

CHAPITRE 13. DIFFUSION DU SAVOIR. DROIT D'AUTEUR ET INTERNET

Benoît MICHAUX
Chargé de cours à l'UNamur
Avocat au barreau de Bruxelles

I. Position de la question

A. – *Droit d'auteur et diffusion du savoir : un rapport ambigu*

Le droit d'auteur entretient avec la diffusion du savoir un rapport ambigu. D'une part – et cette fonction contributive paraît aujourd'hui largement sous-estimée en jurisprudence et en doctrine – il stimule la diffusion du savoir. D'autre part il exerce un effet inhibant à cet égard, car il suscite des mécanismes de défense qui gênent le partage des connaissances.

C'est l'effet inhibant qui pour l'heure occupe le plus souvent le devant de la scène. En particulier, c'est l'embarras causé à la libre circulation des informations qui sert de curseur à la Cour européenne des droits de l'homme lorsque celle-ci se prononce sur les limites admissibles de la sanction d'une violation du droit d'auteur¹. De même, ce sont les obstacles à la liberté d'expression qui sont au centre des préoccupations de la Cour de justice, lorsqu'il s'agit pour celle-ci de valider ou non un mécanisme préventif de défense du droit d'auteur, à savoir le filtrage². Par ailleurs, l'effet inhibant du droit d'auteur est le motif principal qui conduit le législateur de l'Union à envisager aujourd'hui d'étendre le champ des exceptions dans ce domaine³.

Mais pour autant, il faut ne pas perdre de vue qu'au départ, le droit d'auteur remplit bel et bien une fonction contributive à la diffusion du savoir⁴.

¹ Cf. *infra*, à propos de l'arrêt *Neij et Sunde*.

² Cf. *infra*, not. à propos de l'arrêt *Scarlet*.

³ Cf. *infra*, not. à propos de l'extension des exceptions en faveur de l'enseignement dans le cadre des propositions du 14 septembre 2016 de la Commission européenne.

⁴ Cf. aussi *infra*, à propos des justifications de la protection du droit d'auteur.

B. – *La dichotomie entre l'idée et l'expression*

Sur le plan théorique, il est tentant d'opérer une séparation entre, d'une part, le domaine du savoir et sa diffusion, et d'autre part, le domaine du droit d'auteur et sa protection. Une telle séparation présenterait le grand avantage d'éviter le conflit entre les deux, et donc d'assurer la propagation du savoir *malgré* le droit d'auteur. Une telle scission semble d'ailleurs pouvoir s'appuyer sur un argument familier. Il est en effet traditionnellement admis que l'essence du savoir, à savoir la substance des idées, ne relève pas de la protection par le droit d'auteur et que, réciproquement, celui-ci se limite à protéger l'expression des idées⁵. Le schisme classique entre la substance de l'idée et la mise en forme de l'idée est au demeurant consacré par un certain nombre de règles relatives à la propriété littéraire et artistique, tant au niveau international qu'au niveau communautaire, et il imprègne profondément la jurisprudence et la doctrine. Il est ainsi reconnu que le droit d'auteur ne protège pas des informations⁶, ni des faits⁷. De même, il est expressément prescrit que le droit d'auteur ne s'étend pas aux idées ni aux principes⁸. De manière générale, il est unanimement admis que le droit d'auteur s'attache à la forme et non au contenu. Il en découle – ainsi serait-on enclin à le penser – que le savoir circule librement, à l'abri du droit d'auteur.

Cette vision pêche cependant par sa naïveté. Elle ne tient pas compte de la réalité. Certes, sur le plan des règles, le droit d'auteur ne protège que la forme et non le contenu. Mais cela n'empêche que dans les faits, le contenu est nécessairement véhiculé au travers d'une forme dont il est inséparable. C'est ce qui explique, notamment, que pour la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté de diffuser des idées et des informations s'attache non seulement à la substance de celles-ci, mais également à leur forme⁹.

⁵ Voy. not. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 9, n° 9.

⁶ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 80, n° 65 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 4, n° 3.

⁷ À propos des informations de presse, non protégées, voir l'art. 8, § 2, de la Convention de Berne.

⁸ Art. 9, § 2, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'« ADPIC »), figurant à l'annexe 1 C de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ; art. 2 du traité OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur.

⁹ D. VOORHOOF, « Copyright and the Right to Freedom of Expression and Information », in *20 ans de nouveau droit d'auteur* (J. CABAY et al. coord.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 221-242, spéc. p. 226 et note 25.

En réalité, les mérites de la dichotomie idée/expression se heurtent à plusieurs objections sérieuses¹⁰. Ainsi, il n'est pas toujours possible de véhiculer sous une forme alternative le message qui figure dans l'œuvre source, du moins à l'identique et dans toutes ses nuances. Pour certains types d'œuvres, telles que les œuvres photographiques ou cinématographiques, l'entreprise est même franchement compromise¹¹. C'est ce qui amène d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme à considérer que la liberté d'expression s'applique également aux communications sous forme visuelle par le biais de photographies¹².

En outre, dans la pratique, la dichotomie idée/expression ou forme/contenu n'est pas toujours aussi nette. Dans de nombreux États, il est désormais admis que le droit d'auteur ne se limite pas à la forme superficielle. La contrefaçon peut en effet consister dans la reproduction non autorisée de la structure ou du plan – lesquels sont parfois désignés par l'appellation de forme interne¹³.

En conséquence, il serait inopportun de soutenir encore aujourd'hui que la dichotomie idée/expression suffit à éviter l'interférence et donc le conflit entre la protection du droit d'auteur et la diffusion du savoir. Cette dernière implique en effet régulièrement l'utilisation de l'œuvre. Et réciproquement, la protection du droit d'auteur est souvent susceptible de gêner l'exercice de la liberté d'expression.

II. Le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux sur Internet : le cadre théorique

A. – *Le droit d'auteur*

1. – *Le statut de droit fondamental*

Le droit supranational attribue clairement au droit d'auteur le statut de droit fondamental. Tantôt ce statut est inscrit dans les textes, tantôt il est confirmé dans les décisions des autorités qui ont la charge de leur

¹⁰ À propos des objections, voy. R. BURREL et A. COLEMAN, *Copyright Exceptions, The Digital Impact*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, spéc. pp. 20-24.

¹¹ Voy. à cet égard, A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur », in *Droit d'auteur et liberté d'expression, Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs* (A. STROWEL et F. TULKENS), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 17 et 18.

¹² Cf. *infra*, à propos de l'affaire *Ashby*.

¹³ Voy. à cet égard, R. BURREL et A. COLEMAN, *Copyright Exceptions, The Digital Impact*, op. cit., p. 22 ; en droit belge, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 9, n° 9.

interprétation. Dans ce dernier cas, il faut toutefois reconnaître que ce statut bénéficie d'une visibilité moindre.

En ce qui concerne le droit international des droits de l'homme, le droit d'auteur est visé en tant que droit fondamental, à la fois par la Déclaration universelle¹⁴, et par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁵.

S'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, la solution n'est pas inscrite expressément dans les textes, mais elle a été déduite des textes par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H.)¹⁶. Celle-ci l'a dégagée au départ du Protocole n° 1 (Protocole additionnel¹⁷) dont l'article 1^{er}, consacré à la protection de la propriété, porte que « [t]oute personne physique ou morale a droit à la protection de ses biens ». Dans un premier temps, la Cour eur. D.H. a inféré de la disposition précitée que le droit fondamental de propriété s'étend à la propriété intellectuelle (en général)¹⁸. Dans un deuxième temps, elle a observé que cette extension bénéficiait en particulier au droit d'auteur¹⁹.

Au niveau du droit de l'Union européenne, la solution est mentionnée de manière explicite dans la Charte des droits fondamentaux, dont la disposition consacrée au droit de propriété porte que « [l]a propriété intellectuelle est protégée »²⁰. Faisant application de cette disposition, la Cour de justice a réaffirmé à plusieurs reprises que le droit d'auteur constitue un droit fondamental²¹.

2. – *La justification du statut de droit fondamental*

La consécration du droit d'auteur en tant que droit fondamental est généralement justifiée par des considérations mixtes qui portent à la fois sur l'intérêt privé et l'intérêt public.

¹⁴ L'art. 27, § 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce que « [c]hacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

¹⁵ L'art. 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, porte que « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit [...] c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

¹⁶ La Cour européenne des droits de l'homme est ci-après désignée dans le texte par l'abréviation Cour eur. D.H. Cela permettra au lecteur de la distinguer plus aisément de la Cour de justice de l'Union européenne qui, elle, sera désignée par l'abréviation C.J.U.E.

¹⁷ Protocole additionnel à la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 20 mars 1952.

¹⁸ Cf. en particulier, Cour eur. D.H., 11 janvier 2007, 73049/01, *Anheuser-Busch c. Portugal*, § 72.

¹⁹ Cf., not., Cour eur. D.H., 10 janvier 2013, 36769/08, *Ashby Donald c. France*, § 40.

²⁰ Art. 17, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²¹ Cf., not., C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, pts 62 et s.

Sur le terrain de l'intérêt privé, le droit d'auteur est traité comme une composante des droits naturels qui appartiennent à l'individu²². Il est conçu comme une récompense pour le fruit du labeur créatif et comme un incitant pour amener le créateur à poursuivre son labeur. Dans la directive 2001/29, cette idée est formulée dans les termes suivants : « [I] es auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres [...] »²³. Au-delà de l'aspect lié à la propriété, il y a, pour justifier le droit d'auteur en tant que droit fondamental, la dignité de la personne, voire le développement personnel de l'individu. Ces justifications-ci ne figurent pas dans le droit de l'Union²⁴, mais en revanche, elles sont bien présentes dans certains droits nationaux, comme le droit allemand²⁵. Elles sont également présentes, par le biais du droit à la protection des intérêts moraux, dans la Déclaration universelle²⁶ ainsi que dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels²⁷.

Sur le terrain de l'intérêt public, le droit d'auteur est conçu comme un moyen destiné à stimuler la circulation des idées, des informations, des connaissances et de la culture au bénéfice de la société. Cette dimension-ci est également soulignée de manière explicite dans la directive 2001/29. Celle-ci annonce en effet dans ses considérants que « [l]a présente directive doit promouvoir la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés [...] »²⁸. Certes, ce dernier considérant énonce dans la foulée que des exceptions seront prévues, mais cela n'empêche que le législateur commence par insister sur le fait que le droit d'auteur contribue à la diffusion du savoir et de la culture, et que c'est pour cette raison qu'il doit recevoir une protection particulière en tant que droit fondamental. L'idée économique sous-jacente est que s'il n'y avait pas de protection pour les œuvres, celles-ci souffriraient

²² Pour les différentes justifications, voy. U. SUTHERSANEN, « Towards an International Public Interest Rule ? Human Rights and International Copyright Law », *Copyright and Free Speech, Comparative and International analyses* (J. GRIFFITHS et U. SUTHERSANEN éd.), Oxford, OUP, 2005, pp. 97 et s., spéc. pp. 100-105.

²³ Considérant 10 de la directive 2001/29.

²⁴ Pour expliquer cette lacune, il est généralement expliqué que les aspects moraux du droit d'auteur ne font pas partie du domaine d'harmonisation communautaire dès lors qu'ils ne revêtent pas de dimension économique. Cette explication est contestable et de plus en plus contestée. Voy. à cet égard, M.-C. JANSSENS et J.-F. PUYRAIMOND, « Les droits moraux », in *20 ans de nouveau droit d'auteur* (J. CABAY et al. coord.), *op. cit.*, pp. 135-194, spéc. pp. 141-151.

²⁵ U. SUTHERSANEN, « Towards an International Public Interest Rule ? Human Rights and International Copyright Law », *op. cit.*, p. 103.

²⁶ L'art. 27, § 2, mentionne le droit à la protection des intérêts moraux.

²⁷ L'art. 15 mentionne également le droit à la protection des intérêts moraux.

²⁸ Considérant 14 de la directive 2001/29.

d'une sous-production, ce qui serait négatif pour la communauté dans son ensemble. C'est pour assurer de manière optimale la production et la circulation des biens intangibles que sont les œuvres, que l'État intervient pour accorder un droit de propriété privée temporaire²⁹.

Cela étant, par rapport à l'objectif de diffusion du savoir, le droit d'auteur représente également une menace potentielle, dès lors qu'il met en place un système de réservation des œuvres. C'est pour ce motif que les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, avant de reconnaître le droit à la protection des œuvres, ont veillé à insérer une disposition favorable aux intérêts des usagers des œuvres. Tant la Déclaration universelle³⁰ que le Pacte international³¹ prévoient en effet le droit de chacun de participer à la vie culturelle. Cette articulation du droit d'auteur, d'une part, et du droit d'accès à la culture, d'autre part, a eu le mérite d'introduire au niveau international supérieur le concept clé d'équilibre des droits fondamentaux – lequel trouvera plus tard un écho au niveau des instances judiciaires du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne³².

B. – *Les autres droits fondamentaux*

Comme l'annonçaient les textes des Nations unies³³, d'emblée il était clair que le droit d'auteur serait mis en concurrence avec d'autres droits fondamentaux, au premier rang desquels figure le droit d'accès au savoir – quelle que soit l'appellation sous laquelle celui-ci intervient³⁴. Les droits fondamentaux concurrents qui sont visés ci-après sont ceux qui, au regard de la jurisprudence de Strasbourg et de Luxembourg, se sont révélés les plus pertinents ou en tout cas les plus discutés sur le plan de leur mise en concurrence avec le droit d'auteur dans le contexte d'Internet.

1. – *Le droit à la liberté d'expression*

Le droit à la liberté d'expression est incontestablement le droit fondamental qui a la vocation la plus naturelle à défier le droit d'auteur,

²⁹ U. SUTHERSANEN, « Towards an International Public Interest Rule ? Human Rights and International Copyright Law », *op. cit.*, p. 101.

³⁰ L'art. 27, § 1^{er}, porte que « [t]oute 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 découlent ».

³¹ L'art. 15, § 1^{er}, porte que « [l]es États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit a) de participer à la vie culturelle, b) de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ».

³² *Cf. infra*.

³³ *Cf. supra*, à propos de l'art. 27, § 1^{er}, de la Déclaration universelle, et l'art. 15, § 1^{er}, a et b, du Pacte international.

³⁴ Le droit d'accès au savoir fait partie du droit à la liberté d'expression, *cf. infra*.

a fortiori sur Internet. Il en est d'autant plus ainsi que ce droit couvre à la fois, d'une part, le fait d'exprimer et de diffuser des idées ou des informations, et d'autre part, le droit de les recevoir et d'y accéder³⁵. Certes, cette deuxième facette semble avoir pris plus de temps à s'imposer pleinement³⁶, mais elle est aujourd'hui parfaitement intégrée.

Si l'on entend le droit à la liberté d'expression de cette façon, c'est-à-dire au sens plein de ce concept, il s'impose d'y inclure toute forme de liberté liée à la diffusion du savoir dans l'intérêt public. Cela comprend, notamment, l'accès à l'art et la culture³⁷, la liberté de recherche³⁸, l'accès à l'éducation et l'enseignement³⁹ – quand bien même certains textes distinguent celui-ci de la liberté d'expression proprement dite⁴⁰, ainsi que la parodie⁴¹.

Ce droit est consacré par tous les textes supranationaux précités, à savoir, la Déclaration universelle⁴², le Pacte international⁴³, la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après abrégée « CEDH »)⁴⁴, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁵.

2. – *Le droit à la vie privée, y compris la protection des données à caractère personnel*

Le droit à la vie privée est également consacré en tant que droit fondamental par les textes fondamentaux précités, en particulier la CEDH⁴⁶ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁷.

Comme on le sait, dans l'affaire *Promusicæ*, notamment, la Cour de justice a confirmé le statut de droit fondamental attaché à la protection

³⁵ D. VOORHOOF, « Copyright and the Right to Freedom of Expression and Information », *op. cit.*, p. 227, notes 29-31 ; A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique des juges de Luxembourg », *Rev. trim. D.H.*, 2014, pp. 889-911, spéc. p. 896.

³⁶ Voy. à cet égard ce qu'écrivaient Strowel et Tulkens en 2006 : A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 13.

³⁷ Voy., not., l'art. 27, § 1^{er}, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, cité à la note 30.

³⁸ Voy. C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Eugen Ulmer*, C-177/13, pt 27.

³⁹ Voy., not., l'art. 5, § 2, (c), de la directive 2001/29, et le considérant 14 de ladite directive.

⁴⁰ Ainsi, dans la Constitution belge, le droit à l'enseignement (art. 24, § 3) figure dans une disposition distincte de celles qui consacrent la liberté de manifester ses opinions (art. 19) et la liberté de presse (art. 25). Art. 5, § 3, k, de la directive 2001/29 ; voy. C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn*, C-201/13.

⁴¹ Art. 19, lequel énonce « [t]out individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression [...] ».

⁴² Art. 19, lequel énonce « [...] 2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce [...] ».

⁴³ Art. 10.

⁴⁴ Art. 11.

⁴⁵ Art. 8.

⁴⁶ Art. 8.

⁴⁷ Art. 8.

des données à caractère personnel⁴⁸ dans un contexte où celle-ci était malmenée par la défense du droit d'auteur. C'est ce type spécifique de litige, lié à la protection judiciaire du droit d'auteur, qui retiendra l'attention dans la présente contribution – même s'il existe de nombreux autres types de conflits du même ordre – dès lors qu'il a donné lieu à une jurisprudence explicite de la part de la C.J.U.E.⁴⁹.

3. – *Le droit à la libre entreprise*

Le droit à la libre entreprise⁵⁰ est consacré en tant que droit fondamental, notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵¹.

Ce statut a été conforté par la Cour de justice, notamment dans l'affaire *Scarlet*⁵².

C. – *Les droits fondamentaux et l'outil internet*

L'outil internet s'est imposé comme un « outil essentiel »⁵³ pour la circulation des connaissances et des opinions, sinon comme l'outil le plus puissant de tous à l'heure actuelle. Il serait donc difficile de ne pas le reconnaître comme un lieu de liberté d'expression.

À cet égard, la Cour eur. D.H. paraît presque timorée lorsque, dans l'affaire *Ashby*, elle se limite à observer avec sobriété que « l'article 10 de la Convention a vocation à s'appliquer à la communication au moyen d'Internet »⁵⁴. La modestie du propos tranche avec le côté spectaculaire des possibilités offertes par Internet, tant cet outil est inégalé lorsqu'il s'agit de rendre des informations accessibles, que ce soit en termes de quantités, de fraîcheur ou de conservation. D'ailleurs, la Cour eur. D.H. elle-même a été davantage prolixe en ce sens, en particulier dans l'affaire *Neij et Sunde* – du nom des exploitants du site *The Pirate Bay*.

⁴⁸ C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06.

⁴⁹ Cf. *infra*, à propos des arrêts de la C.J.U.E. rendus dans les affaires *Promusicae*, *Scarlet* et *Sabam*.

⁵⁰ Dans le contexte des mesures de filtrage destinées à assurer la protection judiciaire du droit d'auteur sur Internet, le droit à la liberté d'entreprise concerne au premier chef les intermédiaires d'Internet ; cf. *infra*, à propos des affaires *Scarlet*, *Netlog* et *UPC Telekabel*.

⁵¹ Art. 16.

⁵² C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet*, C-70/10 ; cf. *infra*.

⁵³ Dans l'affaire *Yildirim*, la Cour eur. D.H. qualifie Internet d'« outil essentiel » : « Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public », Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, § 54.

⁵⁴ Cour eur. D.H., 10 janvier 2013, 36769/08, *Ashby*, pt 34 avec référence à sa jurisprudence antérieure.

La Cour y relève en effet que « [g]râce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information »⁵⁵. Dans ce contexte, c'est essentiellement l'accès du public à l'information qui est mis en avant, et non tant la communication d'informations – même si, évidemment, celle-ci est indispensable pour alimenter l'accès du public.

Au-delà des masses d'informations qu'il rend si facilement accessibles, Internet constitue en tant que tel un moyen de transmission et de captage. Dès lors, toute restriction à cet outil se traduit inmanquablement par une restriction du droit de recevoir et de communiquer des informations, ainsi que le souligne la décision *Neij et Sunde*⁵⁶.

Quant à la Cour de justice, elle ne fait que conforter Internet dans son statut d'espace privilégié pour le partage des connaissances. Dans l'affaire *GS Media*, la Cour insiste sur le rôle majeur qu'assume Internet par rapport à la liberté d'expression. Elle observe que : « [...] Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et [...] les liens hypertexte contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations »⁵⁷.

Il ne saurait être dit de manière plus claire que le réseau internet est devenu un acteur stratégique dans la mise en œuvre du droit du public d'accéder au savoir. Les décisions, tant à Strasbourg qu'à Luxembourg ne laissent guère de doute quant au fait que le droit d'auteur, lorsqu'il se situe sur Internet, y subit une très sérieuse concurrence de la part de la liberté d'expression.

D. – *Le nécessaire équilibre entre le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux*

1. – *Le droit d'auteur est un droit fondamental relatif*

Quand bien même le droit d'auteur est un droit fondamental, il n'en est pas pour autant un droit absolu. À cet égard, dans l'affaire *Scarlet*, la

⁵⁵ Cour eur. D.H., 19 février 2013, 40397/12, *Neij et Sunde*, pt A.

⁵⁶ *Ibid.*, pt A.

⁵⁷ C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media*, C-160/15, pt 45.

C.J.U.E. s'exprime dans les termes suivants : « [l]a protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »). 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 »⁵⁸.

Peu auparavant, dans l'affaire *Promusicae*, la Cour avait déjà éprouvé la relativité de la protection du droit d'auteur lorsque celui-ci est en concours avec d'autres droits fondamentaux⁵⁹.

La relativité du droit d'auteur est encore plus prégnante au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est bien simple, la propriété intellectuelle, et donc le droit d'auteur, ne bénéficient comme tels d'aucune visibilité dans cet instrument. Certes, leur statut de droits fondamentaux est consacré par la jurisprudence de la Cour eur. D.H., en tant que composants du droit de propriété lui-même inscrit au Protocole 1^{er}, mais cela ne compense pas leur manque d'exposition dans le texte de la Convention⁶⁰. Bien plus, dans la jurisprudence de la Cour eur. D.H., le droit d'auteur n'y est véritablement traité que comme une des restrictions potentielles (parmi d'autres) au droit à la liberté d'expression. À cela s'ajoute que ce traitement se limite à quelques décisions récentes.

2. – *L'équilibre à l'intérieur et à l'extérieur de la législation sur le droit d'auteur*

D'emblée, lorsqu'il conçoit son texte phare consacré à la protection du droit d'auteur, à savoir la directive 2001/29, le législateur de l'Union ne cache pas qu'il lui faudra tenir compte de la concurrence entre le droit d'auteur et d'autres droits fondamentaux. Il s'exprime en ces termes : « L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général »⁶¹.

Ce faisant, il annonce sans détours qu'au sein même de la législation sur le droit d'auteur, une attention sera portée à des tempéraments

⁵⁸ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet*, C-70/10, pt 42.

⁵⁹ C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-265/06.

⁶⁰ Cf. *supra*.

⁶¹ Considérant 3 de la directive 2001/29.

nécessaires qui viendront réduire la protection du droit d'auteur, dans le but d'arriver à des solutions acceptables. Le texte de la directive se fait plus précis par la suite. Le considérant 14 indique en effet que dans le domaine spécifique du savoir et de la culture, des exceptions ou des limitations seront prévues « dans l'intérêt général à des fins d'éducation et d'enseignement ».

Le législateur se fera encore plus décisif dans un autre considérant, où il introduit la notion clé du « juste équilibre » laquelle trouvera ultérieurement un écho retentissant auprès de la Cour de justice. Le considérant 23 s'exprime comme suit : « [i]l convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés ». Cette fois le doute n'est plus permis : dès le départ, il est acquis que la protection que le législateur a en vue pour le droit d'auteur sera une protection raisonnable.

Pour contribuer à cette finalité, le législateur organise des exceptions et des limitations aux prérogatives de l'auteur. Il n'entre pas dans les objectifs assignés à la présente contribution de commenter – *a fortiori* de façon systématique et approfondie – la manière dont le législateur de l'Union a organisé les différentes exceptions et limitations aux droits de l'auteur⁶². Il est en revanche nécessaire d'effectuer à tout le moins les quelques constats brièvement évoqués ci-après.

Les exceptions et limitations retenues par le législateur de l'Union en 2001 étaient censées rencontrer à suffisance les intérêts essentiels des différentes catégories d'utilisateurs des œuvres protégées. À vrai dire, les intérêts identifiés à l'époque semblaient, *a priori*, effectivement correspondre aux droits fondamentaux les plus concernés, parmi lesquels, notamment : la liberté d'expression et d'information, le droit à la vie privée et familiale, le droit à l'éducation, la liberté des arts et des sciences, la liberté d'entreprise.

Au cours des années qui ont suivi l'adoption de la directive, il est néanmoins apparu que le cadre élaboré – conçu comme une liste fermée d'exceptions – était trop étroit et insuffisamment adapté à l'environnement numérique. Ceci explique que le législateur s'est vu contraint d'entamer un processus destiné à ajouter des exceptions voire assouplir des conditions d'exercice de ces exceptions au bénéfice des utilisateurs

⁶² Pour quelques réflexions générales à ce sujet, voy. S. DUSOLLIER et M. LAMBRECHT, « Les exceptions ont vingt ans : âge de raison ou de refondation », in *20 ans de nouveau droit d'auteur* (J. CABAY et al. coord.), op. cit., pp. 195-219, spéc. pp. 201 et 202.

d'œuvres. Dans ce cadre, il a notamment adopté une directive spécifique en matière d'œuvres orphelines⁶³. En outre, la Commission européenne a adopté une communication visant à arrêter une stratégie dans le but de promouvoir la diffusion des connaissances dans le marché unique⁶⁴. Étaient entre autres concernés en tant que bénéficiaires des réformes, l'enseignement, la recherche, et les personnes affectées d'un handicap. Sur ces dernières questions, notamment, la même commission a adopté un instrument supplémentaire, plus élaboré, spécialement dédié à une modernisation du droit d'auteur⁶⁵.

En marge du mécanisme des exceptions et limitations mis en place par la directive au sein même de la protection du droit d'auteur, la C.J.U.E. empruntera par la suite deux autres pistes qui viendront s'y ajouter, toujours dans le but d'éviter une surprotection du droit d'auteur.

Tout d'abord, la C.J.U.E. s'attachera à définir les objets et les éléments qui sont insusceptibles de protection par le droit d'auteur dès lors qu'ils ne satisfont pas aux conditions d'accès à la protection. Plusieurs arrêts peuvent être mentionnés à cet égard. Dans l'arrêt *Infopaq*, la C.J.U.E. a souligné que « des mots [...], considérés isolément, ne sont pas en tant que tels une création intellectuelle de l'auteur qui les utilise. Ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle »⁶⁶.

Dans l'arrêt *BSA*, la Cour a relevé que le critère d'originalité de l'œuvre ne saurait être rempli par les composantes de (l'œuvre) qui seraient uniquement caractérisées par leur fonction technique⁶⁷.

Par ailleurs, dans l'arrêt *SAS Institute*, la C.J.U.E. a observé que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur ne peut être protégée par le droit d'auteur, car il relève du domaine des idées⁶⁸.

Surtout, parallèlement aux arrêts qui précèdent, la C.J.U.E. a également rendu d'autres décisions – qui seront largement commentées

⁶³ Directive 2012/28/EU du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

⁶⁴ Commission européenne, « A digital Single Market Strategy for Europe », 6 mai, SWD(2015) 100 final.

⁶⁵ Communication de la Commission, « Promoting a Fair, Efficient and Competitive European Copyright-Based Economy in the Digital Single Market », 14 septembre 2016, COM(2016) 592 final. Ce document présente la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », 14 septembre 2016, COM(2016) 593 final.

⁶⁶ C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08, pt 45.

⁶⁷ C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bepečnostní softwarová asociace c. Svaz softwarové ochrany*, C-393/09, pt 48.

⁶⁸ C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute*, C-406/10, pts 29 et s.

ci-après – sur la question de l'équilibre à respecter entre le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux⁶⁹. Cette fois, les facteurs d'équilibre se situent en-dehors de la législation sur le droit d'auteur.

III. La mise en œuvre de l'équilibre du droit d'auteur et des autres droits fondamentaux sur Internet

A. – *La double incidence de l'équilibre des droits*

L'exercice d'équilibrage du droit d'auteur et des autres droits fondamentaux sur Internet entraîne des répercussions au moins sur deux plans.

Les répercussions les plus explicites concernent la protection judiciaire du droit d'auteur face à la contrefaçon en ligne. Les différentes décisions de la Cour eur. D.H.⁷⁰ et de la C.J.U.E.⁷¹ ont assuré une forte visibilité aux conséquences de la mise en balance sur ce plan.

Il est toutefois un autre niveau qui se trouve affecté par l'exercice d'équilibrage, à savoir celui du contenu même du droit d'auteur. Le sujet des prérogatives de l'auteur a bénéficié d'une moindre exposition sous cet angle, alors qu'il est évidemment fondamental et qu'il réclame même une attention prioritaire. Ci-après, ce ne seront que quelques exemples qui serviront à illustrer la manière dont le contenu du droit d'auteur a été impacté par l'exercice d'équilibrage. Ces exemples ne donneront lieu qu'à quelques réflexions générales, car le but n'est pas de procéder à une analyse exhaustive ni de commenter dans le détail les décisions de la C.J.U.E. qui les ont suscités⁷².

B. – *L'incidence de l'équilibre sur le contenu du droit d'auteur*

1. – *Le cas de la fourniture de liens sur Internet*

La question de savoir si le consentement de l'auteur est requis pour la fourniture de liens cliquables sur Internet est une question emblématique en droit d'auteur, qui a donné lieu à plusieurs décisions de la

⁶⁹ Cf. *infra*, à propos des arrêts *Scarlet*, *Netlog*, *UPC Telekabel*, *GS Media*, *Openbare bibliotheken*, *Eugen Ulmer* et *Deckmyn*.

⁷⁰ Cf. *infra*, III, C, à propos des décisions *Ashby*, *Neij et Sunde* et *Akdeniz*.

⁷¹ Cf. *infra*, III, C, à propos des arrêts *Scarlet*, *Sabam* et *UPC Telekabel*.

⁷² Cf. *infra*, III, C, les décisions *GS Media*, *Vereniging Openbare bibliotheken*, *Eugen Ulmer* et *Deckmyn* de la C.J.U.E.

C.J.U.E.⁷³. Elle illustre de façon particulièrement éloquente l'impact que peuvent avoir l'outil internet et d'autres droits fondamentaux que le droit d'auteur sur le contenu de celui-ci.

Dans l'affaire *GS Media*, la C.J.U.E. commence par indiquer que le traitement de la question des liens nécessite de prendre en compte la place essentielle d'Internet au sein de l'Union. Pour la Cour, les liens hypertextes contribuent à l'échange d'opinions et d'informations dans un réseau stratégique (Internet)⁷⁴.

Dans un tel contexte, les prérogatives de l'auteur sont directement affectées, en particulier par le droit à la liberté d'expression. Ce n'est pas à dire que le droit d'auteur devrait s'effacer. Simplement, il en sortira en quelque sorte reconfiguré.

Pour aboutir à sa solution, la Cour se fonde sur le besoin capital – et consacré par la directive 2001/29 – d'un équilibre entre le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux⁷⁵. Elle relève que le droit de l'Union vise à réaliser un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, ainsi que de l'intérêt général⁷⁶.

Dans cette optique, la Cour se voit naturellement amenée à tenir compte du prisme des internautes. Concrètement, dans l'affaire *GS Media*, il s'agissait pour la Cour de se placer du point de vue de l'internaute qui fournit un lien vers une œuvre mise en ligne sans l'autorisation de l'auteur. La C.J.U.E. observe que l'internaute n'est pas forcément conscient de cette absence d'autorisation, et que par ailleurs il peut être difficile d'effectuer des vérifications à cet égard⁷⁷. Il existe donc de bonnes raisons pour que l'internaute ne soit pas inquiété par l'auteur. Ce n'est que si l'internaute sait ou qu'il peut raisonnablement savoir que l'œuvre visée par son lien a été mise en ligne sans autorisation de l'auteur que l'internaute-fournisseur de lien commet lui-même un acte

⁷³ C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson*, C-466/12 ; C.J.U.E., 21 octobre 2014, *BestWater*, C-348/13 ; C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media*, C-160/15.

⁷⁴ C.J.U.E., *GS Media*, pt 45 ; cf. *supra*.

⁷⁵ Comme le rappelle la Cour, cet équilibre figure au considérant 31 de la directive 2001/29.

⁷⁶ C.J.U.E., *GS Media*, pt 31.

⁷⁷ C.J.U.E., *GS Media*, pt 46.

soumis au consentement de l'auteur – à savoir un acte de communication au public⁷⁸.

La question de la connaissance dans le chef de l'internaute se trouve donc au centre de la discussion. Et la réponse à cette question dépend des circonstances de la cause. Ainsi, pour la Cour, l'internaute sait ou doit raisonnablement savoir que l'œuvre liée a été mise en ligne sans autorisation, notamment, s'il a été averti par l'auteur ou si le lien qu'il fournit permet de contourner des mesures de restriction d'accès⁷⁹. En outre, si l'internaute agit dans un but lucratif, il est présumé savoir. Dans ces différentes situations, il commet un acte de communication au public qui relève du droit exclusif de l'auteur, sauf dans l'hypothèse où l'œuvre aurait été rendue librement disponible sur un autre site internet avec le consentement de l'auteur⁸⁰. Dans cette dernière hypothèse, en effet, le lien ne rend pas l'œuvre accessible à un « nouveau » public, dès lors que l'œuvre était déjà librement accessible à l'ensemble des internautes⁸¹.

La solution dégagée par la C.J.U.E. dans *GS Media* a été critiquée en doctrine⁸². Il a notamment été reproché à la Cour, pour caractériser un acte impliquant la responsabilité directe du fournisseur de liens, d'adopter un critère de connaissance⁸³ qui n'a pas cours sur le terrain de la responsabilité directe. Il peut cependant être répondu que ce critère constitue une exigence supplémentaire qui a été conçue dans le but de répondre à un besoin d'équilibrage du droit d'auteur et des autres droits fondamentaux. En ce sens, le droit d'auteur fait l'objet d'une reconfiguration qui est plus exigeante pour l'auteur – et qui de ce fait n'est pas défavorable à l'utilisateur de l'œuvre. Cela étant, il est exact qu'il convient de réserver cette reconfiguration au seul contexte spécifique dans lequel elle est nécessaire pour un équilibrage, sous peine de dénaturer le contenu du droit d'auteur lorsque celui-ci se situe dans un contexte ordinaire.

Une autre critique a reproché à la Cour d'avoir instauré une présomption de connaissance dans le chef du fournisseur de liens, lorsque ce dernier est animé par un but de lucre⁸⁴. Selon la critique, les opérations

⁷⁸ C.J.U.E., *GS Media*, pt 49.

⁷⁹ C.J.U.E., *GS Media*, pts 49-50.

⁸⁰ C.J.U.E., *GS Media*, pt 52.

⁸¹ Voy. à cet égard, C.J.U.E., *Svensson*, pts 25 et 26.

⁸² Voy. A. STROWEL, « L'arrêt *GS Media* sur les hyperliens : trop embrasser, mal étreindre », *ICIP-Ing. Cons.*, 2016, pp. 875-878.

⁸³ La connaissance désigne le fait que le fournisseur de liens sait ou doit raisonnablement savoir que l'œuvre vers laquelle pointe le lien a été mise en ligne sans l'autorisation de l'auteur.

⁸⁴ A. STROWEL, « L'arrêt *GS Media* sur les hyperliens : trop embrasser, mal étreindre », *op. cit.*, p. 877.

de vérification qui de ce fait seraient réclamées aux fournisseurs de liens professionnels⁸⁵ seraient « non négligeables »⁸⁶ (sous-entendu excessives ?). Il peut cependant être observé que la poursuite d'un but de lucre est un critère classique et répandu pour apprécier le devoir de prudence qui pèse sur l'utilisateur d'une œuvre⁸⁷. Si l'obligation de réserve à charge de l'utilisateur professionnel est admise dans la sphère de la responsabilité civile indirecte voire de la responsabilité pénale, elle devrait l'être *a fortiori* dans la sphère de la responsabilité directe. En outre, il ne faut pas surestimer le devoir de vérification dans une situation où le débiteur de la vérification dispose de moyens professionnels. De plus, comme le souligne la C.J.U.E., la présomption de connaissance dans le chef du fournisseur animé d'un but lucratif est réfragable, ce qui devrait achever de lui ôter un caractère prétendument excessif.

2. – *Le cas du prêt public numérique*

Les bibliothèques accessibles au public jouent un rôle déterminant pour la conservation et la diffusion de la culture⁸⁸. Il est donc essentiel de répondre à la question de savoir si, et à quelles conditions ces bibliothèques ont le droit de prêter des livres numériques⁸⁹. En règle, le prêt d'une œuvre est soumis au droit exclusif de l'auteur, en vertu de la législation communautaire⁹⁰. Toutefois, celle-ci a permis aux États membres de prévoir une dérogation en faveur du prêt public⁹¹, ce qui signifie concrètement que les bibliothèques accessibles au public ont le droit d'accorder un prêt sans devoir obtenir le consentement de l'auteur. La dérogation de prêt public poursuit un but légitime dans l'intérêt public qui est, le plus généralement parlant, l'accès universel à la culture⁹². Par ailleurs, elle préserve les intérêts de l'auteur, car elle lui garantit le droit d'obtenir une rémunération pour ce prêt. Elle réalise ce faisant un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux du public, conformément au souhait du législateur⁹³. La Cour de justice l'a formulé en ces termes : « [i]l y a lieu, enfin, de relever que l'article 6, paragraphe 1,

⁸⁵ Étant entendu que le fournisseur professionnel est animé par un but de lucre.

⁸⁶ A. STROWEL, « L'arrêt GS Media sur les hyperliens : trop embrasser, mal étreindre », *op. cit.*

⁸⁷ En droit belge, dans le domaine de la responsabilité pénale, voy. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 533 et 534, n° 671.

⁸⁸ 16 juin 2016, C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken*, § 38, concl. av. gén. SZPUNAR.

⁸⁹ *Ibid.*, § 3.

⁹⁰ Art. 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 2006/115 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur.

⁹¹ Art. 6 de la directive préc.

⁹² 16 juin 2016, C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken*, § 67, concl. av. gén. SZPUNAR.

⁹³ Le considérant 14 de la directive 2006/115 invite à préserver le droit de l'auteur en cas de prêt public.

de la directive 2006/115 est censé assurer un équilibre entre les intérêts des auteurs, d'une part, et la promotion culturelle, qui constitue un objectif d'intérêt général sous-tendant l'exception de prêt public et justifiant la possibilité pour les États membres de déroger, en vertu de cette disposition, au droit exclusif prévu à l'article 1^{er} de cette directive pour le prêt public, d'autre part. Dans ce cadre, au moins les auteurs doivent obtenir une rémunération au titre de ce prêt »⁹⁴.

Dans l'affaire *Vereniging Openbare bibliotheken* la C.J.U.E. avait à déterminer si la notion de prêt public est applicable lorsque l'œuvre est mise à disposition sous la forme d'un fichier numérique et non sous la forme d'un exemplaire tangible. En l'occurrence, il s'agissait du prêt d'une copie de livre sous forme numérique effectué en plaçant celle-ci sur le serveur d'une bibliothèque publique et en permettant à un utilisateur de reproduire ladite copie par téléchargement sur son propre ordinateur, étant entendu qu'une seule copie peut être téléchargée pendant la période de prêt et que, après l'expiration de cette période, la copie téléchargée par cet utilisateur n'est plus utilisable par celui-ci⁹⁵.

La Cour a admis que le régime du prêt public est applicable à cette hypothèse. Certes, elle a été mobilisée par le souhait de rencontrer le souci du législateur, qui vise à adapter le droit d'auteur aux réalités économiques nouvelles⁹⁶. Mais au-delà, elle a tenu à sauvegarder la contribution de l'exception de prêt public à la promotion culturelle⁹⁷.

En d'autres termes, l'équilibre du droit d'auteur et du droit d'accès à la culture a pesé sur la configuration du contenu du droit d'auteur dans l'environnement numérique.

3. – *Le cas de la reproduction numérique par une bibliothèque*

L'affaire *Eugen Ulmer* concerne le cas d'une bibliothèque qui, sans l'autorisation de l'auteur, procède à la numérisation d'un ouvrage et le met, ainsi numérisé, à la disposition des usagers à des fins de consultation via un poste de lecture électronique.

La directive permet aux bibliothèques d'effectuer une telle mise à disposition sans le consentement de l'auteur, à titre d'exception au droit exclusif de communication au public de l'auteur⁹⁸. Toutefois, elle exclut

⁹⁴ C.J.U.E., 10 novembre 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken*, C-174/15, pt 60.

⁹⁵ *Ibid.*, pt 27.

⁹⁶ *Ibid.*, pt 45.

⁹⁷ *Ibid.*, pt 51.

⁹⁸ Art. 5, § 3, sous n).

l'application de cette faculté dans le cas où l'ouvrage est « soumis à des conditions d'achat ou de licence ». Le litige portait précisément sur cette cause d'exclusion.

Dans l'affaire *Eugen Ulmer*, le titulaire du droit d'auteur (l'éditeur) estimait qu'en l'espèce la cause d'exclusion était établie car il avait fait une offre de contrat à la bibliothèque, qu'il qualifiait lui-même d'offre adéquate. La C.J.U.E. a toutefois rejeté cette position. Elle a considéré que la bibliothèque ne pouvait être privée du bénéfice de l'exception qu'en présence d'un accord contractuel effectif, en manière telle qu'une simple offre de contrat ou de licence ne suffit pas⁹⁹.

L'intérêt de cet arrêt réside notamment dans la place décisive que la Cour accorde au droit d'accès au savoir pour justifier l'application de l'exception au droit exclusif de l'auteur. Elle relève à cet égard que l'exception en cause vise à promouvoir l'intérêt public lié à la promotion des recherches et des études privées, par la diffusion des connaissances, ce qui constitue, en outre, la mission fondamentale d'établissements tels que les bibliothèques accessibles au public¹⁰⁰. Or, pour la Cour, il ne serait pas admissible que le titulaire du droit d'auteur « empêche la réalisation de cet intérêt public », en émettant une offre de contrat aux conditions qu'il détermine lui-même – ce qui constitue « une intervention unilatérale et essentiellement discrétionnaire » de la part du titulaire du droit d'auteur¹⁰¹. Elle ajoute que la position du titulaire du droit d'auteur est en outre « difficilement conciliable avec l'objectif poursuivi à l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29, qui consiste à maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts de titulaires de droits, d'une part, et d'utilisateurs d'œuvres protégées qui souhaitent communiquer celles-ci au public à des fins de recherches ou d'études privées effectuées par des particuliers, d'autre part »¹⁰².

Comme dans l'arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken*, la Cour conforte donc la limitation du droit exclusif de l'auteur en recourant à l'intérêt du public d'accéder à la diffusion des connaissances, et au nécessaire équilibre entre les droits et intérêts de l'auteur et ceux de l'utilisateur – à savoir en l'occurrence, la bibliothèque accessible au public.

⁹⁹ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Eugen Ulmer*, C-117/13, pt 30.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pt 27.

¹⁰¹ *Ibid.*, pt 28.

¹⁰² C.J.U.E., *Eugen Ulmer*, pt 31.

4. – *Le cas de la parodie sur Internet*

Dans l'affaire *Deckmyn*, l'exception de parodie a donné lieu à un arrêt particulièrement instructif de la part de la C.J.U.E.¹⁰³. Certes, l'affaire ne concernait pas spécifiquement Internet, mais cette seule circonstance est insuffisante pour la passer ici sous silence. La portée de l'arrêt sur le plan de l'équilibre des droits fondamentaux dépasse en effet largement le cas d'espèce. De surcroît, le sujet traité, à savoir la parodie, connaît un succès considérable sur Internet.

Dans *Deckmyn*, le conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression est frontal. L'atteinte alléguée au droit d'auteur consiste dans une parodie, c'est-à-dire, comme le relève la C.J.U.E., « un moyen approprié pour exprimer une opinion »¹⁰⁴. Cette manifestation spécifique de la liberté d'expression est consacrée au sein de la législation sur le droit d'auteur, comme une exception aux droits de l'auteur¹⁰⁵.

La Cour s'emploie à donner une visibilité maximale aux gages de respect que le législateur communautaire a accordés à la liberté d'expression au sein même de la législation sur le droit d'auteur. S'appuyant sur le considérant 3 de la directive 2001/29, la C.J.U.E. souligne que le droit à la liberté d'expression, de même que l'intérêt public, participent aux principes fondamentaux de droit que la directive a pour objet d'harmoniser¹⁰⁶. Se fondant ensuite sur le considérant 31 et sur sa jurisprudence antérieure, la Cour souligne que les exceptions – dont la parodie – visent à maintenir un « juste équilibre » entre, notamment, les droits et les intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part¹⁰⁷. Dans le cas de la parodie, il y a lieu, dès lors, de tenir compte de la liberté d'expression du parodiste¹⁰⁸. À cet égard, il faut veiller à ce que l'exception de parodie, malgré son statut d'exception au sein de la législation sur le droit d'auteur, conserve son effet utile et se voie respecter dans sa finalité¹⁰⁹ –laquelle finalité est liée à la liberté d'expression.

En faveur du parodiste, la C.J.U.E. considère que seules deux conditions déterminent l'admissibilité de la parodie : d'une part, la parodie doit présenter des différences perceptibles avec l'œuvre parodiée ; et

¹⁰³ C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn*, C-201/13.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pt 25.

¹⁰⁵ Art. 5, § 3, k, de la directive 2001/29.

¹⁰⁶ C.J.U.E., *Deckmyn*, pt 25.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pt 26.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pt 27.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pt 23.

d'autre part, elle doit constituer une manifestation d'humour ou de railerie¹¹⁰. Par contraste, d'autres conditions sont déclarées inapplicables, telles que l'originalité de la parodie, ou la mention de la source¹¹¹.

Cela étant, dans la perspective d'un « juste équilibre », il faut également avoir égard aux intérêts de l'auteur. À ce propos, il se peut que l'auteur puisse faire valoir des intérêts légitimes qui ne figurent pas dans la législation sur le droit d'auteur. Ainsi, dans l'affaire *Dekmyn*, la C.J.U.E. a estimé que l'auteur a un intérêt légitime à s'opposer à une parodie qui véhicule un message discriminatoire contraire à la législation de l'Union en matière d'égalité de traitement¹¹². Certes, le cas était particulier, mais il n'en reste pas moins que tant dans le chef de l'auteur que dans le chef du parodiste, les intérêts à prendre en considération dans le cadre de l'équilibre à respecter doivent être compris de manière large, avec un certain recul par rapport à la législation sur le droit d'auteur.

C. – *L'incidence de l'équilibre sur la protection judiciaire du droit d'auteur*

1. – *Les sanctions pénales et les mesures civiles de réparation*

Dans l'affaire *Ashby*¹¹³ comme dans l'affaire *Neij et Sunde*¹¹⁴, la Cour eur. D.H. était appelée à se prononcer sur la compatibilité, avec la CEDH, de sanctions pénales – des amendes¹¹⁵ et des peines d'emprisonnement¹¹⁶ – ainsi que des réparations financières qui avaient été décidées par le juge national à l'encontre de contrefacteurs.

Le test de compatibilité portait essentiellement sur la proportionnalité des mesures. Certes, il concernait également les deux autres conditions de conformité avec l'article 10, paragraphe 2, CEDH – à savoir la légalité et la légitimité des sanctions – mais ce n'est pas à leur niveau qu'il y avait matière à discussion sérieuse. En effet, sur le plan de la légalité, il était clair que les sanctions reposaient sur des dispositions nationales suffisamment précises et prévisibles. Et sur le plan de la légitimité, il n'y avait pas place pour des contestations significatives car dans les deux

¹¹⁰ *Ibid.*, pt 20.

¹¹¹ *Ibid.*, pt 21.

¹¹² *Ibid.*, pt 30.

¹¹³ Cour eur. D.H., 10 janvier 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald et autres c. France* (ci-après « *Ashby* »).

¹¹⁴ Cour eur. D.H., 19 février 2013, n° 40397/12, *Frederik Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède* (ci-après « *Neij et Sunde* »).

¹¹⁵ Dans *Ashby*.

¹¹⁶ Dans *Neij et Sunde*.

cas, les sanctions poursuivaient la répression de contrefaçons et visaient, dès lors, la protection des droits d'autrui, au sens de l'article 10, paragraphe 2, CEDH.

En revanche, la solution ne s'imposait pas avec la même évidence concernant la condition de proportionnalité – ce dernier critère servant à déterminer si l'ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » au sens où l'entend l'article 10, paragraphe 2, CEDH.

Dans *Ashby*, la Cour observe que les États disposent d'une marge d'appréciation importante lorsqu'il s'agit de mettre en balance des intérêts contradictoires, et que cette marge est particulièrement importante lorsque la contradiction porte sur des droits qui, les uns comme les autres, sont garantis par la CEDH¹¹⁷. Préalablement¹¹⁸, la Cour avait relevé que la nature de l'information en cause était telle – il s'agissait de photographies de défilés de mode – que « on ne saurait dire que les requérants [en la diffusant] ont pris part à un débat d'intérêt général »¹¹⁹. En se fondant sur ces observations, la Cour considère que le juge national n'a pas excédé sa marge d'appréciation lorsqu'il a fait prévaloir le respect du droit d'auteur sur l'exercice du droit à la liberté d'expression après avoir constaté que les plaignants avaient, *en connaissance de cause* (non souligné dans l'arrêt), diffusé les œuvres litigieuses sans l'autorisation des auteurs¹²⁰. De surcroît, la Cour estime que la hauteur des sanctions pénales et civiles ne révèle pas de disproportion, à défaut pour les requérants de produire des preuves qui démontreraient des conséquences financières en ce sens et d'établir que la procédure nationale aurait accusé des manquements sur le plan de l'équité, du contradictoire ou de l'obligation de motivation¹²¹.

Dans l'affaire *Neij et Sunde*, la Cour recourt à un raisonnement similaire à celui qu'elle avait adopté dans *Ashby*. Ici aussi, elle considère que l'État disposait en l'occurrence d'une marge d'appréciation particulièrement importante. Pour arriver à cette conclusion, elle s'appuie de manière plus franche que dans *Ashby*, sur la nature des informations en

¹¹⁷ Cour eur. D.H., *Ashby*, §§ 40 et 41.

¹¹⁸ *Ibid.*, § 39.

¹¹⁹ Même si l'arrêt *Ashby* ne le formule tel quel, ce constat-ci aurait été déterminant pour la conclusion que l'État dispose d'une marge d'appréciation particulièrement importante. La Cour le dira dans l'arrêt qu'elle prononcera peu après dans l'affaire *Neij et Sunde* : Cour eur. D.H., *Neij et Sunde*, sous le pt D.

¹²⁰ Cour eur. D.H., *Ashby*, § 42.

¹²¹ *Ibid.*, § 43.

cause¹²² et sur le fait que ces informations ne « bénéficient pas du même niveau de protection [attachée à la garantie accordée par l'article 10 CEDH] que l'expression et le débat politiques »¹²³. Par ailleurs, la Cour estime que la nature et la lourdeur des peines ne sont pas disproportionnées au regard du caractère délibéré des infractions commises, tel qu'il avait été constaté par le juge national. La Cour relève à cet égard que, ainsi que l'a constaté le juge national, « les intéressés n'avaient rien fait pour supprimer les fichiers torrent¹²⁴ litigieux, alors pourtant qu'on leur avait enjoint de les effacer, et qu'ils n'avaient tenu aucun compte du fait que des échanges de fichiers portant sur des œuvres protégées se déroulaient par l'intermédiaire du site de la PB »¹²⁵.

En définitive, dans ces deux affaires, la Cour eur. D.H. admet sans trop de difficultés la prépondérance du droit d'auteur face au droit à la liberté d'expression. Certains sont d'avis que cette faible performance de la liberté d'expression est liée à la nature commerciale de l'information diffusée en violation des droits d'auteur¹²⁶. Ils partent de la prémisse que, dans le prisme de la Cour, plus le message est commercial, moins il bénéficie de la liberté d'expression. L'on remarquera toutefois que, dans les deux décisions en question, la Cour ne fait pas de lien direct et explicite entre la nature commerciale de l'information et la sous-pondération de la liberté d'expression. Certes, la Cour relève au passage le caractère commercial de l'information en cause. Mais pour autant, elle ne décide pas de manière claire et franche que la liberté d'expression devrait s'incliner pour ce motif. En revanche, il apparaît de la décision *Neij et Sunde* que si la liberté d'expression cède, c'est plutôt au motif que la diffusion de l'information en question ne relève pas de l'expression et du débat politiques. Certes, à rebours de la Cour, on observera que si l'on veut préserver sa puissance, il ne faut pas réduire la liberté d'expression au débat politique. Le débat social ou culturel, et de manière générale, les sujets d'intérêt général sont tout aussi porteurs¹²⁷. Cette observation ne modifie cependant pas fondamentalement la discussion

¹²² Il s'agissait en l'occurrence d'œuvres telles que des films, de la musique et des jeux vidéo : Cour eur. D.H., *Neij et Sunde*, sous le pt A.

¹²³ Cour eur. D.H., *Neij et Sunde*, sous le pt D.

¹²⁴ Pour des explications techniques concernant cette notion, voy., par exemple, C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein*, C-610/15, pts 9 et 10.

¹²⁵ Cour eur. D.H., *Neij et Sunde*, sous le pt D.

¹²⁶ A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique des juges de Luxembourg », *op. cit.*, pp. 889-911, spéc. p. 899 ; D. VOORHOOF, « Copyright and the Right to Freedom of Expression and Information », *op. cit.*, p. 237.

¹²⁷ Cour eur. D.H., *Yildirim*, § 54 ; D. VOORHOOF, « Copyright and the Right to Freedom of Expression and Information », *op. cit.*, p. 228.

dans les deux cas d'espèce, car il est loin d'être établi que dans ces cas les personnes concernées auraient véritablement pris part à un débat de cette nature¹²⁸.

Pour le surplus, il a été souligné en doctrine qu'avec ces deux décisions la Cour eur. D.H. est loin d'avoir fourni suffisamment d'indications pour permettre au juge national de vérifier en toute situation et en toute confiance si la diffusion des informations litigieuses atteint le niveau de protection garanti par l'article 10 CEDH¹²⁹. Certes, la Cour eur. D.H. indique que la liberté d'expression ne l'emporte pas si l'information en cause contribue peu ou prou à l'expression ou au débat politiques. Mais cet indicateur reste isolé, et en outre, les résultats de son application ne sont pas d'une prévisibilité incontestable.

Par ailleurs, si la position de la Cour eur. D.H. est défavorable à la liberté d'expression dans ces deux affaires, celles-ci ne concernent jamais qu'un aspect particulier de la discussion relative à la protection du droit d'auteur sur Internet. Comme on le verra, la Cour eur. D.H. fournit d'autres enseignements, notamment dans le domaine du blocage et du filtrage¹³⁰.

2. – *Le filtrage des réseaux*

Bien que la notion de filtrage se comprenne de manière quasi-intuitive, il n'est pas inutile de la situer, ne fût-ce que de manière sommaire. Pour le présent propos, il suffit d'observer que la mesure de filtrage désigne une opération destinée à rendre inaccessibles (et donc à bloquer) des éléments déterminés qui ont préalablement été identifiés au sein d'un ensemble d'éléments transmis sur un réseau ou présents sur un site internet. Le filtrage implique un blocage, mais celui-ci est limité à certains éléments. Par contraste, la mesure de blocage (simple) d'un site internet entier est destinée à rendre ce site inaccessible dans sa totalité. Le blocage simple d'un site internet n'implique pas de filtrage, car la mesure tend à rendre inaccessible l'intégralité du site, sans distinguer les parties du site ou les éléments présents sur le site.

¹²⁸ A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique des juges de Luxembourg », *op. cit.*, p. 899.

¹²⁹ D. VOORHOOF, « Copyright and the Right to Freedom of Expression and Information », *op. cit.*, pp. 238 et 239.

¹³⁰ Cf. *infra*, à propos de l'affaire *Akdeniz*.

Il va par ailleurs de soi que le filtrage dont il est ici question a pour but de rendre inaccessibles des œuvres exploitées en violation des droits d'auteur.

Dans l'affaire *Scarlet*, la C.J.U.E. a rejeté le filtrage qui avait été réclamé par les ayants droit, dès lors que celui-ci méconnaissait de manière inacceptable d'autres droits fondamentaux que le droit d'auteur¹³¹. Encore faut-il préciser le type de filtrage qui avait été réclamé, et le type d'opérateur auquel l'obligation de filtrage s'adressait, sans quoi il serait difficile de suivre le raisonnement de la Cour.

L'opérateur visé par la mesure était un fournisseur d'accès à Internet, c'est-à-dire un simple transporteur d'informations, soit une partie qui n'exerce aucun contrôle de fait ni de droit sur le contenu qu'elle transporte. Les activités de cette catégorie d'opérateurs sont caractérisées à la fois par le flux continu du transport, par la masse considérable des informations transportées et par la vitesse vertigineuse à laquelle ces dernières sont transportées.

Quant à la mesure réclamée, elle impliquait que le fournisseur d'accès mette en place un système de filtrage apte à identifier en temps réel au sein de la masse des informations transportées les œuvres du répertoire d'une société de gestion de droits (la SABAM) en vue d'en empêcher la transmission. La mesure portait sur l'intégralité des communications transitant par les services du fournisseur, elle n'était pas limitée dans le temps, et elle était destinée à être implémentée aux frais exclusifs du fournisseur.

Pour la Cour, une mesure d'une telle ampleur empiète de manière excessive sur la protection d'un certain nombre de droits fondamentaux.

En l'espèce, le premier droit fondamental lésé est celui lié à la liberté d'entreprise du fournisseur d'accès, consacré à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³². La violation de ce droit résulte de plusieurs charges particulièrement lourdes imposées à l'opérateur. Le système à mettre en place est complexe et exigeant : il contraint le fournisseur à assurer préventivement la protection des œuvres qui n'ont pas encore été créées au moment de sa mise en place ; il doit être permanent ; il est coûteux et doit être effectué aux frais exclusifs de l'opérateur¹³³.

¹³¹ C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet*.

¹³² *Ibid.*, pt 46.

¹³³ *Ibid.*, pts 47 et 48.

Ensuite, la mesure affecte les droits fondamentaux des clients du fournisseur d'accès. En particulier, le système envisagé porte atteinte au droit des internautes à la protection des données à caractère personnel, dès lors qu'il implique une analyse des contenus transmis ainsi qu'un traitement des adresses IP¹³⁴. En outre, il risquerait de porter atteinte à la liberté d'information des abonnés de l'opérateur 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 licite¹³⁵.

En conséquence, la Cour conclut que s'il devait faire droit à la mesure de filtrage, le juge national ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit d'auteur, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part¹³⁶. En effet, comme la Cour le rappelle, s'il est vrai que le droit d'auteur constitue un droit fondamental, il n'en reste pas moins que sa protection doit être mis en balance avec celle d'autres droits fondamentaux¹³⁷. Pour la Cour, le caractère fondamental d'un droit comme le droit d'auteur n'en fait pas un droit intangible, et il n'exige pas une protection absolue¹³⁸.

Certes, le rejet de la mesure de filtrage dans *Scarlet* reposait encore sur un autre motif, mais il est clair que la protection outrancière du droit d'auteur aux dépens des autres droits fondamentaux a joué un rôle majeur¹³⁹.

L'affaire *Netlog* présentait des similitudes flagrantes avec l'affaire *Scarlet*, si bien que la Cour a pu reproduire de manière quasi littérale le raisonnement qu'elle avait précédemment adopté¹⁴⁰. Cela n'empêche que cette nouvelle espèce, à défaut de présenter des divergences significatives, revêtait néanmoins certaines particularités. Ainsi, la mesure de filtrage s'adressait non pas à un fournisseur d'accès, mais à l'exploitant d'un réseau social (*Netlog*), dont les activités, selon la Cour, étaient assimilables à celles d'un hébergeur¹⁴¹. Pour autant, la Cour n'en a pas déduit que le filtrage serait moins complexe à mettre en place, et

¹³⁴ *Ibid.*, pt 51.

¹³⁵ *Ibid.*, pt 52.

¹³⁶ *Ibid.*, pt 53.

¹³⁷ *Ibid.*, pt 44.

¹³⁸ *Ibid.*, pt 43.

¹³⁹ Pour la Cour, la mesure violait également l'interdiction pour le juge d'imposer au fournisseur d'accès une obligation générale de surveillance, en vertu de l'art. 15 de la directive 2000/31 ; C.J.U.E., *Scarlet*, pt 40.

¹⁴⁰ C.J.U.E., 16 février 2012, *Netlog*, C-360/10.

¹⁴¹ C.J.U.E., *Scarlet*, pt 27.

que l'hébergeur serait donc moins gêné qu'un fournisseur d'accès dans l'exercice de sa liberté d'entreprendre. De surcroît, la violation du droit à la protection des données à caractère personnel était au moins aussi important – si pas plus – dans le cas d'un réseau social comme *Netlog*. En effet, cette fois, le traitement ne portait pas simplement sur des adresses IP, mais sur des profils d'internautes – lesquels, dans le système de filtrage, étaient appelés à faire l'objet d'identification et d'analyse systématique¹⁴².

La fermeté affichée par la Cour pour rejeter le filtrage dans *Scarlet* et *Netlog* ne doit pas abuser. Si la Cour a conclu à un rejet aussi radical, c'est bien parce que le système de filtrage révélait, selon la Cour, une violation clairement excessive des droits fondamentaux, en termes de coût, de complexité, de durée, d'intrusion dans la vie privée et de blocage potentiel d'informations licites. En revanche, la Cour n'a pas condamné pour autant tout système de filtrage. Rien ne semble l'empêcher de valider un système qui éviterait les tares dénoncées dans ces deux décisions.

Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit que certains des constats effectués par la Cour dans les deux affaires sont directement liés à des données particulières. L'appréciation du coût de la mesure offre un exemple éloquent à ce propos. Dans *Scarlet*, la Cour estime que le système de filtrage généralisé est « coûteux »¹⁴³. Ce n'est toutefois pas à dire qu'aux yeux de la Cour, une mesure serait nécessairement disproportionnée pour le seul motif qu'elle serait coûteuse. Au demeurant, la Cour décidera ultérieurement dans l'affaire *UPC Telekabel* que le simple fait que la mesure représente un coût – même important – pour l'opérateur en cause n'est en soi pas de nature à porter atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise d'un fournisseur d'accès à Internet¹⁴⁴.

S'il fallait résoudre les affaires *Scarlet* et *Netlog* à travers le prisme de Strasbourg plutôt que celui de Luxembourg, il est fort probable que le résultat final serait proche. Plusieurs réflexions doctrinales particulièrement fouillées ont été développées à ce propos. À cette occasion, il a été observé que d'une manière générale, il existe une convergence de préoccupations entre les instances de l'Union européenne et celles du

¹⁴² *Ibid.*, pt 49.

¹⁴³ *Ibid.*, pt 48. L'on observera toutefois que l'arrêt ne fournit aucune information précise quant aux coûts.

¹⁴⁴ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12, pt 50.

Conseil de l'Europe¹⁴⁵. Pour le surplus, le raisonnement Strasbourgeois semble inspirer des examens bien plus détaillés que le raisonnement Luxembourgeois. Il n'entre toutefois pas dans le propos de la présente contribution d'y consacrer davantage de commentaires.

3. – *Le blocage de l'accès à un site internet*

Dans l'affaire *UPC Telekabel*, la C.J.U.E. a validé la mesure qui consiste à bloquer l'accès à un site proposant un contenu en violation du droit d'auteur, tout en précisant les conditions de cette validation.

Cet arrêt rendu en Grande chambre constitue à ce jour la décision de référence la plus importante pour une mesure de ce type. S'agissant de la défense de la liberté d'expression, la Cour affiche à la fois une grande fermeté et un sens de la nuance.

Sur le ton de la fermeté, la Cour énonce que « les mesures qui sont adoptées par le fournisseur d'accès à Internet doivent être strictement ciblées, en ce sens qu'elles doivent servir à mettre fin à l'atteinte portée par un tiers au droit d'auteur ou à un droit voisin, sans que les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services de ce fournisseur afin d'accéder de façon licite à des informations s'en trouvent affectés. À défaut, l'ingérence dudit fournisseur dans la liberté d'information desdits utilisateurs s'avérerait injustifiée au regard de l'objectif poursuivi »¹⁴⁶.

Sur le ton de la nuance, la Cour relève qu'il faut veiller à ce que les mesures « ne privent pas *inutilement* les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles »¹⁴⁷ (non souligné dans le texte). En recourant à cette formulation, la Cour indique qu'il reste admissible que la mesure empêche les internautes d'accéder à des informations. Encore faut-il que cet obstacle à l'accès ne soit pas inutile. Il semble raisonnable d'interpréter ce propos comme signifiant que l'obstacle doit être justifié et proportionné.

Par ailleurs, la Cour insiste sur la nécessité pour les États membres de mettre en place un système qui permet un contrôle serré des mesures de blocage. Tout d'abord, il faut assurer que les juridictions nationales puissent vérifier les mesures dans leur exécution concrète afin de garantir un respect du droit des internautes d'accéder à des informations

¹⁴⁵ Q. VAN ENIS, « les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *Rev. trim. D.H.*, 2013, pp. 859-886, spéc. p. 874.

¹⁴⁶ C.J.U.E., *UPC Telekabel*, pt 56.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pts 63 et 64.

licités¹⁴⁸. Ensuite, « 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 »¹⁴⁹. Sur ce dernier point, la Cour adresse une véritable prescription¹⁵⁰ aux États membres. *A priori*, rien ne laissait présager un tel interventionnisme de la part de la Cour d'autant que sur le terrain de la procédure, selon le considérant 59 de la directive 2001/29¹⁵¹ le législateur communautaire semblait faire confiance au législateur national. *A posteriori*, il apparaît toutefois que ledit considérant ne traiterait en réalité que d'aspects relativement formels. Or, la question du recours des internautes est incontestablement une question de fond, fort importante par ailleurs dès lors qu'elle porte sur des droits fondamentaux. Il n'en reste pas moins que la manière dont la Cour interprète son domaine d'intervention est remarquable.

Une autre question suscitée par ce type de mesure sur le plan de la proportionnalité concerne son efficacité, en ce sens que la mesure doit être susceptible d'atteindre l'objectif qu'elle poursuit, ou à tout le moins de contribuer à sa réalisation¹⁵². Des interrogations peuvent en effet surgir à cet égard, car, selon la technique de blocage utilisée, la mesure de blocage est susceptible d'être contournée plus ou moins aisément.

À ce propos, la Cour fait preuve de réalisme sur le plan technique. Elle relève que « [...] il n'est pas exclu qu'aucune technique permettant de mettre complètement fin aux atteintes au droit de propriété intellectuelle n'existe ou ne soit en pratique réalisable, ce qui aurait pour conséquence que certaines mesures prises seraient, le cas échéant, contournables d'une manière ou d'une autre »¹⁵³.

Pour la Cour, cette faiblesse n'empêche pas que les mesures conservent une utilité certaine. Encore fallait-il traduire un minimum d'exigence pour formuler une règle d'efficacité, fût-elle relative. La Cour énonce donc dans ce but que les mesures « 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, au

¹⁴⁸ *Ibid.*, pt 57.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pt 57.

¹⁵⁰ A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique des juges de Luxembourg », *op. cit.*, p. 907.

¹⁵¹ Le considérant 59 prévoit que les conditions et les modalités concernant la décision judiciaire ordonnant la mesure devraient relever du droit interne des États membres.

¹⁵² Q. VAN ENIS, « les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 379.

¹⁵³ C.J.U.E., *UPC Telekabel*, pt 60.

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 »¹⁵⁴.

Il en résulte donc que la mesure n'est pas disproportionnée au seul motif que ses effets ne garantissent pas la fin totale et définitive des atteintes.

Il est encore une autre question liée à la condition de proportionnalité. Celle-ci a trait à la coexistence de contenu licite et de contenu illicite sur le site visé par le blocage. Le souci est que la mesure doit être suffisamment justifiée par l'ampleur du contenu illicite, sans quoi il y aurait disproportion. À cet égard, il est permis de s'interroger sur la façon d'évaluer l'importance du contenu illicite¹⁵⁵. La Cour de justice n'a pas traité ces aspects d'une manière explicite, même s'il est clair que ceux-ci font partie des préoccupations luxembourgeoises. D'ailleurs, dans l'affaire *Stichting Brein*, où il était question d'une mesure de blocage à l'encontre du site *The Pirate Bay*, l'avocat général Szpunar y fait référence dans les termes suivants : « [...] dans ces circonstances, la privation des utilisateurs d'Internet de l'accès aux informations, découlant de la mesure de blocage du site TPB [« The Pirate Bay »], serait proportionnelle à l'importance et à la gravité des atteintes aux droits d'auteur commises sur ce site. Mon appréciation est basée tant sur la *proportion des contenus illégaux* que sur l'attitude des opérateurs dudit site »¹⁵⁶ (non souligné dans les conclusions).

Cela étant, de son côté la C.J.U.E. est *a priori* plus fuyante sur cette problématique. Elle s'abstient en effet de discuter la question de savoir quelle proportion de contenu illicite serait nécessaire pour justifier la mesure de blocage d'un site. Il n'est toutefois pas exclu qu'elle considère que cette question est inadéquate. Dans l'affaire *UPC Telekabel*, la Cour a en tout cas préféré aborder le problème sous un autre angle. Elle y a énoncé que la mesure (de blocage de site) « [ne peut priver] inutilement les internautes de la possibilité d'accéder de manière licite aux informations disponibles ». Or, plusieurs paramètres sont concevables pour évaluer l'inutilité d'une privation d'accès à du contenu licite. Il est vrai

¹⁵⁴ *Ibid.*, pt 62.

¹⁵⁵ Q. VAN ENIS, « les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 878.

¹⁵⁶ 18 février 2017, C-610/15, *Stichting Brein*, § 76, concl. av. gén. SZPUNAR.

que le paramètre quantitatif est le premier qui vient à l'esprit, à savoir la quantité de contenu licite qui serait soustrait aux internautes en cas de blocage du site concerné. Mais il convient également, sinon surtout, de prendre en considération un autre paramètre, à savoir l'existence ou non, pour les internautes, de moyens alternatifs permettant d'accéder à ces informations. Un lien éclairant peut être établi avec la jurisprudence strasbourgeoise à cet égard. Dans l'affaire *Akdeniz*, la Cour eur. D.H. observe qu'en cas de blocage du site litigieux, l'internaute ne se trouve privé que d'un moyen parmi d'autres d'accéder au contenu (il s'agissait de musique). La Cour considère que l'intéressé peut sans difficulté accéder à tout un éventail d'informations par de multiples moyens (par d'autres biais que le site bloqué) sans que cela n'entraîne une infraction aux règles régissant les droits d'auteur¹⁵⁷. Au-delà de la décision *Akdeniz*, il semble généralement admis que la proportionnalité d'une mesure restrictive puisse être justifiée par la disponibilité d'autres sources ou moyens permettant un accès à l'information en cause¹⁵⁸. Transposée à la jurisprudence *UPC Telekabel* de la C.J.U.E., cette solution signifie que les internautes ne sont pas privés inutilement de la possibilité d'accéder de manière licite à des informations disponibles lorsqu'ils ont la faculté de le faire par d'autres moyens que le site bloqué.

Certes, l'arrêt *Akdeniz* – qui déclare irrecevable la requête introduite – a été critiqué en doctrine¹⁵⁹. Il a été considéré que cette décision serait contraire à l'arrêt *UPC Telekabel* de la C.J.U.E., en ce que celui-ci oblige à organiser une procédure qui permet à l'internaute de faire valoir ses droits devant un juge. La critique laisse toutefois perplexe. La décision *Akdeniz* démontre, au contraire, qu'en l'espèce l'internaute a eu l'occasion de faire valoir ses droits devant un juge. Il est vrai que la décision *Akdeniz* décide que l'internaute ne prouve pas qu'en l'occurrence le blocage lui a causé un préjudice. Mais l'arrêt *UPC Telekabel* ne fait pas obstacle à une telle décision. Il est logique que le juge devant qui un internaute se plaint d'avoir subi un préjudice du fait d'un blocage, vérifie la réalité de ce préjudice.

Pour clore la discussion de cette question, il est clair en tout cas que sur le plan des principes, la présence de contenu licite ne fait pas, en tant que telle, obstacle à l'admissibilité de la mesure de blocage et que

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., 11 mars 2014, n° 20877/10, *Akdeniz c. Turquie*, § 25.

¹⁵⁸ A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁹ A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique des juges de Luxembourg », *op. cit.*, p. 895.

la présence d'une très grande partie de contenus illicites suffit à justifier le blocage¹⁶⁰.

Par rapport à la proportionnalité, il est encore un point qui prête à la controverse dans la doctrine. Il s'agit de la question de savoir si la mesure de blocage du site est une mesure subsidiaire en ce sens qu'elle ne pourrait être prononcée que si au préalable, une mise en demeure de retrait des informations litigieuses a été adressée à l'hébergeur¹⁶¹ (ou à l'exploitant du site). Plusieurs objections pourraient cependant être opposées à cette condition. D'emblée, il convient d'observer que la subsidiarité ne figure pas dans les textes communautaires qui organisent ce type d'injonctions¹⁶². Certes, il est parfois soutenu que cette condition résulte de manière implicite du principe de proportionnalité. Pour autant, il reste délicat d'introduire une obligation que le législateur n'a pas voulu imposer. Surtout, une telle obligation s'écartere des buts poursuivis par le législateur communautaire. L'objectif est en effet de permettre une injonction rapide et efficace à charge de l'intermédiaire qui est le mieux placé, à savoir en règle le fournisseur d'accès à Internet, d'autant que les autres intervenants sont souvent difficiles à interpeller, pour des motifs divers : l'hébergeur du site est susceptible d'être remplacé à tout moment par l'exploitant du site (comme dans le cas du site *The Pirate Bay*), et parfois il est susceptible de se situer en dehors du territoire de l'Union européenne (comme dans l'affaire *UPC Telekabel*). De surcroît, dans certaines situations, une demande de retrait de contenu litigieux n'a guère de sens, en particulier dans les cas d'atteintes massives et répétées.

4. – Filtrage et blocage : ambiguïtés

Dès lors que la décision *Scarlet* stigmatise une mesure de filtrage souvent qualifiée de « générale » par les observateurs, il semble logique de soutenir *a contrario* qu'une mesure spécifique devrait être défendable au regard du test de proportionnalité. Des réflexions doctrinales ont, dans ce but, effectué une distinction entre, d'une part, une mesure générale de filtrage, et d'autre part, une mesure spécifique de filtrage ou de blocage¹⁶³.

¹⁶⁰ Anvers, 26 septembre 2011, *A & M*, 2012, pp. 216-221.

¹⁶¹ Q. VAN ENIS, « les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *op. cit.*, pp. 882 et 883.

¹⁶² Anvers, 26 septembre 2011, *A & M*, 2012, pp. 216-221.

¹⁶³ Q. VAN ENIS, « les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *op. cit.*, pp. 875-879.

Il est toutefois important d'éviter le piège de la confusion sinon celui du paradoxe à cet égard. En réalité, la mesure de filtrage dans *Scarlet* ne mérite pas le label de mesure « générale », du moins dans tous les sens où le qualificatif « général » est susceptible d'être entendu. Certes, la mesure en question est générale au sens où elle porte sur l'intégralité des communications en provenance de l'ensemble des abonnés ou à destination de ceux-ci. Elle est également générale au sens où elle concerne l'ensemble des œuvres du répertoire de la partie requérante initiale (la SABAM), y compris les œuvres futures. Sous cet angle, elle correspond à une mesure qui n'est pas ciblée¹⁶⁴. En revanche, elle constitue une mesure spécifique et non une mesure générale, en ce qu'elle vise à limiter le blocage à certains contenus déterminés – à savoir les œuvres du répertoire de la SABAM.

Réciproquement, la mesure de blocage d'un site entier ne mérite pas le label de mesure « spécifique » dans tous les sens où le qualificatif « spécifique » peut se comprendre. Il est vrai que cette mesure est spécifique au sens où elle vise un site déterminé. Mais en même temps, d'une certaine manière, elle est générale en ce sens qu'elle rend inaccessible l'intégralité du contenu d'un site, tous contenus confondus, y compris des contenus qui seraient licites.

Cela étant, malgré le caractère partiellement spécifique de la mesure de filtrage de type *Scarlet*, et le caractère partiellement général de la mesure de blocage d'un site entier, si l'on adopte le prisme de la Cour de justice, la seconde reste préférable à la première. Certes, la seconde est susceptible de susciter des objections liées à la proportion de contenu licite sur le site en cause¹⁶⁵. Mais ces objections ont été rencontrées ci-avant¹⁶⁶. En réalité, à l'heure actuelle il ne semble plus vraiment y avoir matière à tergiversation face au choix entre la mesure de filtrage et celle de blocage de sites entiers. La première a en effet été rejetée sans aucune ambiguïté par la Cour de justice, en tout cas dans sa version « généralisée »¹⁶⁷. Quant à la deuxième, elle trouvé grâce aux yeux de cette même Cour.

¹⁶⁴ A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique des juges de Luxembourg », *op. cit.*, p. 904.

¹⁶⁵ Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 878.

¹⁶⁶ Cf. *supra*, à propos de la notion de blocage d'accès « inutile » et du critère des moyens alternatifs pour l'internaute.

¹⁶⁷ Au sens explicité ci-avant.

IV. Conclusions

Il était annoncé depuis longtemps que le droit d'auteur serait appelé à trouver un terrain d'entente avec les autres droits fondamentaux, en particulier avec le droit à la liberté d'expression. Dans la Déclaration universelle de 1966, les deux droits figurent d'ailleurs côte à côte¹⁶⁸, comme pour sceller un sort commun¹⁶⁹.

Ce n'est toutefois que de façon relativement tardive qu'au niveau européen, la tension entre les deux droits a été appréhendée dans sa pleine mesure, dans un objectif de conciliation. La responsabilité de cette lenteur a pu être imputée à une version trop traditionaliste, davantage partisane d'une approche fondée sur le droit d'auteur en vase clos que sur le droit à la liberté d'expression¹⁷⁰. Comme il a été suggéré en doctrine, au départ, deux approches sont en effet envisageables¹⁷¹. Selon une première approche, qui s'appuie sur le droit d'auteur comme centre de gravité, tel que consacré par la directive 2001/29, la liberté d'expression doit se concevoir comme une exception interne au sein de la loi sur le droit d'auteur, encadrée par des conditions strictes. Selon une deuxième approche, qui se fonde sur la liberté d'expression comme point de départ, telle que consacrée par la CEDH, le droit d'auteur constitue une restriction dont l'admissibilité doit être interprétée de manière étroite. En réalité ce n'est ni la première ni la deuxième, mais une troisième approche qui finira par s'imposer, aux termes de laquelle chacun des deux droits impose un égal respect, en manière telle que l'un ne saurait être considéré comme inférieur à l'autre.

Au fil du temps, les observateurs se sont faits de plus en plus nombreux pour préconiser une rupture avec la première approche, favorable à une forme de supériorité du droit d'auteur. L'avènement d'Internet a augmenté la pression en ce sens. La rupture est finalement venue, mais de Luxembourg, alors qu'on pouvait légitimement s'attendre à ce qu'elle vienne de Strasbourg. L'arrêt *Promusicae* de la C.J.U.E.¹⁷² constitue à ce propos une étape majeure dans le processus qui a consisté à mettre en

¹⁶⁸ Art. 27, §§ 1^{er} et 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

¹⁶⁹ Strowel et Tulkens observent qu'il s'agit tantôt du droit actif à la culture (le droit de devenir un auteur et créateur de culture), tantôt du droit passif à la culture (le droit de jouir de la culture) : A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 16.

¹⁷⁰ Voy. à ce sujet, D. VOORHOOF, « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? La parodie en tant que métaphore », in *Droit d'auteur et liberté d'expression* (A. STROWEL et F. TULKENS), *op. cit.*, pp. 39-69, spéc. pp. 55-56.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 55.

¹⁷² C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06.

place un système d'équilibrage des droits fondamentaux, lequel correspond à la troisième approche. Il est devenu définitivement clair dès cet instant que le droit d'auteur ne pouvait plus vivre en vase clos.

De manière paradoxale, la Cour eur. D.H. s'est quant à elle montrée assez discrète sur le sujet. Avant 2013, son engagement jurisprudentiel dans le conflit entre liberté d'expression et droit d'auteur était étonnamment faible, de l'aveu même de ses responsables¹⁷³. Certes, la Cour eur. D.H. a finalement pris position, par ses deux arrêts *Ashby* et *Neij et Sunde*. Mais même ces deux décisions ont suscité l'impression que Strasbourg restait timorée¹⁷⁴. Des observateurs ont alors pris le relais, comme pour compenser la frustration causée par la retenue apparente de la Cour, sur d'autres questions d'actualité liées au conflit droit d'auteur/liberté d'expression¹⁷⁵. Même si leurs réflexions sont indéniablement fort riches sur le plan théorique, il n'en reste pas moins que rien ne vaut une prise de position nette et précise de la Cour, d'autant que l'équilibre des droits constitue un exercice éminemment pratique et dépendant des circonstances de l'espèce¹⁷⁶.

De son côté, la C.J.U.E. ne s'est pas limitée à lancer le processus d'émancipation destiné à permettre au conflit droit d'auteur/liberté d'expression de sortir du carcan du droit d'auteur. Elle a entrepris d'accompagner ce processus d'une manière concrète, en particulier dans le domaine de la protection judiciaire du droit d'auteur, y compris sur le terrain de la procédure – soit un terrain qu'elle ne semblait pas avoir pour vocation d'occuper. Pour ce faire, elle n'hésite pas à adresser des indications sinon de véritables prescriptions aux autorités nationales, afin que celles-ci assurent d'une manière pratique la défense du droit d'auteur dans le respect des droits des internautes et des intermédiaires d'Internet¹⁷⁷.

Mais c'est sur le fond que les retombées du processus d'externalisation du conflit se montrent les plus impressionnantes. En réalité, la tension a fini par peser sérieusement sur le contenu même du droit d'auteur, et ce à différents niveaux. Tout d'abord, dès lors que, selon la nouvelle ligne, la C.J.U.E. promeut directement l'intérêt général et l'accès au

¹⁷³ D. VOORHOOF, « Copyright and the Right of Freedom of Expression and Information », *op. cit.*, p. 222.

¹⁷⁴ A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique des juges de Luxembourg », *op. cit.*, p. 908.

¹⁷⁵ Q. VAN ENIS, « les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *op. cit.*, pp. 859-886.

¹⁷⁶ A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁷ Cf. *supra*, à propos de l'arrêt *UPC Telekabel*.

savoir, le processus a pour effet de renforcer le champ d'application des limitations au droit d'auteur (par exemple, le prêt public numérique¹⁷⁸) et de consolider l'effet utile des exceptions (par exemple, la parodie¹⁷⁹ ou la numérisation des œuvres par des bibliothèques¹⁸⁰). Ensuite – et la chose est encore plus remarquable – le processus aboutit à reconfigurer certains aspects des droits exclusifs de l'auteur (en particulier le droit de communication au public, s'agissant de la fourniture de liens cliquables sur Internet¹⁸¹).

Bien entendu, il faut se garder de considérer que l'équilibrage des droits fondamentaux génère des conséquences qui seraient nécessairement défavorables au droit d'auteur. Par définition, cet exercice, quand bien même il s'effectue à l'extérieur de la sphère du droit d'auteur, se doit de prendre en considération la protection du droit d'auteur – sans quoi il ne mériterait pas le label d'équilibrage. Dans le domaine de la protection judiciaire du droit d'auteur, les décisions *Ashby* et *Neij et Sunde* de la Cour eur. D.H. et *UPC Telekabel* de la C.J.U.E. ont d'ailleurs démontré que la balance pouvait pencher en faveur du droit d'auteur. Par ailleurs, s'agissant du contenu du droit, la décision *GS Media* présente d'incontestables aspects positifs pour les auteurs. En outre, la C.J.U.E. conclut à des bénéfices pour le droit d'auteur, qui étaient difficilement prévisibles. En prenant du recul par rapport à la sphère du droit d'auteur pour traiter la tension droit d'auteur/liberté d'expression sur le terrain de la parodie, la C.J.U.E. a en effet indiqué que certains intérêts des auteurs méritent d'être pris en considération, même s'ils ne figurent pas dans la loi sur le droit d'auteur¹⁸².

Les réflexions qui précèdent débouchent toutes sur le constat que dans l'environnement d'Internet, les choses prennent un relief particulier, notamment, sinon surtout, parce qu'elles impliquent simultanément des droits fondamentaux contradictoires, dont le droit d'auteur, et l'accès du public au savoir. Sur Internet, la défense du droit d'auteur ne s'effectue pas de la même manière qu'ailleurs. Les sanctions y sont éminemment tributaires des circonstances. Les procédures ne peuvent plus se limiter aux procédures classiques. Sur le fond, quand il se situe sur Internet, le contenu du droit d'auteur peut, le cas échéant, justifier des aménagements. Pour autant, le propos n'est pas de suggérer l'adoption

¹⁷⁸ Cf. *supra*, à propos de l'arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken*.

¹⁷⁹ Cf. *supra*, à propos de l'arrêt *Deckmyn*.

¹⁸⁰ Cf. C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Eugen Ulmer*, C-117/13.

¹⁸¹ Cf. *supra*, à propos de l'arrêt *GS Media*.

¹⁸² Cf. *supra*, à propos de l'arrêt *Deckmyn*.

d'une réglementation particulière sur le droit d'auteur, propre à Internet. Il est plutôt de relever la nécessité d'une flexibilité du droit et de sa protection, dans un contexte spécifique qui l'impose. Dans ce cadre, l'activité judiciaire est essentielle, sans doute encore plus que l'activité législative.