. 13) ; et que l'activité d'hébergement est, quant à elle, visée par le considérant 46.

En dépit de cette imprécision, la Cour de justice peut néanmoins être rejointe là où elle décide que deux motifs sont de nature à priver l'intermédiaire du privilège de l'exonération de responsabilité. Ceux-ci sont tous deux liés au fait que l'intermédiaire est ou devient actif par rapport aux informations qui lui sont fournies par le tiers utilisateur de ses services : tout d'abord, en agissant de la sorte, l'intermédiaire commet un fait personnel, alors que le privilège de l'exonération se limite au fait du tiers utilisateur et non au fait personnel de l'intermédiaire ; ensuite, en devenant actif par rapport aux informations qui lui sont fournies par le tiers utilisateur, l'intermédiaire se projette lui-même dans une situation où il ne peut plus être censé ignorer les caractéristiques de ces informations. Ces deux motifs ont pour conséquence qu'il a l'obligation de retirer les informations illicites ou de les rendre inaccessibles, à défaut de quoi il perd le bénéfice de l'exonération de responsabilité⁵⁹.

Mais ce rôle actif ou passif de l'intermédiaire est seulement à apprécier en lien avec l'information ou le contenu fourni par le tiers. La Cour cite l'exemple du

⁵⁸ Non souligné dans le texte de l'arrêt.

⁵⁹ L'arrêt *L'Oréal c. eBay* (C-324/09) opère expressément ce lien entre l'activisme de l'intermédiaire par rapport aux données fournies par le tiers et la connaissance du caractère illicite ou illégal ces données : « Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la neuvième question posée que l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens qu'il s'applique à l'exploitant d'une place de marché en ligne lorsque celui-ci n'a pas joué un rôle actif qui lui permette d'avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées. Ledit exploitant joue un tel rôle quand il prête une assistance laquelle consiste notamment à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir celles-ci » (pt 123).

« rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés »⁶⁰.

Par contre, tout ce qui n'est pas en lien direct avec l'information ou le contenu fourni par le tiers est, *a priori*, non pertinent et insusceptible de faire pencher la balance en faveur ou contre l'application de l'article 14 de la Directive e-Commerce : « [...] la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 » (pt 116) ; « [...] la concordance entre le mot clé sélectionné et le terme de recherche introduit par un internaute ne suffit pas en soi pour considérer que Google a une connaissance ou un contrôle des données introduites dans son système par les annonceurs et mises en mémoire sur son serveur » (pt 117).

Dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay* (C-324/09), la Cour de justice confirme cette position précédemment exprimée dans l'arrêt *Google c. Louis Vuitton* (C-236/08 à C-238/08) (pt 116).

En somme, ces arrêts *Google c. Louis Vuitton* (C-236/08 à C-238/08) et *L'Oréal c. eBay* (C-324/09) ne font rien d'autre que rappeler la philosophie générale des articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce : si l'intermédiaire est ou devient actif par rapport au contenu fourni par le tiers, il pose un fait propre ou un acte personnel et ne peut plus bénéficier des limitations de responsabilités prévues aux articles 12 à 14.

32. Essai de synthèse. Bénéficie de la limitation de responsabilité prévue par l'article 14 de la Directive e-Commerce, le prestataire intermédiaire qui :

- (i) est un fournisseur de la société de l'information (*cf.* art. 14) ;
- (ii) stocke des informations (*cf.* art. 14) ;
- (iii) n'est pas à l'origine des informations stockées (elles doivent être fournies par l'utilisateur des services du fournisseur de la société de l'information) (*cf.* art. 14) ; et
- (iv) n'est pas ou ne devient pas actif par rapport à ces informations (*cf.* philosophie générale des art. 12 à 14 ; arrêts *Google c. Louis Vuitton*, C-236/08 à C-238/08, et *L'Oréal c. eBay*, C-324/09) ; dès lors que s'il est actif par rapport à l'information fournie par le tiers, l'intermédiaire pourra difficilement prétendre qu'il ignorait raisonnablement cette information.

Aucune autre condition ne doit être satisfaite pour exercer une activité (privilegiée) d'hébergement au sens de l'article 14 de la Directive e-Commerce – peu importe que, par ailleurs, l'intermédiaire ne soit pas un hébergeur au sens originaire du terme ou au sens traditionnel usité en informatique. Du reste, nous souscrivons sans réserve à la conclusion selon laquelle « la circonstance qu'un prestataire exerce plusieurs activités n'empêche nullement qu'il bénéficie

⁶⁰ Pt 118.

de l'exonération de responsabilité pour le stockage des contenus fournis par les destinataires du service, au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique, tout en devant assumer pour les autres activités une responsabilité appréciée à l'aune du droit commun »⁶¹.

33. Deuxième question : à partir de quand l'intermédiaire qui poursuit une activité d'hébergement doit-il agir « *promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible* » ?

Cette deuxième question est ardue à plus d'un titre.

34. Le texte de l'article 14 de la Directive e-Commerce opère une distinction entre les actions pénales et les actions civiles.

En matière pénale, l'intermédiaire doit agir pour retirer les informations illicites ou illégales ou pour rendre leur accès impossible dès qu'il a « effectivement connaissance » de celles-ci.

En matière civile, l'intermédiaire doit agir s'il a une connaissance effective des informations illicites ou illégales, mais également s'il a « connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ».

Avec les premiers commentateurs de la Directive e-Commerce⁶², il est permis de s'interroger quant au bien-fondé de cette distinction. Certes, la nature d'une condamnation pénale est particulière, et celle-ci pourrait paraître plus préjudiciable qu'une condamnation civile, ce qui tendrait à expliquer une plus grande tolérance au bénéfice de l'intermédiaire sur le plan pénal. Mais pour autant, cela ne justifie pas de manière convaincante que le législateur applique une telle supériorité d'exigence vis-à-vis de l'intermédiaire sur le plan civil. Cette divergence de traitement sur le plan pénal et le plan civil est d'autant plus délicate qu'il n'est pas aisé de comprendre ce que sont des « faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ». La Directive est muette à cet égard.

Quant à l'apport de la Cour de justice sur cette question, il reste flou. Selon la Cour, « il suffit que [l'intermédiaire] ait eu une connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité en cause et agir conformément au paragraphe 1, sous b), dudit article 14 » (pt 120 de l'arrêt *L'Oréal c. eBay*, C-324/09). La référence à l'attitude et à la réaction d'un opérateur économique diligent reste vague et ne garantit pas, en amont, la sécurité juridique. L'appréciation de ces éléments est totalement tributaire de l'appréciation de chaque juge et les solutions divergentes ne manqueront pas.

35. Comment le candidat au bénéfice de la limitation de responsabilité prévue par l'article 14 doit-il ou peut-il avoir connaissance des informations et activités litigieuses, et de leur caractère effectivement ou manifestement illicite ?

⁶¹ E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Chronique de jurisprudence. 2009-2011 », *op. cit.*, p. 23, n° 27.

⁶² A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *op. cit.*, p. 144, n° 46.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *L'Oréal c. eBay* (C-324/09), a expliqué que l'intermédiaire peut avoir cette connaissance soit d'initiative soit sur notification par des tiers (p. ex., des ayants droit) : « Sont ainsi visées, notamment, la situation dans laquelle l'exploitant d'une place de marché en ligne découvre l'existence d'une activité ou d'une information illicites à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative, ainsi que celle dans laquelle l'existence d'une telle activité ou d'une telle information lui est notifiée [...] »⁶³.

Par le passé, certains⁶⁴ ont exprimé des doutes quant à la volonté qu'auront les intermédiaires à mettre en place des systèmes leur permettant de rechercher eux-mêmes l'existence d'une activité ou d'une information illicite, au vu du flou (et donc de l'insécurité juridique) régnant sur la notion de « faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente » et au vu de la référence à « un opérateur économique diligent » : « Sachant la difficulté d'apprécier l'illicéité d'un contenu, on imagine que l'intermédiaire hésitera dorénavant à prendre l'initiative de contrôles censés lui procurer connaissance de cette illicéité, au risque de perdre ainsi le bénéfice du régime de l'article 14, § 1^{er} »⁶⁵.

Certes, des évolutions récentes pourraient laisser supposer que les intermédiaires finissent par accepter de mettre en place des mécanismes visant à identifier et éviter la mise à disposition d'informations illicites. Mais la tendance pourrait rester limitée à certains types d'informations illicites autres que des informations attentatoires à des droits de propriété intellectuelle⁶⁶.

36. Enfin, et pour clore ces réflexions choisies à propos de l'article 14 de la Directive e-Commerce (qui ont montré que nombre d'incertitudes demeurent encore aujourd'hui), nous souhaitons encore épingler l'arrêt *Delfi* de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁷, par lequel la Grande Chambre a estimé que n'était pas constitutif d'une violation de l'article 10 de la Convention éponyme la condamnation à des dommages-intérêts civils d'un portail d'informations en ligne en raison des commentaires offensants et injurieux laissés sous un article par certains lecteurs de ce portail d'informations (alors que ledit portail avait pourtant supprimé ces commentaires dès qu'il en avait été avisé).

Bien que cet arrêt ne manque pas de d'interpeller, nous nous limiterons, dans le cadre de la présente contribution, à renvoyer au texte de celui-ci ainsi qu'aux commentaires doctrinaux⁶⁸ qui en ont déjà été donnés, dès lors que cet arrêt

⁶³ Pt 122 de l'arrêt.

⁶⁴ 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* », *RDTI*, 2011, p. 185 ; A. CRUQUENAIRE, J.-F. HENROTTE et D. PHILIPPE « Droit des contrats – Responsabilité des acteurs d'internet », *op. cit.*, p. 201.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Des informations liées à des activités terroristes, ou des informations du type *fake news*.

⁶⁷ CEDH (gde ch.), 6 juin 2015, *Delfi c. Estonie*.

⁶⁸ Voy. en partic. l'excellente contribution signée par E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? », *RTDH*, 108/2016, pp. 953 et s.

ne concerne pas directement les droits de propriété intellectuelle et que son enseignement – au demeurant peu en phase avec la Directive e-Commerce et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁹ – a été rendu dans le contexte tout particulier des propos injurieux et diffamatoires, à l'aune de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Samenvatting

Wanneer de houder van een intellectueel eigendomsrecht overweegt om tussenpersonen actief in de internet omgeving te dagvaarden, dient hij de beperking van aansprakelijkheid zoals voorzien in artikel 12 tot 14 richtlijn 2000/31 (E-Commerce) en geïmplementeerd in Belgisch recht in het Wetboek Economisch Recht, in aanmerking te nemen.

De aansprakelijkheidsbeperking beschermt, tot op zekere hoogte en onder bepaalde voorwaarden, een aantal categorieën van internet tussenpersonen van een aantal soorten van acties en juridische procedures.

Na de oorsprong, ratio legis, omvang en toepassingsvoorwaarden van de aansprakelijkheidsbeperkingen voorzien in de E-Commerce Richtlijn geanalyseerd te hebben, zullen we onderzoeken hoe artikel 12 ("Mere conduit"), artikel 13 ("Caching") en artikel 14 ("Hosting") door de Belgische rechtbanken toegepast werden in specifieke gevallen.

Abstract

When an intellectual property right holder considers suing intermediaries active in the Internet environment, it must necessarily take account of the liability limitation regimes provided for in Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 (E-Commerce) and implemented into Belgian law in the Code of Economic Law.

The liability limitation regimes protect, to some extent and under certain conditions, some categories of Internet intermediaries from certain types of actions and legal proceedings.

After having reviewed the origin, the ratio legis, the scope and the application conditions of the limitations of liability provided for in the E-Commerce Directive, we shall examine how article 12 ("Mere conduit"), article 13 ("Caching") and article 14 ("Hosting") have been applied, in specific cases, by the Belgian courts.

⁶⁹ À ce sujet, voy. spéc., *ibid.*, p. 980 : « Elle a fait grand cas du fait que le portail d'actualités est exploité par la société Delfi à titre professionnel dans le cadre d'une activité commerciale. Il se déduit de ce véritable leitmotiv que l'exonération pour l'activité d'hébergement de commentaires postés par des tiers serait réservée à des prestataires amateurs et bénévoles. Outre qu'elle est en contradiction flagrante avec la directive 2000/31, pareille interprétation revient à limiter aux « loisirs » la liberté d'expression et à réduire le niveau de protection accordée à la presse professionnelle. La Cour pointe par ailleurs l'insuffisance des mesures prises par Delfi (filtre automatique basé sur des mots clés, système de retrait sur notification...) pour retirer sans délai les commentaires constitutifs d'un discours de haine ou d'incitation à la violence. À défaut d'indiquer quelle forme de filtrage eût été plus appropriée, on peut craindre qu'elle cautionne implicitement l'exigence de mesures de contrôle préalables, incompatibles avec le principe – commun aux deux Europe – d'interdiction des obligations générales et actives de surveillance. Ces seuls deux points montrent déjà qu'un examen plus poussé de la légalité de l'ingérence eût été souhaitable, tant il est vrai que l'interprétation donnée par les juridictions estoniennes au droit applicable en l'espèce paraît peu conforme à deux principes majeurs, affirmés et par l'Union européenne et par le Conseil de l'Europe, afin de garantir une protection de la liberté d'expression dans la société de l'information ».