

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle

George, Florence; Hubin, Jean-Benoît

Published in:
Auteurs et Media

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Hubin, J-B 2017, 'Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle', *Auteurs et Media*, numéro 3, pp. 208-237.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle

Florence George, chargée de cours à l'UNamur (CRIDS), avocate
Jean-Benoît Hubin, juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, collaborateur scientifique à l'UNamur

Afin de favoriser l'essor du réseau internet, la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique a mis en place un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun applicable à certaines catégories de prestataires intermédiaires de services de la société de l'information. Avec l'avènement du web 2.0, qui a donné naissance au phénomène des plateformes électroniques, ce régime s'est rapidement retrouvé dépassé. Ceci a conduit la jurisprudence et la doctrine à proposer une interprétation évolutive des concepts de la directive, en particulier celui d'hébergeur. En dépit de cette interprétation extensive, le régime de responsabilité mis en place par la directive 2000/31/CE n'a pas vocation à s'appliquer à tous les prestataires de services en ligne intervenant dans un contexte d'intermédiation. Sur le plan civil, les opérateurs qui sortent du champ d'application de la directive sont soumis au droit commun de la responsabilité extracontractuelle. Or, l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil aux fournisseurs de services de la société de l'information qui interviennent dans un contexte d'intermédiation pose différentes questions, en particulier lorsqu'il s'agit d'appréhender la notion de faute. Ces questions sont traitées dans le présent article, qui se concentre sur le phénomène des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur internet.

Om de ontwikkeling van het internet te bevorderen, heeft Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel een aansprakelijkheidsregeling ingevoerd die afwijkt van het gemene recht dat van toepassing is op bepaalde categorieën van verleners van diensten van de informatiemaatschappij die als tussenpersoon optreden. Met de opkomst van het Web 2.0, dat het fenomeen van elektronische platforms met zich meebracht, werd deze regeling al snel als verouderd aanzien. Dit heeft de rechtspraak en de rechtsleer ertoe geleid om een evolutieve interpretatie van de concepten van de richtlijn, met name die van hostingprovider, voor te stellen. Ondanks deze ruime interpretatie is de aansprakelijkheidsregeling ingevoerd door Richtlijn 2000/31/EG niet toepasbaar op alle aanbieders van onlinediensten die optreden als tussenpersoon. Wat de burgerlijke kant betreft, vallen marktdeelnemers die buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, onder het gemene recht van de buitencontractuele aansprakelijkheid. De toepassing van de artikelen 1382 en 1383 van het burgerlijk wetboek op verleners van diensten van de informatiemaatschappij die als tussenpersoon optreden, stelt echter verschillende vragen, met name bij het proberen te bevatten van het begrip fout. Deze kwesties worden behandeld in onderhavig artikel, dat focust op het fenomeen van de online inbreuken op intellectuele eigendomsrechten.

Introduction

1. **Propos introductifs.** – Le recours croissant à Internet a contribué à façonner différentes catégories d'opérateurs devenus indispensables au fonctionnement du réseau. Ceux-ci sont désignés sous le vocable générique de «prestataires intermédiaires de l'Internet». Ces acteurs facilitent le processus de transmission ou de diffusion des contenus, produits ou services qui transitent sur le net, sans être à l'initiative de ceux-ci⁽¹⁾. Au fil du développement

de l'Internet, certains prestataires intermédiaires ont adopté une taille considérable, de sorte que ces entreprises occupent aujourd'hui une place prépondérante dans notre économie.

Compte tenu de leur position centrale dans l'architecture du *web*, les prestataires intermédiaires apparaissent également en première ligne lorsqu'il s'agit de lutter contre les pratiques illicites en ligne. Ils présentent en effet l'avantage, pour les personnes lésées, d'être facilement identifiables – et donc localisables – et d'offrir des garanties de solvabilité. Certaines victimes ont par conséquent cherché à les impliquer, voire à leur imputer une part de responsabilité, dans le cadre de la lutte contre la circulation en ligne de contenus illicites.

En Belgique, dès 1999, le président du tribunal de commerce de Bruxelles s'est prononcé dans le cadre d'une action en cessation dirigée contre un

(1) K. PERSET, *The economic and social role of Internet intermediaries*, 2010, p. 9, <https://www.oecd.org/Internet/ieconomy/44949023.pdf>.

intermédiaire – en l'occurrence l'opérateur Belgacom – en sa qualité d'hébergeur d'un site contenant des hyperliens, parce que ces hyperliens renvoyaient les internautes vers des sites où des fichiers MP3 contenant des œuvres protégées par droit d'auteur pouvaient être téléchargés de manière illicite. Le juge des cessations avait retenu une forme de « responsabilité indirecte » de l'entreprise de télécommunication, et prononcé une condamnation sous astreinte à son égard, dès lors que l'entreprise avait été mise au courant des atteintes au droit d'auteur permises par le site hébergé sur ses serveurs, et qu'elle n'avait pas réagi aux notifications reçues⁽²⁾. Le jugement du président du tribunal de commerce fut toutefois réformé en appel, où fut privilégiée la mise en place d'une forme de procédure de *notice and takedown*⁽³⁾.

Compte tenu du risque de poursuites à charge des prestataires intermédiaires, et dans le but de ne pas freiner le développement d'acteurs indispensables à la croissance du réseau Internet – ce qui aurait grandement nui à la croissance économique – le législateur européen a fait le choix, au début des années 2000, lors de l'adoption de la directive sur le commerce électronique⁽⁴⁾, de créer un régime de *safe harbour* pour trois catégories de prestataires intermédiaires, en vue de les prémunir contre les risques de mise en cause de leur responsabilité sur les plans civil et pénal. Inspiré du *Digital Millennium Copyright Act* américain⁽⁵⁾, le régime prévu par la directive a pour but de « garantir d'une part la fourniture de services de base assurant la libre circulation en continu de l'information sur le réseau et d'autre part la fourniture d'un cadre qui permette à l'Internet et au commerce électronique de se développer »⁽⁶⁾.

À la différence du système américain, le choix posé par le législateur européen a porté sur un régime de responsabilité horizontale, applicable à tout pres-

tataire intermédiaire qui, en fonction de son activité, intègre une des trois catégories énumérées, quelle que soit la nature du comportement illicite visé et le secteur concerné (atteinte à un droit de propriété intellectuelle, publication de contenus contraires à la liberté d'expression, comportement constitutif d'une infraction pénale, etc.). En vertu des règles adoptées, et pour autant qu'ils en respectent les conditions, ces prestataires intermédiaires ne peuvent voir leur responsabilité engagée du fait des contenus émanant de tiers auxquels ils permettent l'accès ou qu'ils stockent.

2. Régime de la directive 2000/31. – La directive sur le commerce électronique a été transposée en droit belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁽⁷⁾. Les règles consacrées à la responsabilité des prestataires intermédiaires figurent désormais dans le livre XII du Code de droit économique.

Les trois catégories d'intermédiaires bénéficiant de ce régime dérogatoire de responsabilité sont les prestataires d'une activité de simple transport⁽⁸⁾, les prestataires d'une activité de stockage sous forme de copie temporaire⁽⁹⁾ et les prestataires d'une activité d'hébergement⁽¹⁰⁾.

Les prestataires d'une activité de simple transport, également désignés en tant que fournisseurs d'accès à Internet, bénéficient d'une exonération totale de responsabilité, pour autant qu'ils répondent à trois conditions :

- ne pas être à l'origine de la transmission des informations ;
- ne pas sélectionner le destinataire de la transmission ;
- ne pas sélectionner ou modifier les informations faisant l'objet de la transmission.

Les prestataires d'une activité de stockage de données sous forme temporaire, c'est-à-dire les prestataires d'un service de stockage « en cache », bénéficient du régime dérogatoire de responsabilité à condition qu'ils procèdent à un stockage automatique, intermédiaire et temporaire des informations, fait dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure. En outre, parmi les conditions qui sont imposées à l'article XII.18 du Code de droit économique, ces prestataires doivent veiller à ne pas modifier l'information qu'ils stockent. Pour conserver le bénéfice de ce régime dérogatoire de responsabilité, les prestataires de services de stockage « en cache » doivent agir promptement pour retirer

(2) Comm. Bruxelles, Prés., 2 novembre 1999, *Computerrecht*, 2000, p. 36.

(3) Bruxelles, 13 février 2001, *A&M*, 2001, p. 279.

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

(5) E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », in X., *Le commerce électronique européen sur les rails*, coll. Cahiers du CRID, vol. 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 275.

(6) Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), 21 mars 2003, COM(2003) 702 final, p. 14.

(7) M.B., 17 mars 2003.

(8) Article XII.17 C.D.E.

(9) Article XII.18 C.D.E.

(10) Article XII.19 C.D.E.

l'information qu'ils ont stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible dès qu'ils ont effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre l'accès à cette dernière impossible.

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

3. Services en ligne 2.0. – L'avènement du *web* 2.0 a rapidement bouleversé les équilibres atteints par la directive sur le commerce électronique. Il a permis l'émergence d'un large éventail d'activités en ligne, proposées par de véritables plateformes électroniques. Les plateformes jouent un rôle moteur pour l'innovation et la croissance dans l'économie numérique⁽¹¹⁾. Sans qu'il soit possible de les regrouper sous une définition unique, ces plateformes présentent différentes caractéristiques communes, telles que «la possibilité d'intervenir sur des marchés multifaces, de permettre à des parties appartenant à deux groupes d'utilisateurs au moins d'interagir directement par voie électronique, de mettre en relation différents types d'utilisateurs, d'offrir des services en ligne adaptés aux préférences des utilisateurs et fondés sur des données fournies par les utilisateurs, de classer ou de référencer des contenus, notamment au moyen d'algorithmes, des biens et des services proposés ou mis en ligne par des tiers, de réunir plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la prestation d'un service ou encore de l'échange ou du partage de contenus, d'informations, de biens ou de services»⁽¹²⁾.

Au-delà des prestataires de services techniques désignés en tant que prestataires intermédiaires par la directive sur le commerce électronique, le *web* 2.0 a donc consacré l'émergence de prestataires de services de contenus, qui jouent également un rôle

d'intermédiation entre différentes catégories d'utilisateurs et d'acteurs de l'Internet.

La directive sur le commerce électronique est muette quant au régime qu'il y a lieu d'appliquer aux prestataires de services d'intermédiation de contenus. À défaut d'une modification du texte de la directive, la jurisprudence aurait pu se retrancher derrière une lecture stricte des articles 12 à 15, en considérant que ceux-ci ne s'appliquaient qu'aux prestataires de services d'intermédiation technique. Sous l'impulsion de la Cour de justice, elle a toutefois proposé une interprétation évolutive des concepts de la directive – en particulier de la notion d'«hébergeur» – afin d'appréhender ces nouvelles formes de services en ligne. Ceci a contribué à étendre le régime dérogatoire de responsabilité institué par la directive aux plateformes électroniques, ce qui suscite des critiques, tant de la part des personnes lésées par certaines activités en ligne – en particulier les titulaires de droits de propriété intellectuelle, qui se plaignent du manque de clarté de ce régime et considèrent qu'il est inefficace dans la lutte contre la contrefaçon en ligne – que de la part des fournisseurs de services de la société de l'information, qui estiment que le régime d'exonération de responsabilité reste trop étiqué⁽¹³⁾. Les uns plaident pour une révision du régime, en vue d'obtenir une contribution des prestataires intermédiaires en contrepartie de leur concours à l'exploitation de certains contenus, tandis que les autres demandent une mise à jour du régime de la directive afin de l'adapter à l'évolution du marché et de l'innovation technologique.

4. Comportements illicites en ligne 2.0. – L'émergence du *web* 2.0 a également contribué à la nécessité de faire face à de nouvelles formes de pratiques illicites. Ainsi, au-delà des enjeux que sont notamment la lutte contre la contrefaçon, la pédopornographie, les discours de haine ou le dénigrement en ligne – qui constituaient déjà des préoccupations majeures au début du XXI^e siècle et restent d'une grande actualité – il y a lieu désormais de combattre le recours croissant aux services de la société de l'information à des fins de terrorisme, de blanchiment d'argent ou de désinformation.

Compte tenu du rôle central qu'ils occupent dans le fonctionnement du *web*, les prestataires de services d'intermédiation sont de plus en plus sollicités, par les autorités politiques, pour apporter leur concours, de manière active, à la lutte contre ces différents

(11) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'examen à mi-parcours de la mise en œuvre de la stratégie pour le marché unique numérique. Un marché unique numérique connecté pour tous, COM(2017) 228, final.

(12) Résolution du Parlement européen du 15 juin 2017 sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique (2016/2276(INI)).

(13) X., *Synopsis report on the public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy*, 2016, p. 15, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-report-contributions-public-consultation-regulatory-environment-data-and-cloud>.

phénomènes. Selon la Commission européenne, «les plateformes sont devenues des gardiennes de l'Internet, de par leur fonction d'intermédiaires dans l'accès aux informations, aux contenus et aux transactions en ligne. Les plateformes en ligne organisent l'écosystème de l'Internet, ce qui constitue une mutation profonde du *World Wide Web*, qui ouvre de nouvelles possibilités mais crée également des difficultés»⁽¹⁴⁾. Bien que la Commission ait annoncé son intention de maintenir le régime dérogatoire de responsabilité favorable à certains prestataires intermédiaires, elle envisage aujourd'hui de mobiliser ces fournisseurs de services en vue de combattre différents types d'activités illicites, par des initiatives sectorielles⁽¹⁵⁾.

5. **Plan.** – Comme le rappellent ces propos introductifs, les prestataires intermédiaires jouent donc un rôle majeur dans la régulation de l'Internet. Ils se retrouvent au carrefour d'intérêts contradictoires et sont, de ce fait, souvent sollicités en vue de lutter contre certains comportements en ligne non désirés. L'élargissement des obligations les concernant fait croître le risque qu'ils soient exposés à une mise en cause de leur responsabilité. Ceci explique leur souhait de bénéficier d'un régime de *safe harbour* les mettant à l'abri en cas d'action en justice.

De nombreuses études se sont attelées à examiner, dans le détail, le cadre légal applicable aux trois catégories de fournisseurs de services bénéficiant de l'exonération de responsabilité instituée par la directive sur le commerce électronique, en ce compris la nature des mesures qui peuvent être prises à leur égard⁽¹⁶⁾. La présente contribution adopte un point de vue différent. Partant de l'hypothèse que certains prestataires de services ne peuvent bénéficier du régime prévu par les articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique, elle envisage l'appli-

cation du droit commun de la responsabilité extracontractuelle à ces prestataires de services.

Dans un premier chapitre, nous identifions les limites du régime dérogatoire de responsabilité institué par la directive 2000/31/CE. Nous analysons ensuite, dans un deuxième chapitre, les conditions dans lesquelles un prestataire de services ne pouvant bénéficier de ce régime, peut voir sa responsabilité civile engagée, en centrant notre analyse sur la problématique des atteintes en ligne aux droits de propriété intellectuelle.

I. Limites du régime dérogatoire de responsabilité prévu par la directive sur le commerce électronique

6. **Introduction.** – Trois limites à l'application de la section 4 de la directive sur le commerce électronique paraissent pouvoir être épinglées. Celles-ci ont trait au champ d'application du texte européen, qui bénéficie exclusivement aux prestataires d'un service de la société de l'information (A), à sa limitation aux actions en responsabilité (B), ainsi qu'à l'identification des catégories de prestataires intermédiaires qui sont envisagées par les articles 12 à 14 de la directive (C).

A. Limites tenant au champ d'application de la directive sur le commerce électronique

7. **Services de la société de l'information.** – La notion de «prestataire intermédiaire» est utilisée dans plusieurs directives européennes, sans faire l'objet d'une définition propre. Le concept ne recouvre d'ailleurs pas exactement la même réalité dans les différents textes au sein desquels il apparaît⁽¹⁷⁾. Dans la directive 2000/31/CE, la notion d'intermédiaire désigne certains prestataires de services de la société de l'information, dont les services sont utilisés par un tiers pour commettre un acte illicite. Dans les instruments de droit dérivé relatifs au secteur de la propriété intellectuelle, le terme recouvre une réalité plus large, en ce qu'il ne se limite pas aux activités en ligne. Dans la directive 2004/48/CE sur la

(14) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'examen à mi-parcours de la mise en œuvre de la stratégie pour le marché unique numérique. Un marché unique numérique connecté pour tous, COM(2017) 228, final.

(15) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM(2016) 288 final.

(16) Pour une analyse approfondie des conditions prévalant à l'exonération de responsabilité de ces trois catégories d'intermédiaires, voy. A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, «La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'Internet», *J.T.*, 2001, pp. 142-144; C. DE PRETER, «Wie heeft nog boodschap aan de boodschap?», *A&M*, 2003, pp. 259-266.

(17) V. DELFORGE, D. GOBERT et J.-P. MOINY, «Blocage de site *web* à contenu illégal: la Cour de justice affine sa jurisprudence», *R.D.T.I.*, 2014, pp. 41-42.

protection des droits de propriété intellectuelle⁽¹⁸⁾, la notion d'intermédiaire vise ainsi un groupe fort large de prestataires, dont les activités peuvent être de nature très différente⁽¹⁹⁾. Il en va de même dans la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur dans la société de l'information⁽²⁰⁾. L'emploi du terme «intermédiaire», dans ces directives, dépasse l'intermédiation technique telle qu'elle était conçue au moment de l'adoption de la directive sur le commerce électronique.

La première limite du régime d'exonération de responsabilité prévu par la directive sur le commerce électronique est donc liée à son champ d'application, qui porte exclusivement sur certaines catégories de services de la société de l'information.

La notion de service de la société de l'information n'est pas expressément définie dans la directive sur le commerce électronique. Son article 2, a), renvoie à la définition figurant à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE⁽²¹⁾ ⁽²²⁾. Celle-ci est reprise à l'article I.18^o du Code de droit économique, qui décrit le service de la société de l'information comme «tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service»⁽²³⁾. Seuls des prestataires intermédiaires actifs dans l'environne-

ment numérique peuvent donc bénéficier du régime d'exonération que la directive 2000/31/CE institue.

8. Activités hors ligne. – Compte tenu du champ d'application de la directive sur le commerce électronique, le régime d'exonération applicable aux prestataires intermédiaires ne peut être invoqué par les prestataires de services actifs hors ligne. Ainsi, alors que dans l'environnement virtuel un opérateur proposant un service de place de marché en ligne peut échapper à la mise en cause de sa responsabilité, s'il établit qu'il a le statut d'hébergeur au sens de l'article 14 de la directive⁽²⁴⁾, au contraire, dans le monde physique, une entreprise qui fournit à des tiers un service de location ou de sous-location d'emplacements sur une place de marché, grâce auquel ceux-ci ont un accès à cette place et y vendent des marchandises, ne pourra tirer parti du régime dérogatoire de responsabilité. Si des produits contrefaisants sont commercialisés dans les locaux que loue ou sous-loue cette entreprise, elle aura le statut «d'intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle», au sens de la directive 2004/48/CE⁽²⁵⁾.

9. Activités non rémunérées. – Le champ d'application de la directive sur le commerce électronique est également limité aux opérateurs en ligne dont le service est presté *normalement contre rémunération*.

Il ressort du dix-huitième considérant de la directive que l'exigence selon laquelle le service en ligne doit faire l'objet d'une rémunération est soumise à une interprétation extensive :

«Les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne (...). Dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données (...).»

La Cour de justice a confirmé que les services de la société de l'information englobaient «des services fournissant des informations en ligne pour lesquels le prestataire est rémunéré non pas par le destinataire, mais par les revenus générés par des publicités

(18) Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, articles 9 et 11.

(19) B. MICHAUX, «Les nouvelles dispositions procédurales relatives aux injonctions à l'encontre des intermédiaires (articles 8, 9 et 11 de la directive 2004/48)», in F. BRISON (éd.), *Sanctions et procédures en droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 264.

(20) Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, article 8.3.

(21) Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.*, L 204, 21 juillet 1998.

(22) La directive 98/34/CE a été abrogée par la directive 2015/1535/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (*J.O.*, L 241, 17 septembre 2015). La notion de service de la société de l'information est reprise à l'article 1^{er}, § 1, b), de la directive 2015/1535/UE.

(23) Pour une analyse des éléments de cette définition, voy. A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRATE, *op. cit.*, *J.T.*, 2001, pp. 134-135.

(24) Voy. *infra* n° 24.

(25) C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Tommy Hilfiger*, aff. C-494/15, § 28.

diffusées sur un site Internet»⁽²⁶⁾. Une prestation de nature économique réalisée à titre gratuit peut donc constituer un «service de la société de l'information», dès lors que la rémunération n'est pas nécessairement versée par les personnes qui bénéficient⁽²⁷⁾ du service.

Ces précisions sont d'une grande importance, à l'heure où nombre de plateformes électroniques proposent un service «gratuit» à destination de leurs utilisateurs, mais obtiennent une rémunération grâce à la revente, à des annonceurs publicitaires, des données collectées auprès de ces utilisateurs. Le fait que leur service ne soit pas payant, pour les utilisateurs, n'exclut donc pas que la directive sur le commerce électronique s'applique à ces plateformes. Par contre, et de manière assez paradoxale, une plateforme électronique ne générant aucun revenu, par exemple parce qu'elle s'inscrit dans un modèle collaboratif désintéressé ou dans le cadre d'un service public, ne pourrait en principe revendiquer l'application des dispositions de la directive⁽²⁸⁾.

10. Activités mixtes. – Les services en ligne les plus récents s'inscrivent dans le cadre de plateformes mixtes. Ils proposent un service d'intermédiation virtuel, conduisant à la prestation d'un service dans le monde physique.

Le régime applicable à ces plateformes qui fournissent notamment – mais pas uniquement – un service de la société de l'information, met en évidence les limites du cadre légal en vigueur.

Dans un arrêt du 20 décembre 2017, la Cour de justice s'est prononcée quant à la qualification du service proposé par la plateforme *Uber*, qui fournit un service de transport au départ d'une application en ligne. L'enjeu, soulevé par une juridiction espagnole, était de savoir si l'activité d'*Uber* pouvait être soumise à un régime d'autorisation administrative. Compte tenu de l'harmonisation opérée, au niveau européen, par la directive sur le commerce électronique, un tel système d'autorisation administrative n'était envisageable qu'à la condition que le service proposé par *Uber* soit qualifié de service de transport, et non de service de la société de l'information.

La Cour de justice a relevé que l'activité de ce type d'opérateurs était constituée de plusieurs services distincts. Selon la Cour de justice, lorsque le service de la société de l'information ne peut être dissocié d'un autre service, sans lien avec l'univers virtuel, ceux-ci doivent être appréhendés comme un service global. Pour déterminer si la directive sur le commerce électronique régit ce service global, il y a lieu d'avoir égard à son élément principal. En l'espèce, c'est le service de transport qui a été jugé prépondérant⁽²⁹⁾. La Cour de justice a par conséquent estimé que rien ne s'opposait à ce qu'*Uber* fasse l'objet d'un régime d'autorisation administrative. Cette jurisprudence a été confirmée dans un deuxième arrêt de la Cour de justice daté du 10 avril 2018⁽³⁰⁾.

L'arrêt *Uber* du 20 décembre 2017 a été rendu sur conclusions conformes de l'avocat général Szpunar, pour qui «dans le cas des services mixtes, c'est-à-dire des services comportant des composantes électronique et non électronique, un service peut être considéré comme entièrement transmis par voie électronique, en premier lieu, quand la prestation qui n'est pas fournie par voie électronique est économiquement indépendante du service qui est fourni par cette voie. (...) En revanche, lorsque le prestataire du service fourni par voie électronique est également le prestataire du service qui n'est pas fourni par cette voie ou lorsqu'il exerce sur les conditions de la prestation de ce dernier service une influence décisive, de sorte que les deux forment un tout indissociable, il convient, à mon avis, de déterminer l'élément principal de la prestation envisagée, c'est-à-dire celui qui lui donne son sens économique. La qualification de

(26) C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, aff. C-291/13, § 30.

(27) C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, aff. C-484/14, § 42.

(28) Voy. le jugement du tribunal de première instance d'Anvers du 3 décembre 2009 (*A&M*, 2010, p. 560) qui constate que le régime instauré par la loi du 11 mars 2003 n'est pas en tant que tel applicable à un forum de discussion qui n'est pas commercialement exploité, mais considère que les principes qu'elle contient doivent s'appliquer *mutatis mutandis* aux prestataires intermédiaires qui n'ont pas de finalité commerciale, sous peine de leur appliquer, de manière injustifiée, un traitement plus lourd que celui réservé aux prestataires qui exploitent un service de la société de l'information à titre commercial. Cette décision a toutefois été critiquée, en ce que le tribunal de première instance d'Anvers n'aurait pas fait une correcte application du concept de «service de la société de l'information», dès lors que l'exploitant du forum de discussion percevait une rémunération indirecte, par la voie de revenus publicitaires (B. VAN BESIEN, «La responsabilité des gestionnaires de forums de discussion "non commerciaux"», *A&M*, 2010, p. 563-564). Un constat similaire est dressé, au sujet du statut de fournisseur d'accès à Internet, par B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, «2017 : retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la directive e-Commerce», in F. PETILLION (dir.), *Respect des droits intellectuels en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 67.

(29) C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber*, aff. C-434/15, § 40.

(30) C.J.U.E., 10 avril 2018, *Uber France c. Nabil Bensalem*, aff. C-320/16.

service de la société de l'information implique que ce soit cet élément principal qui est accompli par voie électronique»⁽³¹⁾.

Bien que cette affaire n'ait pas directement trait à l'application du régime dérogatoire de responsabilité prévu par la directive, il faut mesurer l'impact que la jurisprudence de la Cour de justice pourrait avoir sur le régime applicable aux plateformes qui, à l'image d'*Uber*, tirent parti d'un service de la société de l'information pour proposer la fourniture d'un service dans le monde physique. On peut en effet déduire des deux arrêts *Uber* que le régime dérogatoire de responsabilité prévu par la directive sur le commerce électronique ne trouve à s'appliquer, pour les prestataires intermédiaires proposant un service mixte, qu'au service de la société de l'information constituant ce service, s'il peut être identifié de manière individualisée. Si les services offerts ne peuvent être dissociés, ce n'est que si le service de la société de l'information constitue l'élément principal de la prestation proposée que, le cas échéant, le régime dérogatoire pourrait être invoqué. Dans les autres hypothèses, la plateforme électronique verra sa responsabilité engagée sur la base du droit commun. Il pourrait donc s'agir d'une importante limite apportée au champ d'application du régime de responsabilité propre aux prestataires intermédiaires de l'Internet.

B. Limites liées à la portée de l'action en responsabilité

11. Injonctions à l'encontre des intermédiaires. – D'un point de vue procédural, le régime spécifique prévu par la directive sur le commerce électronique, pour les intermédiaires en ligne, ne s'applique que dans l'hypothèse d'une action au fond. Il a en effet été précisé, dès l'adoption de la directive sur le commerce électronique, que «les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible»⁽³²⁾.

Ainsi, si une action au fond peut être paralysée par les mécanismes d'exonération de responsabilité prévus par la directive, ceux-ci sont, par contre, sans effet sur les mesures avant-dire droit qui seraient demandées contre un prestataire intermédiaire. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, les directives 2001/29/CE et 2004/48/CE envisagent d'ailleurs expressément le prononcé d'injonctions contre les intermédiaires dont les services sont utilisés pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Il a en effet été constaté qu'indépendamment de toute question relative à leur responsabilité, les prestataires intermédiaires étaient les mieux à même de mettre fin aux atteintes portées dans l'environnement numérique⁽³³⁾.

En droit belge, un prestataire intermédiaire au sens des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique peut donc se voir imposer des mesures au provisoire dans le cadre d'une procédure en référé, d'une action avant-dire droit, voire même d'une procédure sur requête unilatérale.

12. Action en cessation. – La possibilité d'obtenir une injonction en cessation contre un prestataire intermédiaire, dans le cadre d'une procédure «comme en référé», a mis en évidence une particularité du droit belge⁽³⁴⁾. Dans notre système procédural, les actions en cessation ont en effet une portée qui dépasse le cadre du *provisoire*. Bien qu'elles empruntent les formes du référé, ces actions saisissent le juge *au principal* et l'amènent à trancher, de manière définitive, la question de l'atteinte qui fonde sa saisine⁽³⁵⁾. En principe, ce qui a été tranché en cessation s'impose au juge du fond ultérieurement amené à apprécier la question de la responsabilité⁽³⁶⁾. Compte tenu de cette règle procédurale, certains auteurs avaient initialement suggéré une interprétation restrictive du quarante-cinquième

(31) Conclusions de l'avocat général Szpunar présentées le 11 mai 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber*, aff. C-434/15, §§ 33 et 35.

(32) Considérant n° 45.

(33) Considérant n° 59 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information.

(34) A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *op. cit.*, *J.T.*, 2001, pp. 141-142.

(35) G. CLOSSET-MARCHAL, «Éléments communs aux procédures "comme en référé"», in J. VAN COMPERNOLLE et M. STORME (éd.), *Le développement des procédures "comme en référé"*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 22.

(36) C. DALCQ, «Les actions "comme en référé"», in J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH (dir.), *Le référé judiciaire*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, p. 184; H. BOULARBAH et X. TATON, «Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes): principes, conditions et caractéristiques», in G.-A. DAL (dir.), *Le tribunal de commerce: procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, p. 62.

considérant de la directive 2000/31/CE, en limitant la possibilité d'actions contre les prestataires intermédiaires aux seules procédures où le juge statue *au provisoire*⁽³⁷⁾. La jurisprudence s'est toutefois écartée de cette position⁽³⁸⁾, considérant que le régime prévu par la directive s'adressait exclusivement au juge de la responsabilité et était sans incidence pour le juge saisi comme en référé, et ce « dans la mesure où l'action en cessation ne suppose aucun constat préalable d'une faute dans le chef de l'intermédiaire »⁽³⁹⁾.

La controverse évoquée a été réglée, en ce qui concerne la protection des droits de propriété intellectuelle, à l'occasion de l'adoption de la loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle⁽⁴⁰⁾. Depuis l'adoption de cette loi, le juge des cessations dispose de la faculté de « rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers » pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle⁽⁴¹⁾. Avec cette précision, qui assure une transposition adéquate des directives 2001/29/CE et 2004/48/CE, le législateur a fait la distinction entre l'action en cessation dirigée contre l'auteur de l'atteinte et celle visant un prestataire intermédiaire. Il est aujourd'hui acquis que l'injonction prononcée, en cessation, contre un intermédiaire, n'implique pas que l'atteinte au droit de propriété intellectuelle lui soit automatiquement imputée et qu'une faute soit établie dans son chef, ce qui laisse donc sauve la question de sa responsabilité⁽⁴²⁾. Il est par conséquent important que le juge des cessations veille à respecter le cadre précis de sa saisine et qu'il évite de prendre position quant à la question de la responsabilité de l'intermédiaire visé par la demande d'injonction.

Au-delà du droit de la propriété intellectuelle, des actions en cessation pourraient également être menées contre des intermédiaires de l'Internet, par exemple si les agissements en ligne d'une entreprise constituent un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens de l'article VI.104 du Code de droit économique. Cette action en cessation serait fondée sur l'article XVII.1^{er} du Code. La difficulté d'articuler *cessation* et *fond* ressurgit dans ce type d'action, le juge des cessations étant en effet appelé à se prononcer sur l'existence d'une violation d'une règle matérielle prévue par le Code de droit économique. Il nous semble toutefois que, compte tenu de la formulation du quarante-cinquième considérant de la directive sur le commerce électronique, le juge des cessations est habilité à adopter une injonction de cessation visant à mettre un terme ou à prévenir un acte constituant une infraction aux dispositions du Code de droit économique⁽⁴³⁾. L'identification d'un acte qui viole les dispositions du Code n'implique toutefois pas que cet acte illicite soit nécessairement imputable à l'intermédiaire visé par l'injonction de cessation, ce qui laisse non résolue la question de sa responsabilité dans le cadre d'une action au fond ultérieure.

C. Limites relatives aux activités des prestataires intermédiaires en ligne

13. Propos introductifs. – Plutôt que de chercher à proposer une définition générale du concept de prestataire intermédiaire, ou à viser certains types de contenus en particulier, le régime de responsabilité prévu par les articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique est circonscrit à trois catégories de prestataires de services de la société de l'information.

Le développement du réseau Internet a rapidement mis en évidence les limites de ces trois catégories et la nécessité de confronter le régime dérogatoire de responsabilité à d'autres formes d'activités en ligne. Il n'est pas aisé de dégager des principes généraux à la lecture des décisions de jurisprudence intervenues. Dans la présente section, nous présenterons les principales activités en ligne pour lesquelles le régime de responsabilité de la directive sur

(37) Voy. A. CRUQUENAIRE et J. HERVEG, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet et les procédures en référé ou comme en référé », *J.T.*, 2002, p. 310; C. DE PRETER et T. DE MEESE, « Het aansprakelijkheidsregime voor ISP's en andere tussen personen in de wet elektronische handel: onbekend en onbemind... », *R.D.C.*, 2007, pp. 240-241. *Contra* : E. MONTERO et Y. COOL, « Le *peer-to-peer* en sursis ? », *R.D.T.I.*, 2005, pp. 98-100.

(38) Civ. Bruxelles, Prés., 26 novembre 2004, *R.D.T.I.*, 2005, p. 89; Civ. Anvers, Prés., 5 octobre 2006, *R.D.C.*, 2007, p. 233.

(39) Civ. Bruxelles, Prés., 29 juin 2007, *I.R. D.I.*, 2007, p. 442.

(40) *M.B.*, 10 mai 2007.

(41) Suite à l'adoption du Code de droit économique, ces mesures ont été intégrées aux articles XI.334, § 1^{er}, alinéa 2, et XVII.14, § 4, du Code.

(42) B. MICHAUX, *op. cit.*, 2008, pp. 280-282.

(43) Voy. en ce sens Comm. Liège, Prés., 20 décembre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, p. 98. Dans cette décision, le président du tribunal de commerce de Liège retient toutefois l'existence d'une faute dans le chef de l'hébergeur, au motif que ce dernier n'avait pas agi promptement pour bloquer l'accès à une information illicite qui lui avait été dénoncée.

le commerce électronique a été revendiqué, avec des succès variés.

a) *Activités volontairement non régulées au moment de l'adoption de la directive sur le commerce électronique*

14. Moteurs de recherche au sens strict. – Lors de l'adoption de la directive sur le commerce électronique, il fut décidé de ne pas étendre le régime dérogatoire de responsabilité aux moteurs de recherche. Ceci ressort expressément de l'article 21 de la directive qui prévoit qu'un réexamen du texte européen doit être effectué de manière périodique, à l'occasion duquel doit être analysée la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des services de moteur de recherche.

Lors du premier examen de la directive, en 2003, il a été constaté que certains États membres avaient spontanément décidé d'étendre le mécanisme de limitation de responsabilité aux services de moteur de recherche⁽⁴⁴⁾. Malgré l'importance des moteurs de recherche dans le fonctionnement du réseau Internet, la Commission n'a toutefois pas conclu à la nécessité de généraliser cette règle⁽⁴⁵⁾.

L'absence de régime spécifique applicable aux moteurs de recherche a été soulignée par la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 5 mai 2011⁽⁴⁶⁾. On relève toutefois que, dans cette affaire, l'entreprise Google était poursuivie du fait d'une activité propre, consistant à reproduire sans autorisation des articles de presse protégés par le droit d'auteur, et non en raison de son activité de moteur de recherche en tant que telle. Or le régime d'exonération prévu par la directive ne peut s'appliquer que par rapport aux faits de tiers, et non en raison de faits propres aux prestataires intermédiaires en tant que tels⁽⁴⁷⁾. Dans son arrêt, la cour d'appel de Bruxelles a néanmoins souligné que, «dès lors que les moteurs de

recherche ne bénéficient pas du régime juridique spécifique à la catégorie des intermédiaires techniques bénéficiant d'une immunité de principe, c'est le droit commun qui s'applique (...)».

En droit belge, l'activité de moteur de recherche échappe donc, en principe, au régime dérogatoire de responsabilité de la directive. Cela étant, dans le cadre d'un service de moteur de recherche – à savoir un outil de navigation orientant les internautes vers les sites qu'ils recherchent – les actes posés par le prestataire de service – tels que le stockage en cache du contenu des sites Internet qu'il indexe, pour autant que le contenu stocké ne soit pas rendu accessible – peuvent bénéficier du régime de la directive, en fonction du type d'acte réalisé. En outre, anticipant la jurisprudence de la Cour de justice, certaines juridictions nationales ont ponctuellement qualifié les activités des moteurs de recherche d'activités d'hébergement⁽⁴⁸⁾.

15. Fournisseurs de liens hypertextes. – Dès 2004, dans le cadre d'une affaire portant sur la responsabilité pénale de l'exploitant d'un site Internet compilant des hyperliens renvoyant vers des pages à contenu pédopornographique, la Cour de cassation a jugé que le régime dérogatoire de responsabilité ne trouvait pas à s'appliquer à l'activité de fourniture de liens hypertextes. Elle a jugé que les dispositions fixant un régime de responsabilité particulier pour les prestataires intermédiaires «ne prévoient l'exclusion de la responsabilité que pour chaque prestataire de services qui agit en tant qu'intermédiaire au sens de cette loi du 11 mars 2003, dans la mesure où son activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, ce qui implique que l'intermédiaire ne connaît pas et n'exerce pas de contrôle sur l'information qui est transmise ou stockée»⁽⁴⁹⁾. Cet arrêt, qui anticipe la jurisprudence de la Cour de justice⁽⁵⁰⁾, a été fortement critiqué, la doctrine soulignant que la Cour de cassation avait confondu «le concept d'intermédiaire et les conditions auxquelles un prestataire bénéficie d'une exonération de responsabilité pour certaines activités intermédiaires»⁽⁵¹⁾.

Dans la sphère du droit d'auteur, c'est sous l'angle du droit de communication au public que la

(44) Il s'agit de l'Espagne, du Portugal, de l'Autriche et du Liechtenstein.

(45) Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), 21 mars 2003, COM(2003) 702 final, pp. 14-15.

(46) Bruxelles, 5 mai 2011, *A&M*, 2012, p. 202.

(47) B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, «2017 : retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la directive e-Commerce», in F. PETILLION (dir.), *Respect des droits intellectuels en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 60-61.

(48) T. VERBIEST, G. SPINDLER, G.M. RICCIO et A. VAN DER PERRE, *Study on the liability of Internet intermediaries*, 2007, pp. 88-89.

(49) Cass., 3 février 2004, *Pas.*, 2004, p. 200.

(50) Voy. *infra* n° 18.

(51) E. MONTERO, «Les responsabilités liées au web 2.0», *R.D.T.I.*, 2008, pp. 366-368. Voy. également F. DE PATOUL et I. VERECKEN, «La responsabilité des intermédiaires de l'Internet : première application de la loi belge», *R.D.T.I.*, 2004, p. 56.

fourniture de lien hypertexte a été examinée. La Cour de justice a été saisie de plusieurs questions préjudicielles consistant à déterminer si le fait de placer, sur un site Internet, un lien hypertexte vers des œuvres protégées constituait un acte de «communication au public» dans le chef du fournisseur de liens.

Dans son arrêt *Svensson* du 13 février 2014, la Cour de justice a, dans un premier temps, estimé que l'exploitant d'un site Internet qui publiait un lien hypertexte réalisait un acte de communication au public éligible à la protection du droit d'auteur, pour autant que la communication soit adressée à un «public nouveau»⁽⁵²⁾, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils avaient autorisé la communication initiale de leur œuvre au public⁽⁵³⁾. Selon la Cour, il n'y a pas de public nouveau «lorsque l'ensemble des utilisateurs d'un autre site auxquels les œuvres en cause ont été communiquées au moyen d'un lien cliquable pouvaient directement accéder à ces œuvres sur le site sur lequel celles-ci ont été communiquées initialement»⁽⁵⁴⁾.

La Cour de justice a ensuite été saisie d'une affaire où le lien hypertexte renvoyant vers un fichier électronique contenant des œuvres protégées avait été publié contre la volonté expresse des titulaires de droits. Dans son arrêt *GS Media* du 8 septembre 2016, la Cour a jugé que «lorsqu'il est établi qu'une personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, par exemple en raison du fait qu'elle en a été avertie par les titulaires du droit d'auteur, il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une «communication au public»»⁽⁵⁵⁾. Elle a ajouté que cette connaissance pouvait être présumée en raison du caractère lucra-

tif de l'activité de la personne fournissant le lien⁽⁵⁶⁾. Enfin, la Cour a considéré qu'il fallait également voir un acte de communication au public lorsque le lien hypertexte «permet aux utilisateurs du site Internet sur lequel celui-ci se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés, le placement d'un tel lien constituant alors une intervention délibérée sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées»⁽⁵⁷⁾.

Dans le contexte du droit d'auteur, c'est donc sous le prisme du droit de communication au public, qui est recherché directement dans le chef du fournisseur de liens, qu'est examinée l'activité de mise à disposition d'hyperliens. Le prestataire d'un service de fourniture de liens hypertextes ne peut donc revendiquer le statut de prestataire intermédiaire dans le cadre de cette activité. Dans les autres domaines, le problème du régime de responsabilité applicable à un prestataire d'un service d'hyperliens reste fortement ignoré.

b) Activités apparues après l'adoption de la directive sur le commerce électronique

(i) L'évolution du concept d'hébergeur

16. L'hébergement 2.0. — L'avènement du *web 2.0* a eu pour conséquence de renouveler les activités d'intermédiation en ligne. Depuis son émergence – généralement située en 2006-2007 – une place prépondérante est laissée aux internautes, qui jouent désormais un rôle actif, contributif et dynamique, dans la production et la publication des contenus en ligne⁽⁵⁸⁾. Ceci a renforcé les échanges virtuels, favorisant l'émergence de nouvelles plateformes, qui accueillent les contenus générés par leurs utilisateurs.

Les plateformes revendiquent, en général, le bénéfice du régime dérogatoire de responsabilité institué par la directive sur le commerce électronique. Revendiquant le statut d'«hébergeur», elles se prévalent du stockage virtuel des informations fournies par leurs utilisateurs⁽⁵⁹⁾.

(52) Le critère du «public nouveau» retenu par la Cour de justice a été critiqué, en raison de son déficit de base légale (J. GINSBURG, «La Cour de justice de l'Union européenne crée un droit européen de la responsabilité dérivée en matière de contrefaçon du droit d'auteur», *A&M*, 2017, p. 9). Comme le révèle l'arrêt *Stichting Brein* du 26 avril 2017, il semble désormais que, dans la jurisprudence de la Cour, le critère déterminant pour apprécier l'existence ou non d'un nouvel acte de communication au public réside dans l'identification du caractère licite ou non de la source de cette communication (C.J.U.E., 26 avril 2017, *Stichting Brein*, aff. C-527/15, §§ 47 et s.).

(53) C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson*, aff. C-466/12, § 24.

(54) *Ibidem*, § 26.

(55) C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media*, aff. C-160/15, § 49.

(56) *Ibidem*, § 51.

(57) *Ibidem*, § 50.

(58) Pour une présentation des caractéristiques du *web 2.0* et de son impact en termes réglementaires, voy., P. TRUDEL, «La régulation du *web 2.0*», *R.D.T.I.*, 2008, pp. 283-307.

(59) C. DE CALLATAÏ, «Les responsabilités liées aux messages postés sur Internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du *web 2.0*», *A&M*, 2013, p. 167.

Afin de rendre leur service attractif, ces applications proposent toutefois des fonctions complémentaires au simple hébergement, consistant notamment dans la structuration et la recherche des contenus publiés par les utilisateurs⁽⁶⁰⁾. Ainsi, les plateformes ont contribué à l'émergence d'un modèle hybride d'hébergement 2.0, résidant non seulement dans le stockage virtuel de contenus, mais également dans le traitement de ceux-ci.

Nous verrons dans les développements ci-dessous que la doctrine a proposé que l'activité de ces nouveaux prestataires de services de la société de l'information soit analysée sous une perspective fonctionnelle. La Cour de justice s'est toutefois écartée de cette approche, en privilégiant une analyse plus englobante.

17. Approche fonctionnelle. – L'émergence de nouvelles applications, dans le *web* 2.0, a conduit la doctrine à faire évoluer l'interprétation du concept d'hébergeur. Le régime de responsabilité auquel les prestataires intermédiaires sont assujettis a en effet été conçu à une époque où les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne n'avaient ni la taille, ni les caractéristiques, qu'ils présentent aujourd'hui⁽⁶¹⁾. Alors que l'activité d'hébergement désignait initialement l'activité technique de stockage du contenu de sites Internet, il a été proposé de dépasser cette conception matérielle, au profit d'une analyse fonctionnelle, selon laquelle l'hébergement recouvre toute prestation consistant à stocker, même virtuellement, des données fournies par un tiers⁽⁶²⁾. Selon cette conception, le régime applicable à un prestataire intermédiaire doit être envisagé, au cas par cas, pour chacune des activités qu'il déploie. Il ne faut pas chercher à catégoriser le prestataire de services en ligne sur la base d'une analyse globale de son activité – conduisant à l'application d'une logique binaire⁽⁶³⁾ – mais prendre en considération, de manière indépendante, chacun des services proposés par ce prestataire. En effet, «même si le prestataire de services du *web* 2.0 peut être considéré comme *hébergeur des contenus* provenant des inter-

nautes et bénéficier de l'exonération de responsabilité pour cette activité, il n'en est pas moins *concepteur/gestionnaire du service*; en cette dernière qualité, il est susceptible d'engager sa responsabilité sur divers fondements»⁽⁶⁴⁾. Il en résulte qu'un prestataire exerçant plusieurs activités pourrait «bénéficier de l'exonération de responsabilité pour son activité de stockage des contenus apportés par les destinataires du service (au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive 2000/31), tout en ayant à assumer une responsabilité de droit commun pour ses autres activités»⁽⁶⁵⁾.

Cette interprétation s'est fondée sur le premier rapport de la Commission européenne sur l'application de la directive sur le commerce électronique. Dans ce rapport, la Commission a souligné que le régime d'exonération de responsabilité que la directive instituait s'appliquait «à certaines activités clairement délimitées de prestataires intermédiaires plutôt qu'à des catégories de prestataires de services ou à des types d'information». Elle a de plus laissé entendre que l'article 14 de la directive pouvait régir «différents cas dans lesquels il y a un stockage de contenus appartenant à des tiers, par exemple les "bulletin boards" (systèmes privés de transfert) ou les "chat-rooms" (forums de discussion)»⁽⁶⁶⁾. Cela a permis d'étendre le régime d'exonération à l'hébergement «virtuel» d'informations, qui s'écarte de la fonction initiale d'«entrepôt» qui était assignée aux hébergeurs⁽⁶⁷⁾.

L'approche fonctionnelle est illustrée par une décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 31 juillet 2008⁽⁶⁸⁾. Dans le cadre d'une action en responsabilité opposant *Lancôme* à la plateforme de vente en ligne *eBay*, le tribunal a constaté que «si,

(60) J.B. NORDEMANN, «Internet copyright infringement: remedies against intermediaries – The European perspective on host and access providers», *A&M*, 2012, p. 528.

(61) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM(2016) 288 final.

(62) E. MONTERO, *op. cit.*, 2008, pp. 369-373.

(63) E. MONTERO et Q. VAN ENIS, «Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg?», *R.T.D.H.*, 2016, p. 962.

(64) E. MONTERO, *op. cit.*, 2008, p. 381.

(65) S. DUSOLLIER et E. MONTERO, «Des enchères et des fleurs, de l'usage de marques à la responsabilité de l'intermédiaire: le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora*», *R.D.T.I.*, 2011, p. 182. Dans ce sens, voy. également B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, *op. cit.*, 2017, p. 76.

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

(67) M. VIVANT, «Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet: l'obscurité d'un droit sans boussole apparente», in E. DEGRAVE *e.a.* (dir.), *Law, norms and freedoms in cyberspace. Liber amicorum Yves Pouillet*, coll. du CRIDS, vol. 43, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 326.

(68) Comm. Bruxelles, 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 521.

à l'origine du commerce électronique, l'on pouvait concevoir que les services visés à la section 4 de la directive (simple transport, *caching* et hébergement) seraient fournis par des opérateurs spécialisés ne fournissant que tel ou tel service, il est vite apparu que les fournisseurs de ces services proposaient en outre d'autres services et assumaient d'autres activités conduisant à ce que leur site Internet présente une nature composite». Rappelant que la directive sur le commerce électronique n'avait pas pour but de mettre en place un régime d'exonération sectoriel, le tribunal de commerce a ensuite jugé «qu'en vertu de la directive sur le commerce électronique, ce ne sont pas des catégories d'intermédiaires, ni davantage des types d'informations qui peuvent prétendre à l'exonération de responsabilité qu'elle prévoit, mais bien et uniquement des intermédiaires prestataires de services, lorsqu'ils peuvent faire valoir qu'ils fournissent tel ou tel service entrant dans la définition de ceux se trouvant exemptés par les articles 12 à 14 de la directive». Sur la base de ce raisonnement, le tribunal a considéré que les annonces de vente postées sur le site d'*eBay* étaient accueillies par cette plateforme dans le cadre d'un service d'hébergement couvert par le régime dérogatoire de responsabilité. Le tribunal a toutefois consacré deux attendus à relayer la position de *Lancôme*, selon laquelle seules les activités de stockage d'information menées par *eBay* tombaient sous le champ d'application du régime dérogatoire. Il a en conséquence précisé que les activités distinctes du simple stockage d'information devaient être soumises au droit commun de la responsabilité et de la contrefaçon.

18. Position de la Cour de justice. – Bien que prenant une certaine distance avec l'analyse fonctionnelle évoquée ci-dessus, la Cour de justice a également consacré une interprétation évolutive du concept d'hébergeur.

Dans son arrêt *Google France* du 23 mars 2010, la Cour a jugé que l'exonération de responsabilité prévue pour les prestations d'hébergement pouvait s'étendre au prestataire d'un service de référencement payant, tel que le service *adwords* proposé par *Google*, pour les informations stockées dans le cadre de ce service, pour autant que le comportement du prestataire «se limite à celui d'un "prestataire intermédiaire" au sens voulu par le législateur dans le cadre de la section 4 de cette directive»⁽⁶⁹⁾. Se référant ensuite au 42^e considérant de la directive, la Cour a jugé que les règles particulières applicables en matière de responsabilité ne couvraient que les cas où l'activité du prestataire de services présen-

tait un caractère neutre, «purement technique et automatique». Selon la Cour de justice, pour bénéficier du régime dérogatoire, le fournisseur d'un service de moteur de recherche doit pouvoir justifier qu'il «n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées»⁽⁷⁰⁾.

La Cour a ensuite transposé cette jurisprudence à d'autres services offerts par des plateformes du *web* 2.0 que nous évoquerons de manière plus détaillée ci-dessous⁽⁷¹⁾. Pour les juges de Luxembourg, l'activité de ces prestataires réside dans le stockage d'informations fournies par des destinataires de leur service. La Cour de justice admet, à ce titre, que le régime dérogatoire de responsabilité leur soit appliqué, en rappelant toutefois que, pour pouvoir bénéficier du statut d'hébergeur, il faut que le rôle joué par le prestataire de service dans le stockage des informations présente un caractère neutre, résidant dans un traitement purement technique et automatique des données fournies par les clients de la plateforme⁽⁷²⁾.

L'exigence de neutralité du prestataire intermédiaire a été critiquée par l'avocat général Jääskinen⁽⁷³⁾. Elle est en outre fortement contestée par les acteurs du marché, qui estiment le concept peu clair et dénoncent le déficit de sécurité juridique qu'il procure, tant du point de vue des titulaires de droits, que de celui des intermédiaires⁽⁷⁴⁾. Pour sa part, la doctrine relève l'incohérence de cette exigence, qui se fonde sur le quarante-deuxième considérant de la directive, alors que ce passage ne se rapporterait qu'aux activités de simple transport et de stockage «en cache», et serait sans lien avec l'activité d'hébergement⁽⁷⁵⁾. Certains auteurs en déduisent

(70) *Ibidem*, § 120.

(71) Voy. nos 23 et 24.

(72) C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09, § 113. Voy. également C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM c. Netlog*, aff. C-360/10, § 27. Dans cette dernière décision, la Cour de justice s'est toutefois abstenue de réitérer l'exigence de neutralité qu'elle avait précédemment érigée. On ne peut toutefois déduire de cette omission qu'elle ait expressément renoncé à cette condition.

(73) Conclusions de l'avocat général Jääskinen présentées le 9 décembre 2010, *L'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09, §§ 139-146.

(74) X., *Synopsis report on the public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy*, 2016, pp. 15-16, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-report-contributions-public-consultation-regulatory-environment-data-and-cloud>.

(75) E. MONTERO, «Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet», *D.C.C.R.*, 2011, p. 94; B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, *op. cit.*, 2017,

(69) C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google France*, aff. C-236/08 à C-238/08, § 112.

que la condition de connaissance et de contrôle de l'information ne serait pas un critère adéquat pour définir la qualité de prestataire intermédiaire dans le contexte du *web 2.0*⁽⁷⁶⁾. Il a par conséquent été proposé de restreindre le bénéfice de l'exonération de responsabilité aux prestataires intermédiaires qui se limitent à jouer un rôle technique, étant précisé qu'une plateforme excéderait cette limite lorsqu'elle s'associe à l'opération qu'elle permet de réaliser⁽⁷⁷⁾. Il a également été suggéré de faire dépendre l'application du régime de droit commun, en matière de responsabilité, à l'existence d'un rôle actif, dans le chef du prestataire intermédiaire, par rapport au contenu fourni par les destinataires du service⁽⁷⁸⁾.

Analysant ensuite le degré de «connaissance» requis pour faire perdre au prestataire de service le statut d'hébergeur, la Cour de justice a jugé que celui-ci visait notamment la situation dans laquelle le prestataire «découvre l'existence d'une activité ou d'une information illicite à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative, ainsi que celle dans laquelle l'existence d'une telle activité ou d'une telle information lui est notifiée»⁽⁷⁹⁾.

Une telle interprétation risque, paradoxalement, d'avoir pour effet d'inciter les plateformes revendant un statut d'hébergeur à s'abstenir de mettre en place des systèmes leur permettant de prendre connaissance, par elles-mêmes, de contenus illicites, en vue de les supprimer.

De surcroît, tel qu'il a été défini par la Cour de justice, le critère de «connaissance» pourrait s'avérer particulièrement difficile à mettre en œuvre, à l'heure où la plupart des plateformes utilisent des systèmes d'intelligence artificielle pour détecter et prévenir le stockage de contenus illicites. La Cour de justice ne s'est encore jamais prononcée sur l'intensité exigée dans le *contrôle* des données hébergées pour considérer qu'une *connaissance* de celles-ci est acquise. Il existe donc une grande incertitude quant aux conséquences de l'utilisation, par un prestataire de services en ligne, d'un outil automatisé, qui analyse les contenus sur la base de formules algorithmiques et statistiques.

(ii) Illustrations dans le contexte du web 2.0

19. Diversité des services en ligne 2.0. – L'interprétation évolutive du concept d'hébergeur a donné lieu à un important contentieux, dans le cadre duquel de nombreux prestataires de services de la société de l'information ont cherché à bénéficier du régime de responsabilité de la directive sur le commerce électronique, pour les contenus illicites que leur service contribuait à stocker.

Face à la grande difficulté d'identifier des critères précis permettant de qualifier le concept d'hébergement⁽⁸⁰⁾, l'analyse proposée par les cours et tribunaux s'est focalisée sur l'activité du prestataire de services, en particulier sur la connaissance et le contrôle qu'elle lui permettait d'avoir sur le contenu des informations hébergées.

Nous examinons ci-dessous les principaux services en ligne sur lesquels s'est penchée la jurisprudence.

20. Services de référencement 2.0. – Au fur et à mesure de leur croissance, les entreprises qui proposaient initialement un service de moteur de recherche au sens strict ont développé les services offerts aux internautes, complétant leur activité d'indexation et de référencement de sites Internet par des activités très variées de fourniture de contenus (carte géographique, portail d'actualités, plateforme audiovisuelle, régie publicitaire, etc.). Ces nouveaux services sont parfois totalement indépendants de la fonction initiale du moteur de recherche. Ils ont amené les moteurs de recherche à fournir des services de stockage de données, alimentés par les utilisateurs, qui sont proposés tantôt de manière gratuite, tantôt moyennant rémunération.

Les différentes fonctions des moteurs de recherche se complètent et s'alimentent mutuellement, les services gratuits permettant à l'opérateur de collecter des données relatives à la fréquentation des contenus qu'il stocke, en vue de les réexploiter dans le cadre de ses services payants.

Sollicitant le statut d'hébergeur pour les contenus qu'ils stockent, plusieurs litiges ont opposé les prestataires de services de référencement aux titulaires de droits, en vue de déterminer le régime de responsabilité qu'il y a lieu de leur appliquer.

Il ressort de l'arrêt prononcé par la Cour de justice, le 23 mars 2010, dans l'affaire *Google France*, que le prestataire d'un service de référencement

p. 78; Comp.: S. DUSOLLIER et E. MONTERO, *op. cit.*, 2011, pp. 183-185. De manière plus nuancée, voyez, M. VIVANT, *op. cit.*, 2018, p. 329.

(76) E. MONTERO, «Les responsabilités liées au *web 2.0*», *R.D.T.I.*, 2008, p. 368.

(77) M. VIVANT, *op. cit.*, 2018, pp. 329-330.

(78) B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, *op. cit.*, 2017, p. 78.

(79) *Ibidem*, § 122.

(80) B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, *op. cit.*, 2017, p. 75; T. LÉONARD, «Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet: une application délicate», in M. SALMON (dir.), *Les réseaux sociaux et le droit*, coll. Conférence du Jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 134-135.

peut bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité prévu par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique s'il démontre avoir exercé un rôle neutre, «en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke»⁽⁸¹⁾.

Cette portée donnée au régime dérogatoire de responsabilité est aujourd'hui critiquée par les titulaires de droits d'auteur, qui se plaignent de la répartition actuelle des recettes tirées de l'exploitation en ligne des contenus protégés par droit d'auteur. Ils considèrent que le mode d'exploitation des contenus, sur le *web*, a généré un transfert de valeur («value gap»), en faveur des plateformes et au détriment des auteurs. Selon eux, une solution à cette situation passe par l'adoption de mécanismes assurant une meilleure collaboration entre ayants droit et prestataires de services de référencement, dans le but de mieux détecter et lutter contre le partage illicite d'œuvres protégées⁽⁸²⁾.

Après avoir annoncé son intention de collaborer avec les plateformes «pour mettre en place et appliquer des mécanismes de coopération volontaires visant à priver les auteurs d'infractions à la législation sur les droits de propriété intellectuelle des flux de revenus générés par leurs activités illicites»⁽⁸³⁾, l'Union européenne envisage désormais d'inviter les prestataires de services de la société de l'information qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres à adopter des mesures visant à assurer le bon fonctionnement des accords conclus avec les titulaires de droits d'auteur⁽⁸⁴⁾. On peut déduire de cette disposition que la Commission européenne insiste sur la nécessité, pour les plateformes qui exploitent des contenus protégés, de disposer d'accords préalables avec les titulaires de droits. Ceci est d'ailleurs

précisé au trente-huitième considérant de la proposition de directive. Néanmoins, ce considérant semble indiquer, dans le même temps, que dans l'hypothèse où ils revêtent le statut d'hébergeur, au sens de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique, les prestataires de services d'hébergement ne seraient pas tenus de conclure de tels accords. L'articulation entre les deux textes fait donc actuellement débat⁽⁸⁵⁾, ce qui contribue à rendre incertain le régime de responsabilité applicable.

21. Blogs et forums de discussion. – Avant l'apparition des réseaux sociaux, les forums de discussion et autres *blogs* sont les premières pages Internet qui ont généralisé le principe des échanges interactifs entre internautes. Il fut rapidement envisagé de leur octroyer le statut d'hébergeur⁽⁸⁶⁾, pour autant que le titulaire du forum ait bien la qualité de prestataire d'un service de la société de l'information⁽⁸⁷⁾. La jurisprudence belge a toutefois tardé à leur reconnaître le bénéfice du régime de la loi du 11 mars 2003⁽⁸⁸⁾.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, pour bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité, il est indispensable que le prestataire d'un service de forum de discussion observe un comportement entièrement passif par rapport aux messages qu'il contribue à diffuser.

À ce titre, il a été relevé que «dès lors qu'il s'investira dans l'organisation du forum contenu sur son site, le prestataire ne sera plus vu comme stockant ou hébergeant ce forum et ses données, et ne pourra plus se prévaloir du statut d'hébergeur et des avantages

(81) C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google France*, aff. C-236/08 à C-238/08, § 114.

(82) Voy. à cet égard les discussions et propositions formulées, en France, devant le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique : P. SIRINELLI e.a., *Mission articulation des directives 2000/31 et 2001/29 – Rapport et propositions*, 3 novembre 2015, www.culture.gouv.fr/content/download/130608/1420306/version/2/file/Rapport+articulation+directives+2000-31+et+2001-29.pdf.

(83) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM(2016) 288 final.

(84) Article 13 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM(2016) 593 final.

(85) Voy. notamment A. LUCAS-SCHLOETTER, *Dispositions sur le transfert de valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique – Analyse*, mars 2017, <http://authorsocieties.eu/uploads/Lucas-Schloetter%20Analysis%20Copyright%20Directive%20-%20FR.pdf>; E. ROSATI, «The CJEU *Pirate Bay* judgment and its impact on the liability of online platforms», *E.I.P.R.*, 2017, pp. 746-747; G. FROSIO, «From horizontal to vertical : an intermediary liability earthquake in Europe», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, pp. 565-575.

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

(87) F. DE PATOUL, «La responsabilité des intermédiaires sur Internet : les plateformes de mise en relation, les forums et les *blogs*», *R.D.T.I.*, 2007, p. 103.

(88) Voy. C. DE CALLATAÏ, *op. cit.*, 2013, pp. 179-181.

qu'il confère»⁽⁸⁹⁾. De même, le choix des thèmes faisant l'objet des discussions sur le forum n'est pas couvert par le régime d'exonération de responsabilité⁽⁹⁰⁾. Le prestataire d'un service de forum de discussion peut donc voir sa responsabilité engagée en raison des contenus postés sur le forum si les discussions – pour autant qu'elles soient en lien avec les thématiques choisies par le prestataire de service – s'avèrent contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, et ce indépendamment de toute intervention du prestataire de service dans le contenu même de la discussion.

Outre les utilisateurs qui y postent leurs commentaires, la plupart des forums de discussion intègrent une fonction de *modération*, qui peut les conduire à intervenir dans les discussions. Selon une définition proposée par la cour d'appel de Bruxelles, le modérateur d'un forum de discussion a «pour mission de contrôler son contenu, et de supprimer les messages qu'il estimerait, au cas par cas, dépasser les limites de la modération, et donc qui, selon sa propre appréciation, seraient diffamatoires»⁽⁹¹⁾. Le modérateur peut aussi intervenir de manière active dans les débats, en vue de susciter ceux-ci. Le rôle de modérateur peut être joué par le titulaire du site hébergeant le forum ou par un tiers disposant d'un accès privilégié à celui-ci⁽⁹²⁾. Le modérateur peut agir *a priori*, en contrôlant les messages avant leur publication, ou *a posteriori*, en retirant les messages qu'il jugerait inadéquats⁽⁹³⁾.

L'exercice d'une fonction de modération peut faire perdre sa neutralité au prestataire du service de forum de discussion. Ainsi, en cas de modération *a priori*, l'exploitant du forum peut voir sa responsabilité engagée, sur la base du droit commun, si cette fonction de modération le conduit à prendre connaissance des messages postés et si, nonobstant son contrôle, des messages illicites sont publiés en ligne.

À l'heure actuelle, la plupart des éditeurs de presse assument une fonction de forum de discussion, en permettant aux internautes de commenter les articles qu'ils diffusent via leur site Internet. Les éditeurs de presse revendiquent le statut d'hébergeur relativement aux commentaires laissés par leurs lecteurs. Ils ne peuvent, par contre, bénéficier du

régime dérogatoire de responsabilité pour la publication de leurs articles en tant que tels⁽⁹⁴⁾.

Les éditeurs de presse sont parfois également privés du statut d'hébergeur pour les commentaires laissés par les internautes à la suite de la lecture des articles qu'ils publient. Ainsi, dans l'affaire *Delfi*, un portail d'informations estonien avait été poursuivi non pas en raison d'un article publié sur le portail, mais bien pour le contenu des commentaires postés par les lecteurs du site au regard de cet article. Il était reproché à *Delfi* d'avoir laissé les commentaires illicites en ligne pendant six semaines, alors que le portail disposait notamment d'un système de filtrage automatique des contenus illicites, ainsi que d'un dispositif de retrait sur notification. Dans le cadre de l'examen de la cause, les juridictions estoniennes avaient considéré «que *Delfi* n'était pas un simple intermédiaire s'agissant des commentaires et que son rôle ne revêtait pas un caractère purement technique, automatique et passif puisque le site invitait les internautes à commenter les articles»⁽⁹⁵⁾. Selon la Cour d'État d'Estonie, en intégrant une zone de commentaires dans son portail d'actualités et en invitant les visiteurs du site à enrichir les actualités de leurs propres jugements et opinions, *Delfi* a dépassé le rôle d'un service d'intermédiation et a presté un service de contenu. La haute juridiction estonienne a relevé que le portail exerçait un contrôle sur la publication des commentaires, qui représentaient pour lui une valeur économique⁽⁹⁶⁾. Cette question du contrôle des contenus a donc semblé décisive, aux yeux des juridictions estoniennes, pour refuser à *Delfi* l'application du statut d'hébergeur.

Saisie d'un recours contre cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il ne lui appartenait pas de se substituer aux juridictions internes quant à la qualification du portail d'informations, considérant que «dans les circonstances de l'espèce, il était prévisible, à partir des dispositions de la Constitution, de la loi sur les principes généraux du Code civil et de la loi sur les obligations, lues à la lumière de la jurisprudence pertinente, qu'un éditeur de médias exploitant un portail d'actualités sur Internet à des fins commerciales pût, en principe, voir sa responsabilité engagée en droit interne pour la mise en ligne sur son portail de commentaires clairement illicites tels que ceux en cause en l'espèce»⁽⁹⁷⁾.

(89) J. FELD, «Forums de discussion: espaces de liberté sous haute responsabilité», *R.D.T.I.*, 2010, p. 111.

(90) F. DE PATOUL, *op. cit.*, 2007, p. 104; E. MONTERO, *op. cit.*, 2008, p. 381.

(91) Bruxelles, 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, 2010, p. 102.

(92) Voy. J. FELD, *op. cit.*, 2010, pp. 107-108.

(93) F. DE PATOUL, *op. cit.*, 2007, p. 101.

(94) C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, aff. C-291/13, § 45.

(95) C.E.D.H., 16 juin 2015, *Delfi*, § 29.

(96) *Ibidem*, § 31.

(97) *Ibidem*, §§ 127-128.

Des auteurs ont mis en garde contre les effets pervers, au regard de la protection du droit à la liberté d'expression, d'un régime qui conduirait à rendre systématiquement responsable le prestataire ayant instauré un système de modération *a priori*⁽⁹⁸⁾. Il est en effet paradoxal que la mise en place de ce type de dispositif, qui vise à prévenir la publication de contenus illicites, contribue à faire perdre au fournisseur de service le statut de prestataire intermédiaire. Il faut en outre souligner que ces systèmes de modération *a priori* reposent sur des outils algorithmiques, de sorte que le filtrage, opéré par un logiciel, n'implique pas nécessairement une prise de connaissance effective du contenu des messages par une personne responsable.

Ultérieurement, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à une violation du droit à la liberté d'expression dans l'arrêt *Magyar* du 2 février 2016. Dans cette affaire, les juridictions nationales hongroises avaient refusé d'accorder le statut de prestataire intermédiaire à un organe d'autorégulation et à l'exploitant d'un portail d'actualités pour les commentaires publiés par des tiers sur leurs sites, considérant que ces exploitants avaient une responsabilité, dans le cadre de l'application du régime de droit commun, dans la diffusion des commentaires litigieux. Ces commentaires avaient été immédiatement retirés après que leur caractère abusif ait été dénoncé. Bien que des mesures de précaution aient été prises, aucun système de filtrage préventif n'était mis en place sur les deux sites Internet concernés. Les juridictions hongroises avaient néanmoins considéré que les sociétés exploitant les deux sites Internet devaient se voir imposer une forme de responsabilité objective, par rapport aux commentaires injurieux ou illicites postés, dès lors qu'elles acceptaient la publication de ceux-ci. Bien qu'elle n'ait pas remis en cause l'analyse proposée par les juridictions hongroises quant au statut des exploitants des deux sites Internet, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à une violation du droit à la liberté d'expression des deux organismes hongrois. Elle a notamment relevé que la nature des commentaires publiés différait de ceux de l'affaire *Delfi*, en ce qu'ils n'étaient pas constitutifs d'un discours de haine. Selon la Cour, en considérant que, par la publication de commentaires non filtrés, les sociétés poursuivies devaient s'attendre à ce que certains s'avèrent être illicites, de sorte que ceci a justifié que leur responsabilité soit engagée, les juridictions hongroises ont imposé une restriction excessive et sur-

réaliste au droit de communiquer des informations sur Internet⁽⁹⁹⁾.

Il faut également souligner que, lorsque le rôle de modérateur est délégué à un tiers, c'est la personne prenant en charge cette fonction qui doit en assumer la responsabilité, sans pouvoir revendiquer un statut de prestataire intermédiaire⁽¹⁰⁰⁾.

Dans les différentes hypothèses présentées ci-dessus où le prestataire de service ne peut revendiquer le bénéfice du régime d'hébergeur, il est toutefois rappelé que ce dernier n'est pas automatiquement tenu pour responsable des contenus publiés. Il faut en effet démontrer que les conditions de mise en cause de sa responsabilité, sur la base de l'article 1382 du Code civil, sont rencontrées^{(101) (102)}.

22. Réseaux *peer-to-peer*. – Généralisée par des opérateurs tels que Napster ou The Pirate Bay, l'activité des réseaux *peer-to-peer* est apparue extrêmement préjudiciable pour les titulaires de droits d'auteur, dès lors que ces infrastructures permettent le partage de fichiers dans un volume important, et donc l'échange en masse d'œuvres protégées. Des actions judiciaires ont été entreprises tant contre les fournisseurs d'accès à Internet, afin qu'ils prennent des mesures visant à bloquer l'accès à certains réseaux, qu'à l'égard des exploitants des réseaux eux-mêmes. Ces derniers ont toutefois revendiqué le statut d'hébergeur, considérant qu'ils n'étaient pas directement responsables des données échangées par les utilisateurs de leur réseau.

Selon l'analyse proposée par l'avocat général Maciej Szpuna dans ses conclusions précédant l'arrêt *Stichting Brein*, les réseaux *peer-to-peer* fonctionnent selon un modèle différent du *World Wide Web* – qui est basé sur une architecture centralisée «serveur-client» – en ce que l'ordinateur de chaque membre du réseau (*peer*) est non seulement un client qui reçoit les informations, mais également un serveur qui les stocke et les met à disposition d'autres membres. Les réseaux *peer-to-peer* reposent donc sur un modèle décentralisé, où les contenus échangés par les membres du réseau sont fragmentés et disséminés sur différents serveurs, appartenant à différentes personnes, dans différents pays du monde⁽¹⁰³⁾. Ceci rend la lutte contre la contrefaçon d'œuvres protégées

(98) E. MONTERO et Q. VAN ENIS, «Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg?», *R.T.D.H.*, 2016, p. 962.

(99) C.E.D.H., 2 février 2016, *Magyar et Index.hu c. Hongrie*, req. n° 22947/13.

(100) Bruxelles, 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, 2010, p. 102.

(101) J. FELD, *op. cit.*, 2010, p. 112.

(102) Voy. *infra* point II.

(103) Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpuna présentées le 8 février 2017, *Stichting Brein*, aff. C-610/15, §§ 19-24.

gées nettement plus complexe à mettre en œuvre sur ce type de réseau, où 90 à 95 % des fichiers partagés contiendraient des œuvres protégées⁽¹⁰⁴⁾. L'avocat général a souligné que, dans ce type de réseau, les plateformes telles que *The Pirate Bay* jouent un rôle crucial, parce qu'elles permettent, grâce au logiciel qu'elles fournissent, d'identifier les pairs souhaités pour procéder au partage d'un fichier. Leur service consiste à offrir un moteur de recherche, ainsi que des index des œuvres contenues dans les fichiers échangés sur le réseau. Elles proposent également des informations relatives à l'estimation de la durée de téléchargement ainsi qu'au nombre de membres actifs pour un même fichier⁽¹⁰⁵⁾.

Selon la Cour de justice, la mise à disposition et la gestion d'une plateforme de partage *peer-to-peer* telle que *The Pirate Bay* constitue un acte de communication au public⁽¹⁰⁶⁾. En proposant une telle infrastructure, les administrateurs de la plateforme «interviennent en pleine connaissance des conséquences de leur comportement, pour donner accès aux œuvres protégées, en indexant et en répertoriant sur ladite plateforme les fichiers *torrents* qui permettent aux utilisateurs de celle-ci de localiser ces œuvres et de les partager dans le cadre d'un réseau de pair à pair (*peer-to-peer*)»⁽¹⁰⁷⁾. La plateforme ne peut, par conséquent, se retrancher derrière un statut d'hébergeur des fichiers échangés par ses utilisateurs. Sur le plan civil, elle engage donc sa responsabilité à l'égard des titulaires de droits conformément aux principes du droit commun⁽¹⁰⁸⁾.

23. Réseaux sociaux. – Les réseaux sociaux proposent aux destinataires de leurs services un espace virtuel de publication et d'échange. Il s'agit de services de la société de l'information caractéristiques du *web 2.0*.

Dans un arrêt du 16 février 2012, la Cour de justice a qualifié le réseau social *Netlog* d'hébergeur, considérant «qu'un exploitant d'une plateforme de réseau social en ligne, tel que *Netlog*, stocke sur ses serveurs des informations fournies par des utilisateurs de cette plateforme, relatives à leur profil, et qu'il est ainsi un prestataire de services d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31»⁽¹⁰⁹⁾. Dans cette affaire, la Cour n'a pas appelé le critère de neutralité de l'hébergeur qu'elle

avait pourtant mis en évidence dans d'autres arrêts. Au vu de la récurrence de cette exigence de neutralité dans la jurisprudence de la Cour de justice, il semble toutefois qu'on ne puisse l'écarter.

Le réseau social peut donc en principe bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité pour les contenus qu'il héberge. Il paraît en effet justifié, dès lors que le réseau social n'est pas l'auteur des informations qui sont postées, qu'il ne puisse s'en voir imputer la responsabilité, si celles-ci s'avèrent illícites⁽¹¹⁰⁾.

Il serait toutefois réducteur de limiter l'activité d'un réseau social à cette seule activité d'hébergement virtuel. Il a en effet été relevé que le prestataire d'un service de réseau social «est impliqué dans la conception et la gestion de la plateforme, [il] influe directement sur sa structure, ses conditions d'accessibilité et d'utilisation, ses interfaces avec les utilisateurs et les catégories de contenus que les tiers peuvent enregistrer ou faire transiter, il édite parfois du contenu propre et permet à des tiers – annonceurs ou autres – d'en transmettre aux membres/utilisateurs, etc.»⁽¹¹¹⁾. Ces activités complémentaires au service principal offert par le prestataire de services peuvent avoir pour effet de lui faire perdre la neutralité exigée par la Cour de justice, et lui procurer une certaine forme de connaissance des contenus qu'il héberge. Ceci est susceptible de priver le réseau social du régime dérogatoire de responsabilité prévu par l'article 14 de la directive, et de conduire à l'application du droit commun⁽¹¹²⁾.

24. Places de marché en ligne. – Une place de marché en ligne est une plateforme commerciale permettant de mettre le vendeur d'un bien en relation avec de potentiels acheteurs, au moyen de la publication d'une annonce⁽¹¹³⁾.

Les places de marché en ligne assurent l'«hébergement» des offres qu'elles diffusent⁽¹¹⁴⁾. C'est ainsi que plusieurs juridictions nationales ont reconnu que les places de marché en ligne devaient bénéficier du régime d'exonération applicable aux prestataires intermédiaires⁽¹¹⁵⁾. Pour bénéficier du statut d'hébergeur, il importe toutefois que ces pla-

(104) *Ibidem*, § 23.

(105) *Ibidem*, § 26.

(106) C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein*, aff. C-610/15, § 47.

(107) *Ibidem*, § 36.

(108) Voy. chapitre II ci-dessous.

(109) C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, aff. C-360/10, § 27.

(110) T. LÉONARD, *op. cit.*, 2014, p. 126.

(111) *Ibidem*, p. 135.

(112) *Ibidem*, p. 140.

(113) Pour une analyse générale des modalités de fonctionnement des places de marché en ligne, voyez E. MONTERO, «Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet», *D.C.C.R.*, 2011, pp. 56-102.

(114) E. MONTERO, *op. cit.*, 2011, p. 92.

(115) T. VERBIEST, G. SPINDLER, G.M. RICCIO et A. VAN DER PERRE, *Study on the liability of Internet intermediaries*, 2007, p. 84.

reformes n'interviennent pas dans la production ou l'édition des annonces⁽¹¹⁶⁾.

Saisie d'un litige opposant le groupe de cosmétiques L'Oréal à la place de marché en ligne eBay, la Cour de justice a confirmé cette interprétation. Selon la Cour, une place de marché en ligne peut bénéficier du régime prévu par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique, lorsqu'elle fournit un service qui consiste à stocker sur son serveur les offres à la vente, à fixer les modalités de son service, à être rémunérée pour celui-ci et à donner des renseignements d'ordre général à ses clients⁽¹¹⁷⁾. La Cour a toutefois précisé que l'exploitant de la place de marché en ligne perdait le bénéfice du régime dérogatoire de responsabilité lorsqu'il prêtait une assistance consistant notamment à optimiser la présentation des offres à la vente ou à promouvoir ces offres. Dans cette situation, il quitte en effet la position de neutralité exigée par la Cour de justice, et joue un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives aux offres⁽¹¹⁸⁾. Cette analyse a été critiquée, au motif que l'assistance que peut fournir la place de marché en ligne dans la présentation des annonces ne serait pas «de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle de ces données»⁽¹¹⁹⁾.

La jurisprudence de la Cour de justice n'exclut donc pas que le fournisseur d'un service de place de marché en ligne doive se défendre, sur la base du droit commun de la responsabilité extracontractuelle, dans le cadre d'une action faisant suite à la publication d'annonces illicites. Ainsi, en France, après avoir relevé qu'eBay fournissait des services tels que des informations permettant aux vendeurs d'optimiser leurs ventes, une assistance dans la définition et la description des objets mis en vente, un service d'envoi de messages spontanés à l'attention des acheteurs pour les inciter à acquérir, ainsi qu'un service d'invitation à l'enchérisseur qui n'a pu remporter une enchère à se reporter sur d'autres objets similaires, la Cour de cassation a jugé que la plateforme n'exerçait pas une simple activité d'hébergement mais qu'elle jouait un rôle actif de nature à lui conférer la connaissance ou le contrôle des données stockées et à la priver du régime dérogatoire de responsabilité⁽¹²⁰⁾.

25. Plateformes *wiki*. – Les plateformes *wikis* sont des sites Internet collaboratifs qui proposent à leurs utilisateurs d'alimenter leurs pages, de manière interactive. Elles ont recours, pour ce faire, à un logiciel baptisé Mediawiki. Grâce à celui-ci, le contenu des pages de la plateforme peut être directement créé et modifié par les internautes, qui peuvent contribuer spontanément en fonction de leurs centres d'intérêts. Le fonctionnement du site implique également la création de nombreux hyperliens entre ses différentes pages. L'application la plus connue de ce type de plateformes est l'encyclopédie en ligne Wikipédia.

L'accessibilité des plateformes *wiki* rend celles-ci vulnérables face à la publication d'informations erronées, voire malveillantes. Afin de contrer les difficultés de ce type, les plateformes *wiki* sont basées sur un principe d'autorégulation, qui fait reposer sur la communauté des contributeurs la charge de rectifier toute publication inexacte. Ceci ne permet toutefois pas d'éviter la mise en ligne de commentaires abusifs ou de susciter des controverses entre contributeurs.

Les fournisseurs de services *wiki* revendiquent le statut d'hébergeur des contenus qui sont publiés sur leur plateforme⁽¹²¹⁾. S'il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence belge consacrant ce statut, celui-ci a par contre été reconnu par la jurisprudence française à la fondation Wikimedia, qui administre le site de l'encyclopédie Wikipédia⁽¹²²⁾.

26. Conclusions de la première partie. – Notre analyse démontre qu'un nombre croissant d'activités en ligne s'inscrivent dans un contexte d'intermédiation et conduisent à donner accès ou à stocker des contenus, qui s'avèrent parfois présenter un caractère illicite. Nonobstant une interprétation évolutive du régime dérogatoire de responsabilité institué par la directive sur le commerce électronique, toutes ces activités ne peuvent bénéficier de l'application de ce régime.

D'une part, seuls les prestataires d'un service de la société de l'information peuvent revendiquer l'application de la directive sur le commerce électronique. Ceci exclut les prestataires de services en ligne non rémunérés, ainsi que, compte tenu de la jurisprudence *Uber* de la Cour de justice, certains prestataires de services mixtes, lorsque leur activité

(116) F. DE PATOUL, *op. cit.*, 2007, 90.

(117) C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09, § 115.

(118) § 116.

(119) S. DUSOLIER et E. MONTERO, *op. cit.*, 2011, p. 185.

(120) Cass (fr.), 3 mai 2012, n° 11-10.508, disponible sur www.legifrance.gouv.fr. Le litige opposant le groupe L'Oréal

à eBay, dans plusieurs états européens, s'est finalement soldé par la conclusion d'une transaction, en 2014.

(121) J.-B. SOUFRON, «L'encyclopédie collaborative en ligne Wikipédia: quelques éléments relatifs à la responsabilité de ses acteurs», *R.L.D.I.*, 2006, n° 20, pp. 68-69.

(122) Paris, 14 juin 2016, R.G. n° 15/57276, disponible sur www.legalis.net.

essentielle ne réside pas dans le service de la société de l'information.

D'autre part, à défaut de modification du texte de la directive, seules trois catégories d'activités d'intermédiation bénéficient du régime dérogatoire. Ceci a été expressément rappelé par la Cour de justice dans un arrêt du 7 août 2018. Selon la Cour, les limitations de responsabilité prévues aux articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique ne s'appliquent aux prestataires de services de la société de l'information que pour autant que l'activité à laquelle ils se livrent revête un caractère purement technique, automatique et passif, impliquant que ces prestataires n'ont ni la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées, et à la condition que l'activité concernée relève d'une des catégories de services visés aux articles 12 à 14⁽¹²³⁾. Ces trois catégories de prestataires avaient initialement pour point commun de participer à la fourniture d'un service technique. À l'heure actuelle, les prestataires de services de transport s'inscrivent toujours dans le cadre d'une activité technique, à savoir la fourniture d'accès à Internet. Par contre, avec l'apparition du *web 2.0*, le statut de prestataire d'un service d'hébergement a connu une évolution majeure. Afin de couvrir – en tout ou en partie – l'activité des plateformes électroniques, cette notion s'applique désormais au stockage virtuel de contenus, en plus du stockage technique. On constate cependant que, dans le cadre de l'activité d'intermédiation virtuelle qu'elles offrent, les plateformes électroniques exploitent les contenus qu'elles stockent, dans le but d'en tirer un profit indirect⁽¹²⁴⁾. La finalité économique poursuivie par ces nouveaux opérateurs du *web 2.0*, dans leur activité d'hébergement des contenus, est par conséquent difficilement conciliable avec le critère de neutralité dégagé par la Cour de justice dans sa jurisprudence⁽¹²⁵⁾, ce qui explique que le régime dérogatoire de responsabilité institué par la directive sur le commerce électronique ne puisse en règle générale pas couvrir l'ensemble de leurs activités. La question de l'application du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ressurgit donc pour certains prestataires de services d'intermédiation en ligne.

II. L'application des principes du droit commun de la responsabilité extracontractuelle : focus sur le droit de la propriété intellectuelle

27. Mise en contexte. – Nous venons de cibler les intermédiaires qui échappent au régime dérogatoire – ou plus exactement aux « zones de non-responsabilité »⁽¹²⁶⁾ – prévu par la directive sur le commerce électronique. Il convient maintenant de s'attarder sur le régime de responsabilité auquel ces derniers sont soumis. Le raisonnement à adopter est jalonné d'embûches.

Une première question se pose d'emblée : le régime de droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil est-il applicable aux intermédiaires ou ces derniers sont-ils soumis à un régime particulier (a) ?

Ensuite, à considérer qu'il faille se fonder sur le droit commun de la responsabilité civile, la faute reste un concept polymorphe⁽¹²⁷⁾ au sujet duquel les controverses sont légion. Ces difficultés se répercutent sur les actions en responsabilité qui résultent d'une violation d'un droit de propriété intellectuelle. Nous reviendrons donc sur les éléments constitutifs de la faute et le débat qui les anime (b).

Enfin, les enseignements livrés par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 février 2017 seront examinés et mis en parallèle avec le projet de réforme du droit de la responsabilité civile (c).

a) Régime spécifique de responsabilité objective ou régime de droit commun ?

28. L'indigence de la directive. – La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ne traite pas du sort des intermédiaires qui échappent au régime d'exonération qu'elle instaure. Il est renvoyé au droit de la responsabilité civile des États membres⁽¹²⁸⁾. L'exposé des motifs de la proposition

(123) C.J.U.E., 7 août 2018, *Cooperatieve Vereniging SNB-REACT c. Deepak Mehta*, aff. C-521/17.

(124) E. RICBOURG-ATTAL, *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 290.

(125) T. LÉONARD, *op. cit.*, 2014, p. 143.

(126) *Ibidem*, p. 128.

(127) T. LÉONARD, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 951 ; X. THUNIS, « Théorie de la faute civile », *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, livr. 20, vol. 1, Kluwer, 2017.

(128) A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *op. cit.*, 2001, p. 133. Voy. également, C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google c. France*, aff. C-236/08, considérant n° 107, www.europa.eu : « C'est donc dans le cadre de ce droit national que

de directive prévoit en effet que «Si un prestataire de services ne remplit pas les conditions pour bénéficier de cette limitation, la nature et l'étendue de sa responsabilité devront être établies sur la base de la législation nationale»⁽¹²⁹⁾. L'approche choisie par le législateur européen n'est pas englobante. Pour les intermédiaires qui ne bénéficient pas du régime de protection offert par la directive, le droit national retrouve son empire.

29. Le renvoi aux législations nationales. – Dans le domaine de la propriété intellectuelle, la portée du renvoi au droit national suscite plusieurs interrogations. Deux solutions opposées sont en effet envisageables. Soit l'on applique les conditions de la responsabilité civile qui figurent à l'article 1382 du Code civil. Soit l'on considère que le livre XI du Code de droit économique (qui reproduit les dispositions de la loi du 9 mai 2007)⁽¹³⁰⁾ met un place un régime de responsabilité propre. Dans la première hypothèse, la victime de l'acte contrefaisant devra prouver l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil en lien causal avec un dommage. Dans la seconde, la contrefaçon constitue l'acte générateur du droit à réparation⁽¹³¹⁾.

30. Une doctrine divisée. – Deux courants s'opposent en doctrine. Une partie de la doctrine allègue que la loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle a mis en place un régime de responsabilité «sans faute»⁽¹³²⁾. Pour T. LÉONARD, «la loi a inséré dans chacune des législations spécifiques (brevet, marque, droit d'auteur et droit voisin, etc.) une disposition spécifique à la responsabilité civile proclamant l'existence d'un droit à réparation ouvert par la simple constatation de l'atteinte au droit de pro-

priété intellectuelle ou de l'acte de contrefaçon»⁽¹³³⁾. L'auteur se fonde notamment sur l'absence de référence à la faute et au caractère objectif de l'acte de contrefaçon. Cette thèse est partagée par B. et L. VAN REEPINGHEN⁽¹³⁴⁾, ainsi que par S. CARNEROLI⁽¹³⁵⁾ qui affirme que «le passage par l'article 1382 est superflu puisque la loi sur le droit d'auteur définit elle-même quand une faute est commise». M. Buydens se montre un tantinet plus nuancée lorsqu'elle affirme que : «l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle semble⁽¹³⁶⁾, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, relever d'un système de responsabilité objective»⁽¹³⁷⁾. Conformément à cette thèse, «l'existence de l'acte matériel non autorisé est la seule preuve à apporter pour que le juge constate l'atteinte au droit d'auteur. Ainsi, l'illégalité objective suffit en soi à fonder l'action et, ensuite, à obliger à réparer le préjudice subi»⁽¹³⁸⁾. Le régime applicable est dérogatoire au droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, le détour par la norme générale de prudence est évité, l'élément subjectif de la faute civile n'est plus requis tandis que la théorie des faits justificatifs est inopérante. Le demandeur en réparation pourra même «s'écarter de l'interprétation donnée aux autres conditions de droit commun de la responsabilité civile que sont le dommage et le lien causal»⁽¹³⁹⁾. Des rapprochements peuvent ici être opérés avec les principes applicables aux actions en cessation dès lors que le seul constat d'une atteinte peut justifier une injonction de cessation.

Cette approche, bien que parfois présentée comme majoritaire⁽¹⁴⁰⁾, n'emporte toutefois pas la conviction de nombreux auteurs qui semblent plutôt

les conditions pour constater une telle responsabilité doivent être recherchées». Voy. encore les conclusions de l'avocat général M.M. Poiares Maduro présentées le 22 septembre 2009, n° 127.

(129) COM[1998] 586 final, p. 28 cité par A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *op. cit.*, 2001, p. 133.

(130) Voy. B. VANBRABANT, «La propriété intellectuelle dans le Code de droit économique : quelques ambitions ; les moyens suivront (peut-être)», in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 157-192.

(131) T. LÉONARD, «Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle», in P. WÉRY, *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. C.U.P., n° 96, Louvain-la-Neuve, Anthemis, p. 197.

(132) T. LÉONARD, *op. cit.*, 2013, p. 984.

(133) *Ibidem*, p. 984. Voy. aussi, T. LÉONARD, «Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle», in P. WÉRY, *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. C.U.P., n° 96, Louvain-la-Neuve, Anthemis, pp. 198-200.

(134) B. VAN REEPINGHEN, L. VAN REEPINGHEN, «Les droits intellectuels renforcés : la contrefaçon en point de mire», *J.T.*, 2008, pp. 149-160.

(135) S. CARNEROLI, note sous Liège, 1^{er} avril 2010, *A&M*, 2012, pp. 441-442.

(136) Nous mettons en italique.

(137) M. BUYDENS, «La réparation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle», in *Actualités en droit intellectuels*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 407, note 1.

(138) S. CARNEROLI, *op. cit.*, 2012, p. 442.

(139) T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 198.

(140) S. CARNEROLI, *op. cit.*, 2012, p. 442, note 4.

préconiser un retour aux articles 1382 et 1383 du Code civil⁽¹⁴¹⁾. La variété des points de vue rend toutefois difficiles les tentatives de synthèse. Bien que le concept de responsabilité objective soit parfois employé, les auteurs en appellent à une application du droit commun de la responsabilité civile et à l'application des articles 1382 et 1383 du Code⁽¹⁴²⁾. Il n'existe toutefois pas de réel consensus sur les conditions de la responsabilité civile. À titre d'exemple, on avance qu'à l'instar de toute violation d'une

norme de comportement déterminée, la faute serait dépouillée, en droit de la propriété intellectuelle, de son élément subjectif (voy. *infra* n^{os} 37 et s.)⁽¹⁴³⁾. En jurisprudence, les cours et tribunaux se contentent également parfois de constater l'atteinte au droit sans se pencher davantage sur la notion de faute.

31. Des travaux parlementaires laconiques. – Le législateur ne semble pas s'être soucié des controverses liées à l'application ou non du droit commun lors de l'adoption de la loi du 9 mai 2007⁽¹⁴⁴⁾.

Les travaux préparatoires ne livrent que très peu d'informations: «En rappelant de manière générale que celui qui commet une atteinte à un droit de propriété intellectuelle doit réparer le préjudice causé par cette atteinte, le texte proposé ne constitue qu'un rappel de l'article 1382 du Code civil tel qu'il est interprété par la Cour de cassation notamment en ce qui concerne la notion de faute»⁽¹⁴⁵⁾. Il est par ailleurs fait référence à la jurisprudence constante de la Cour de cassation en vertu de laquelle «la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de l'auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment»⁽¹⁴⁶⁾. On perçoit dans le chef du législateur une assimilation de la violation d'un droit de propriété intellectuelle à une violation libre et consciente des lois de propriété intellectuelle⁽¹⁴⁷⁾ ⁽¹⁴⁸⁾.

32. Une jurisprudence hésitante. – Dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'entrée en vigueur de la loi du 9 mai 2007 est apparue aux yeux de la doctrine comme un moment charnière dans l'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité civile des intermédiaires. Pourtant, les décisions des cours et tribunaux restent toujours à l'heure

(141) G. AELBRECHT, «Auteursrechtelijke inbreuken en schadevergoeding», *A&M*, 2005, p. 375; B. MICHAUX et E. DEGRYSE, «De handhaving van intellectuele rechten gereorganiseerd», *R.D.C.*, 2007, p. 623, spéc. pp. 640-643; C. RONSE, «Enige overwegingen bij de schadeloosstelling voor auteursrechtelijke inbreuken in het licht van de Wet van 10 mei 2007 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten», note sous Liège 29 février 2008, *A&M*, 2008, p. 214; J. KEUSTERMANS, T. DE MAERE, «Fout begrip en schadevergoeding in het auteursrecht: double damage?», note sous Gand, 19 janvier 2009, *A&M*, 2009, pp. 388-391; B. MICHAUX, «Article 86bis», in F. BRISON et H. VANHEES, *Hommage à Jan Corbet – La loi belge sur le droit d'auteur – Commentaire par article*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 607-608; V. FOSSOUL, «La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne», *R.D.C.*, 2014, pp. 462-489; M. VAILLANT, *op. cit.*, 2018, p. 321.

(142) Pour V. Fossoul, il sera nécessaire de démontrer les conditions des articles 1382 et suivants du Code civil à savoir une faute ayant causé un dommage (V. FOSSOUL, *op. cit.*, 2014, p. 474). B. Michaux fait état d'un régime de responsabilité objective tout en renvoyant aux articles 1382 et 1383 du Code civil (B. MICHAUX, *op. cit.*, 2012, pp. 607-608). Cet auteur avançait d'ailleurs avec E. Degryse en 2007 que «De wet 9 mei 2007 voorziet in het principe dat de benadeelde recht heeft op de vergoeding van elke schade die hij door de namaak lijdt. Dit principe herinnert gewoon aan de algemene regel verwoord in artikelen 1382-1383 B.W. en krijgt een plaats in alle wetten inzake intellectuele eigendom» (B. MICHAUX et E. DEGRYSE, *op. cit.*, 2007, pp. 640-643). C. Ronse souligne encore «dat de wetgever in de Wet van 10 mei 2007 de klassieke visie heeft onderschreven dat een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht (en hetzelfde geldt ook voor auteursrechtelijke inbreuken) een onrechtmatige daad uitmaakt in de zin van artt. 1382-1383 B.W., zodat de schadeloosstelling onderworpen is aan de principes van de quasi-delictuele aansprakelijkheid» (C. RONSE, *op. cit.*, 2008, p. 214). On lit également que «Even algemeen wordt aangenomen dat het gemeen recht inzake de buitencontractuele burgerrechtelijke aansprakelijkheid (art. 1382 e.v. B.W.) van toepassing is op de vorderingen tot schadevergoeding voor inbreuken op het auteursrecht en de naburige rechten» (G. AELBRECHT, *op. cit.*, 2005, p. 375).

(143) Voy. sur le fait que l'élément subjectif de la faute «est souvent passé sous silence», T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 186.

(144) Loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, *M.B.*, 10 mai 2007. Les dispositions figurent désormais dans le Code de droit économique. Voy. les critiques formulées par T. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 201 et s.

(145) Projet de loi relatif aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n^o 51, 2943/001, p. 29.

(146) Projet de loi relatif aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n^o 51, 2943/001, p. 29.

(147) Voy. les critiques de T. LÉONARD, *op. cit.*, 2013, p. 984.

(148) Voy. pour une autre interprétation de ces travaux préparatoires, B. VAN REEPINGHEN et L. VAN REEPINGHEN, *op. cit.*, 2008, p. 156.

actuelle ambiguës. En réalité, la jurisprudence ne s'est guère interrogée sur l'existence d'un régime spécifique détaché du droit commun. Le débat se déplace généralement sur les rapports que nouent les notions d'atteinte au droit de propriété intellectuelle (ou, plus largement, d'une norme légale déterminée ou d'un droit subjectif⁽¹⁴⁹⁾) et de faute⁽¹⁵⁰⁾.

L'occasion nous est donc donnée ici de parcourir rapidement les grands arrêts qui ont émaillé la jurisprudence de la Cour et celle des juridictions de fond.

Dans son arrêt du 10 avril 1970⁽¹⁵¹⁾, la Cour de cassation décide que «la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité pénale et civile de l'auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment par l'intervention de l'homme». Une partie de la doctrine en déduit généralement que «Quand la disposition violée prescrit un comportement déterminé, il n'est pas nécessaire de vérifier en outre que le défendeur en responsabilité a violé une norme générale de prudence et de diligence ou qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir le dommage découlant de la transgression»⁽¹⁵²⁾. En filigrane, rejaillit la thèse de l'unité des notions d'illégalité et de faute⁽¹⁵³⁾.

Trois arrêts du 22 septembre 1988⁽¹⁵⁴⁾ viennent toutefois semer le doute. Ils concernent des actions en responsabilité introduites à l'encontre des administrateurs n'ayant pas fait aveu de faillite dans le délai prescrit. Ces arrêts refusent de censurer les décisions des juges du fond rejetant la responsabilité des administrateurs d'une société au motif qu'il n'était pas démontré qu'au moment des achats litigieux, les administrateurs avaient ou devaient avoir conscience du fait que les conditions de la faillite étaient réunies. La violation d'une obligation déter-

minée, semble, au regard de ces arrêts, insuffisante pour engager la responsabilité des administrateurs.

En droit de la propriété intellectuelle, l'arrêt du 10 mars 1994⁽¹⁵⁵⁾ a également créé pas mal de remous. Les faits de la cause sont les suivants. Une action en responsabilité est diligentée par le titulaire de droits d'auteur suite à la reproduction de photographies dans un calendrier. La défenderesse en responsabilité se retranche derrière le paiement des droits d'auteur à son cocontractant, paiement qui, sans qu'elle n'en ait été avertie, n'a pas fait l'objet d'une rétrocession au titulaire des droits. La cour d'appel, saisie du litige, considère que la défenderesse en responsabilité n'a commis aucune faute en ne vérifiant pas la bonne réception du paiement des droits par le titulaire. Le pourvoi introduit à l'encontre de cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation qui, ce faisant, crée de nouveaux remous au sein de la doctrine. L'application du critère du devoir général de prudence revient au-devant de la scène⁽¹⁵⁶⁾. Il ne pourrait donc y avoir d'assimilation automatique entre l'atteinte au droit subjectif et la faute.

Un frein est toutefois mis à cette évolution. L'enseignement de l'arrêt du 10 avril 1970 réapparaît dans deux arrêts subséquents de la Cour de cassation du 3 octobre 1994⁽¹⁵⁷⁾ et du 16 mai 2011⁽¹⁵⁸⁾. La transgression matérielle d'une norme constitue en soi une faute qui engage la responsabilité de son auteur pourvu que cette transgression ait été commise librement et consciemment. L'assimilation est à nouveau défendue. La condition selon laquelle

(149) Notons que T. Léonard prône l'intégration d'une troisième catégorie de faute à savoir l'atteinte consciente et volontaire aux droits subjectifs d'autrui (T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 216).

(150) Voy. sur l'évolution du rejet et du renouveau de l'assimilation entre la faute et la violation d'un droit subjectif, T. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 164 et s.

(151) Cass. 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 729.

(152) X. THUNIS, «Théorie de la faute civile», vol. 2, «La faute comme acte contraire au droit», *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, livr. 20bis, Kluwer, 2017, p. 11 avec les références citées.

(153) Voy. sur cette question, B. DUBUISSON, «Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile», note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 28-72; X. THUNIS, *op. cit.*, 2017, p. 10.

(154) Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 80, *R.C.J.B.*, 1990, p. 203, note R. O. DALCQ.

(155) Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 242, *R.W.*, 1994-1995, p. 254, *R.D.C.*, 1995, p. 281, note F. DE VISCHER. Voy. également sur cet arrêt, T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 190.

(156) G. AELBRECHT, *op. cit.*, 2005, p. 381; M. BUYDENS, «Brève présentation de la nouvelle directive du 29 avril 2004 relative au respects des droits de propriété intellectuelle», *I.R.D.I.* 2005, pp. 134-136; F. GOTZEN, «Overzicht van rechtspraak Auteurs en Modellenrecht 1990-1994», p. 1514; M.-C. JANSSENS, «Overzicht van het bestaand wettelijk kader», *Beteugeling van inbreuken op intellectuele rechten – Combattre les atteintes à la propriété intellectuelle*, C.I.R., Bruylant, Louvain, Bruxelles, 2004, p. 16 cités par J. KEUSTERMANS, T. DE MAERE, «Fout begrip en schadevergoeding in het auteursrecht: double damage?», note sous Gand, 19 janvier 2009, *A&M*, 2009, p. 389, note 10.

(157) Cass. 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788, *J.T.*, 1995, p. 727: «Attendu que la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité pénale et civile de l'auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment».

(158) Cass., 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1339.

la transgression doit être commise librement et consciemment ne disparaît toutefois pas⁽¹⁵⁹⁾.

L'arrêt du 5 mai 2011 réintroduit, en droit de la propriété intellectuelle, le jeu de l'article 1382 du Code civil comme fondement de l'action en réparation. Aux termes de cet arrêt, «toute atteinte aux droits d'un auteur, notamment à son droit moral sur une œuvre, peut donner lieu à réparation conformément aux articles 1382 et 1383 du Code civil»⁽¹⁶⁰⁾. Les conditions de la responsabilité civile et les composantes de la faute ne sont malheureusement pas davantage explicitées.

Même s'il reste étranger au droit de la propriété intellectuelle, on peut toutefois se demander si l'arrêt du 9 février 2017 n'a pas redistribué les cartes. Nous verrons toutefois *infra* n° 43 que cet arrêt donne lieu à plusieurs interprétations.

La jurisprudence des juridictions de fond est tout aussi oscillante. Bien que de nombreuses décisions soient citées en faveur d'une assimilation totale de l'atteinte au droit intellectuel et de la faute⁽¹⁶¹⁾, il n'est pas rare de rencontrer des décisions en sens contraires⁽¹⁶²⁾. Ainsi, dans sa décision du 9 mars 2005⁽¹⁶³⁾, le tribunal civil de Bruxelles épingle que «le droit positif belge ne consacre pas de responsabilité objective dans le domaine du droit d'auteur et il ne peut être affirmé que toute atteinte au droit d'auteur constitue nécessairement une faute civile, au sens de l'article 1382 du Code civil»⁽¹⁶⁴⁾. Les

termes usités sont souvent sibyllins. Les extraits cités par B. Michaux⁽¹⁶⁵⁾ sont révélateurs du malaise actuel. Pour la cour d'appel de Bruxelles, «le devoir général de prudence constitue un critère adéquat en cas d'atteinte au droit d'auteur»⁽¹⁶⁶⁾. La cour d'appel de Gand énonce que «Zelfs indien deze objectieve aansprakelijkheid niet aanvaard wordt (...) dan nog is er de aansprakelijkheid voor de lichtste fout of nalatigheid (...) Een normaal voorzichtig persoon, in dezelfde omstandigheden geplaatst, zou geen illegale kopieën van software gebruiken in haar bedrijfsvoering»⁽¹⁶⁷⁾. Mais quelle est donc la place qu'occupe le devoir général de prudence en matière de propriété intellectuelle? La réponse demeure incertaine.

À l'évidence, la loi du 9 mai 2007 n'a pas sonné le glas des controverses liées à l'article 1382 du Code civil.

33. Conclusions intermédiaires. – Le moins que l'on puisse affirmer, c'est qu'il règne un certain flou lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le fondement et les conditions de la responsabilité civile des intermédiaires qui échappent au régime dérogatoire de responsabilité prévu par la directive sur le commerce électronique. Les articles 1382 et 1383 restent abondamment cités par la doctrine et la jurisprudence⁽¹⁶⁸⁾. Tantôt, l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle est assimilée à une faute au sens de l'article 1382, tantôt l'application de l'ensemble des conditions d'application de ce dernier article sont prônées. Or, le droit commun de la responsabilité civile n'est pas toujours appliqué de manière analogue. L'article 1382 du Code civil donne lieu, lui aussi, à de nombreuses controverses qui fragilisent l'édifice et égratignent la sécurité juridique.

(159) L'élément subjectif de la faute n'est pas complètement oublié. Voy. sur la portée de cette précision, *infra* n° 37 ainsi que la note 208.

(160) Cass., 5 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1272, *R.C.J.B.* 2012, p. 363, note L. VAN BUNNEN, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14846, note N. ESTIENNE, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, note P. WÉRY.

(161) Civ. Bruxelles, 23 mars 1955, *Ing.-cons.*, 1956, p. 378; Bruxelles, 12 novembre 1969, *Ing.-cons.*, 1970, p. 170; Gand, 25 juin 1971, *R.W.*, 1971-1972, p. 378; Civ. Liège, 15 novembre 1972, *J.T.*, 1973, p. 61; Civ. Bruxelles, 6 novembre 1991, *Ing.-cons.*, 1992, p. 54; Civ. Bruxelles, 10 février 1998, *A&M*, 1998, p. 363; Bruxelles, 3 juin 1999, disponible sur *juridat.be*; Civ. Bruxelles, 3 février 2006, inédit cité par S. CARNEROLI, note sous Liège, 1^{er} avril 2010, *A&M*, 2012, p. 442, note 4.

(162) Liège, 1^{er} avril 2010, *A&M*, 2012, p. 438; Civ. Bruxelles, 9 mars 2005, *Ing.-cons.*, 2006, p. 135.

(163) Notons que la décision est antérieure à la loi du 9 mai 2007.

(164) Civ. Bruxelles, 9 mars 2005, *Ing.-cons.*, 2006, p. 135. La responsabilité de l'auteur de l'atteinte n'est pas engagée dès lors qu'il a pu légitimement croire que les droits d'auteur lui étaient acquis. Voy. sur cet arrêt, T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 193. Voy. également, Comm. Bruxelles, 2 novembre

1999, *Computerrecht*, 2000, p. 36. Même si la décision concernait une action en cessation, la responsabilité de Belgacom, en tant qu'hébergeur, fut retenue après avoir mis en évidence un élément de connaissance, dans son chef, de l'activité illicite hébergée.

(165) B. MICHAUX, «Article 86bis», in F. BRISON et H. VANHEES, *Hommage à Jan Corbet – La loi belge sur le droit d'auteur – Commentaire par article*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 607-608.

(166) Bruxelles 14 mai 2009, *A&M*, 2010, p. 26.

(167) Gand, 19 janvier 2009, *A&M*, 2009, p. 384.

(168) Voy. à titre d'exemples, Cass., 5 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1272, *R.C.J.B.* 2012, p. 363, note L. VAN BUNNEN, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14846, note N. ESTIENNE, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, note P. WÉRY. Voy. aussi Comm. fr. Bruxelles, 30 octobre 2017, inédit, *R.G.* n° 1/16/01974.

b) Les composantes de la faute au sens de l'article 1382 du Code civil

34. Les deux composantes de la faute. – La faute n'est pas définie par le Code civil, pas plus que le dommage et le lien causal. On enseigne traditionnellement que la faute est composée d'un élément objectif – la violation d'une norme de conduite – et d'un élément subjectif – la violation libre et consciente de la norme (ou imputabilité de l'acte à la personne fautive)⁽¹⁶⁹⁾. Elle est ainsi définie comme «la violation, imputable à son auteur, d'une norme juridiquement obligatoire lui imposant d'agir de façon déterminée ou de se comporter comme une personne normalement diligente et prudente»⁽¹⁷⁰⁾. Une condition de prévisibilité du dommage se superpose en outre à ces deux composantes.

Cette simplicité n'est toutefois qu'apparente. La notion de faute ne revêt pas toujours la même portée. Tout d'abord, l'élément objectif de la faute renvoie à deux voire trois catégories d'actes (voy. *infra* n°s 35 et s.). Ensuite, tandis que certains appréhendent l'imputabilité comme un élément constitutif de la faute, d'autres en font une condition distincte de la responsabilité civile⁽¹⁷¹⁾. La condition de prévisibilité du dommage est en outre souvent limitée exclusi-

vement à la norme de bon comportement⁽¹⁷²⁾ ⁽¹⁷³⁾. Enfin, l'élément subjectif de la faute est peu clair et perd progressivement sa consistance⁽¹⁷⁴⁾ (voy. *infra* n°s 37 et s.).

(i) L'élément objectif de la faute

35. L'élément objectif de la faute: principes. – On distingue généralement deux catégories de fautes: d'un côté, la transgression matérielle d'une norme légale ou réglementaire imposant un comportement déterminé, de l'autre, la violation d'une norme générale de prudence⁽¹⁷⁵⁾. Tantôt les auteurs mettent l'accent sur l'acte contraire à la loi, tantôt ils retiennent exclusivement l'erreur de conduite⁽¹⁷⁶⁾. Le double critère fait donc office de compromis en droit positif belge.

Ce double critère n'est toutefois pas figé. Pour T. Léonard, il y aurait place pour une troisième catégorie. La violation de droits subjectifs consti-

(169) B. DUBUISSON, «Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile», note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 34 et s.; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1., *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du *Journal des tribunaux*, n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 22 et s.; T. LÉONARD, «Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil», *R.D.C.*, 2010, pp. 573 et s.; J.-L. FAGNART, «Vers la faute objective», note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 43 et s.

(170) X. THUNIS, «Théorie de la faute civile», *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, livr. 20, vol. 1, Kluwer, 2017, p. 26. Voy. aussi sur la notion de faute, J. VAN ZUYLEN, «Faute, bonne foi et abus de droit: convergences et divergences», *Annales de droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n° 3, pp. 297 et s.

(171) Voy. P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1207 qui souligne que les deux conceptions aboutissent au même résultat.

(172) Voy. Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802; Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 820; Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169. L. CORNELIS décrit «la faute comme étant la méconnaissance d'une norme générale de prudence, imputable à la personne attraitée en responsabilité, qui entraîne un dommage dont la survenance était prévisible» (L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 311).

(173) Voy. sur ces questions, T. LÉONARD, *op. cit.*, 2010, p. 574; B. GOFFAUX, «La conscience de l'illégalité de l'acte: acte préalable à une responsabilité civile», note sous Cass., 9 février 2017, *For. ass.*, 2017, pp. 211-212.

(174) B. GOFFAUX, «La conscience de l'illégalité de l'acte: acte préalable à une responsabilité civile», note sous Cass., 9 février 2017, *For. ass.*, 2017, p. 214.

(175) B. DUBUISSON, «Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile», note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 33; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1., *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du *Journal des tribunaux*, n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 22; T. LÉONARD, «Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil», *R.D.C.*, 2010, p. 574; E. MONTERO et B. GOFFAUX, «La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extracontractuelle», *For. ass.*, 2014, pp. 1-15; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, pp. 367 et s.; X. THUNIS, *op. cit.*, 2017, pp. 5 et s.; J.-L. FAGNART, «Vers la faute objective», note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 43-44.

(176) Voy. l'étude de J.-L. FAGNART, «Vers la faute objective», note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, p. 43.

tue, selon l'auteur, une catégorie à part entière de faute⁽¹⁷⁷⁾.

36. L'élément objectif de la faute: applications. – Qu'en est-il d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle? L'assimilation de l'atteinte à un droit d'auteur à l'élément objectif de la faute semble aller de soi. L'atteinte est ainsi considérée comme la violation d'une norme légale qui impose un comportement déterminé. Elle pourrait aussi être rangée dans la troisième catégorie dégagée par T. LÉONARD⁽¹⁷⁸⁾.

Les propos de X. THUNIS font toutefois écho à la difficile articulation des règles du droit la responsabilité civile et du droit de la propriété intellectuelle que nous avons mise en exergue *supra* n^{os} 30 et s.

«Les rapports entre la faute civile et la violation d'un droit subjectif ne sont pas simples. Même quand un texte spécifique organise la protection du droit en cause, comme c'est le cas pour les droits de propriété intellectuelle, la responsabilité civile reste présente (...) La protection spécifique qui s'attache aux droits subjectifs, si elle diffère de la réparation prévue par la responsabilité, est soumise à des conditions que l'on rapproche naturellement de celles de la responsabilité civile: là où cette dernière exige la preuve, par la victime, d'un dommage et d'une faute, l'atteinte au droit subjectif suffirait à établir le préjudice subi par la victime et la faute de l'auteur du dommage. Signe de l'autonomie des droits subjectifs ou simple assouplissement des conditions de la responsabilité civile? La question est discutée. Elle montre que la responsabilité civile, qui semble avoir une capacité infinie d'expansion et d'adaptation, reste présente à l'avant-plan ou en sourdine, avec des répercussions sur la définition de la faute et sur la consistance de sa composante subjective»⁽¹⁷⁹⁾.

(177) Voy. sur ces trois catégories, T. LÉONARD, *op. cit.*, 2013, pp. 951-984. Pour T. LÉONARD, cette catégorie de faute est caractérisée par un élément intentionnel particulier: l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif d'autrui (T. LÉONARD, «Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile: réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle», in P. WÉRY, *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, coll. C.U.P., n^o 96, Louvain-la-Neuve, Anthemis, p. 216).

(178) Nous verrons *infra* n^o 44 que cette troisième catégorie n'a pas été retenue par la commission de réforme du droit de la responsabilité civile.

(179) X. THUNIS, «Théorie de la faute civile», vol. 1, «La faute, un concept polymorphe», in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, livr. 20, p. 11. Voy. également,

(ii) L'élément subjectif de la faute

37. L'élément subjectif de la faute: principes. – L'élément subjectif de la faute est lui aussi source de confusion. Le concept d'imputabilité est, tout d'abord, peu clair⁽¹⁸⁰⁾. L'ambiguïté serait même «congénitale»⁽¹⁸¹⁾. L'imputabilité renvoie en effet, d'une part, à l'idée selon laquelle l'acte sera imputable s'il procède d'une volonté libre et consciente de son auteur (élément subjectif de la faute) et, d'autre part, au «lien entre le fait générateur du dommage et la personne désignée par la loi comme responsable»⁽¹⁸²⁾. Dans le cadre de la présente étude, nous nous attarderons sur la première de ces deux significations.

Une autre difficulté git dans le fait que l'élément subjectif ou moral de la faute recouvre deux réalités différentes⁽¹⁸³⁾. *Primo*, l'auteur de la faute doit être doté de discernement⁽¹⁸⁴⁾ (*schuldbekwaamheid*). Cette capacité de discernement se définit «comme l'aptitude d'une personne à apprécier les conséquences de ses actes»⁽¹⁸⁵⁾. Les cas envisagés sont les enfants en bas-âge, l'inconscience passagère ainsi que les déments et malades mentaux. On se penche sur la capacité de celui qui pose l'acte au regard de la personne ou de la personnalité de l'individu⁽¹⁸⁶⁾. *Secundo*, la capacité de discernement ne doit pas avoir été «annihilée au moment où le comportement litigieux a été commis (*toerekenbaarheid*)»⁽¹⁸⁷⁾. Se pose la question de savoir si l'acte peut être «imputé» subjectivement à l'individu comme issu de sa volonté libre et consciente»⁽¹⁸⁸⁾. L'absence de volonté libre et consciente résulte, dans cette hypothèse, d'une cause externe à la personnalité de l'individu à savoir soit

G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 454-456.

(180) Voy. J.-L. FAGNART, «Introduction générale au droit de la responsabilité», *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, livr. 1, Kluwer, 1999, pp. 18-19, n^o 34; X. THUNIS, «Théorie générale de la faute», vol. 3, «La faute comme acte imputable à son auteur», in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, livr. 20ter, Kluwer, 2011.

(181) X. THUNIS, *op. cit.*, 2011, p. 6.

(182) *Ibidem*.

(183) W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, pp. 374 et s.

(184) Voy. sur la capacité de discernement, X. DANDOY, «Appréciation *in abstracto* de la faute civile extracontractuelle», *Annales de droit de Louvain*, vol. 70, 2007, n^o 2, pp. 123 et s.

(185) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, 2009, p. 35.

(186) T. LÉONARD, *op. cit.*, 2013, p. 958.

(187) X. THUNIS, *op. cit.*, 2011, p. 29.

(188) T. LÉONARD, *op. cit.*, 2013, p. 958.

«des éléments totalement extérieurs à l'individu, des circonstances qui viennent vicier sa volonté et son discernement» soit «l'impossibilité dans laquelle se trouve l'agent de concevoir que l'acte qu'il pose tombe effectivement sous le champ d'application de la règle violée»⁽¹⁸⁹⁾. On voit poindre ici la théorie des faits justificatifs (voy. *infra* n° 40 et s.).

L'élément subjectif de la faute est de plus en plus contesté par une partie de la doctrine. Tandis que certains plaident toujours en faveur d'une application de l'élément subjectif de la faute pour chaque catégorie d'actes objectivement illicites⁽¹⁹⁰⁾, d'autres militent en faveur de son abandon⁽¹⁹¹⁾.

38. L'élément subjectif de la faute: applications. – Si l'on suit le premier courant, il convient de vérifier si l'agent, d'une part, était apte à comprendre les conséquences de son acte⁽¹⁹²⁾ et, d'autre part, s'il pouvait librement et consciemment se représenter l'illicéité de son acte⁽¹⁹³⁾. Cette conscience doit s'évaluer au regard du critère de l'homme prudent et raisonnable⁽¹⁹⁴⁾. En présence d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle, l'application de ce critère aux intermédiaires de l'Internet aura une grande incidence. Pour engager la responsabilité de ces derniers, il est nécessaire de démontrer que les intermédiaires avaient ou auraient dû avoir conscience de l'illicéité de leur action. Or, l'illicéité de l'acte peut souvent se révéler impossible à déceler pour certains intermédiaires.

Si l'on s'en tient au second courant, le principe, avalisé par la Cour de cassation, selon lequel la simple transgression d'une norme légale ou réglementaire déterminée suffit à engager la responsabilité civile de l'auteur doit primer. Les partisans de ce

courant défendent donc le principe d'identité de la faute et de l'acte illégal⁽¹⁹⁵⁾.

Sans trancher définitivement le débat qui oppose ces deux courants, on constate à tout le moins actuellement une tendance à l'objectivation de l'élément subjectif⁽¹⁹⁶⁾. C'est notamment la raison pour laquelle, en matière de propriété intellectuelle, la présence de l'élément subjectif n'est guère discutée.

Pour éviter les conséquences néfastes pour les intermédiaires de cette objectivation, la discussion pourrait se nouer autour de la notion d'imputabilité au sens de «lien entre le fait générateur du dommage et la personne désignée par la loi comme responsable» (voy. *infra* n° 37 et s.). On peut en effet s'interroger sur l'existence d'un tel rattachement en présence d'actions illicites de tiers qui utilisent les services des intermédiaires.

Un parallèle intéressant peut à cet égard être opéré avec l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 2005⁽¹⁹⁷⁾, qui rejette le pourvoi introduit à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Gand. Cette dernière avait déclaré non fondée l'action en responsabilité dirigée contre un *copycenter*. Malgré l'existence d'une infraction au droit d'auteur impliquant le client et le *copycenter*, la cour ne retient que la responsabilité du client au motif que l'infraction n'est imputable qu'à ce dernier. Une analogie entre la situation du *copycenter* et celle des intermédiaires n'est pas totalement saugrenue. Le *copycenter* fournit en effet une infrastructure technique qui peut être utilisée, plus ou moins, à son insu, en portant atteinte aux droits d'auteur.

En outre, un autre palliatif consiste à se prévaloir d'une cause de justification (voy. *infra* n° 40 et s.)⁽¹⁹⁸⁾.

(iii) La prévisibilité du dommage

39. Une condition affaiblie ? – Bien qu'érigée par la Cour de cassation comme un élément de la

(189) *Ibidem.*, p. 959. L'auteur précise que l'impossibilité résulte soit du fait que l'agent ne peut connaître la surveillance d'une condition d'application de la norme (en cas de violation d'une norme déterminée), soit du fait qu'il ne peut avoir conscience que l'acte posé peut provoquer un dommage à autrui (en cas de violation d'une norme de prudence), soit du fait qu'il n'a pu transgresser volontairement le devoir de respect des droits d'autrui parce qu'il ne peut avoir connaissance de leur existence.

(190) T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 959; B. GOFFAUX, *op. cit.*, 2017, pp. 214-215; X. THUNIS, «Théorie générale de la faute», vol. 3, «La faute comme acte imputable à son auteur», in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, livr. 20^{ter}, Kluwer, à paraître.

(191) J.-L. FAGNART, «Vers la faute objective», note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 42-64.

(192) Il s'agit de la capacité de discernement. Elle s'apprécie *in concreto*.

(193) T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 986.

(194) B. GOFFAUX, *op. cit.*, 2017, p. 216.

(195) Voy. sur la pertinence de cette assimilation discutée, B. DUBUISSON, «Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile», note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 28-72.

(196) T. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 986-987; J.-L. FAGNART, «Vers la faute objective», note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 42-64.

(197) Cass., 27 mai 2005, *I.R.D.I.*, 2005, p. 267, *R.W.*, 2007-2008, p. 576.

(198) Voy. J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence: 1985-1995*, coll. Les dossiers du *Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 43, n° 34 cité par A. CRUQUENAIRE, J. HERVEG, *op. cit.*, 2002, p. 311, note 23; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, 2018, pp. 45-46.

faute⁽¹⁹⁹⁾, la condition de prévisibilité du dommage connaît des limites⁽²⁰⁰⁾. Elle ne s'appliquerait que pour la méconnaissance d'une obligation générale de prudence⁽²⁰¹⁾ et ne serait pas requise lorsque la faute consiste en une transgression matérielle d'une norme déterminée. Force est toutefois de rappeler à cet égard que la position de la Cour de cassation n'est pas aussi catégorique⁽²⁰²⁾. On notera encore que la prévisibilité du dommage est, pour certains, intégrée dans l'élément moral de la faute⁽²⁰³⁾.

S'agissant d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle, on se tourne vers les règles qui encadrent la méconnaissance d'une norme de conduite déterminée. L'application de la condition de prévisibilité fait débat⁽²⁰⁴⁾. Soit l'on suit l'enseignement traditionnel selon lequel la condition ne s'applique que face à la méconnaissance d'une norme de prudence de sorte que la condition est écartée automatiquement en matière de propriété intellectuelle⁽²⁰⁵⁾. Soit l'on étend la condition de prévisibilité à l'ensemble des catégories de fautes⁽²⁰⁶⁾.

L'inclusion ou non de l'élément de prévisibilité du dommage dans l'appréciation de la faute mériterait d'être définitivement tranchée.

(iv) Les faits justificatifs

40. Les faits justificatifs. – La théorie des faits justificatifs, auquel fait écho l'élément moral de la

faute⁽²⁰⁷⁾ (voy. *supra* n° 37), reste fort prégnante en droit de la responsabilité civile. Même lorsque la faute trouve sa source dans la violation d'une norme déterminée, la théorie des faits justificatifs n'est pas expressément exclue par la doctrine⁽²⁰⁸⁾. Cette théorie permet à l'auteur de l'acte d'échapper à sa responsabilité dès lors que le fait justificatif ôte au comportement dommageable son caractère délictueux.

On distingue généralement les faits justificatifs des causes étrangères exonératoires. Tandis que les premiers jouent au niveau de l'imputabilité de la faute, les secondes influent sur le lien de causalité.

41. L'erreur invincible. – Parmi ces faits justificatifs, on retrouve l'ignorance ou l'erreur invincible. Elle retiendra notre attention dans les développements qui suivent dès lors qu'elle peut trouver, en matière de propriété intellectuelle, un terreau privilégié⁽²⁰⁹⁾. L'erreur est invincible lorsque l'auteur s'est comporté comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente⁽²¹⁰⁾. Il convient de prouver l'absence de faute dans le chef de l'*errans* à savoir que le comportement adopté par l'agent n'est pas fautif au regard des circonstances concrètes⁽²¹¹⁾. De plus, la preuve d'une cause étrangère à l'*errans* – au sens de circonstances indépendantes de la volonté⁽²¹²⁾ – est également exigée. L'erreur s'entend d'une erreur de

(199) Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802; Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 820; Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169.

(200) Voy. sur cette question, B. GOFFAUX, «La prévisibilité du dommage en matière extracontractuelle», *For. ass.*, 2012, pp. 43-51.

(201) H. BOCKEN et I. BOONE, *Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsmechanismen*, Bruges, die Keure, 2010, p. 97; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *op. cit.*, 2009, p. 39.

(202) Voy. les arrêts cités par B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, 2009, p. 39. Voy. aussi, G. SCHAMPS, «La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne», note sous Bruxelles, 28 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 46 et s.

(203) Voy. *contra*, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 47-48.

(204) Voy. sur cette question, B. GOFFAUX, «La prévisibilité en matière extracontractuelle», note sous Civ. Dinant, 5 avril 2011, *For. ass.*, 2012, pp. 47-51.

(205) Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1952, I, pp. 178 et s.; Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, pp. 83 et s.; Cass., 22 février 1989, *Pas.*, 1989, I, pp. 631 et s.

(206) Bruxelles, 23 mars 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14081.

(207) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *op. cit.*, 2009, p. 39.

(208) La Cour de cassation rappelle que «la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité pénale et civile de l'auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment par l'intervention de l'homme» (Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 729). Comme le souligne fort bien X. THUNIS l'attendu «rétablit, dans la conditionnelle, la nécessité d'une composante psychologique de la faute qu'il paraît nier dans la principale» («Théorie générale de la faute», vol. 3, «La faute comme acte imputable à son auteur», in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, livr. 20^{ter}, Kluwer, 2011, p. 5).

(209) La possibilité pour l'auteur de l'atteinte de se prévaloir d'une cause d'exonération est admise par plusieurs auteurs (F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 76, n° 90; F. DE VISSCHER, obs. sous Cass., 10 mars 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 287).

(210) Voy. B. GOFFAUX, «L'erreur invincible en matière civile», *R.G.D.C.*, 2013, p. 366 avec les références citées en note 4.

(211) On vérifie si l'auteur du dommage a agi comme l'aurait fait toute personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances de fait (P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1434).

(212) B. GOFFAUX, *op. cit.*, 2013, p. 372.

fait ou d'une erreur de droit. Elle s'apprécie *in abstracto* ce qui implique qu'il incombe au défendeur en responsabilité de prouver qu'un homme prudent et diligent aurait été victime de cette même ignorance. La bonne foi de l'auteur est nécessaire mais non suffisante pour démontrer l'existence de ce fait justificatif. L'appréciation du caractère invincible de l'erreur sera déterminante. Gageons qu'il ne sera pas apprécié trop sévèrement par les cours et tribunaux sous peine de réduire ce fait justificatif à sa plus simple expression. Ainsi, «celui qui porte atteinte à un droit de la propriété intellectuelle en commettant un acte objectivement illicite, pourrait (...) échapper à toute responsabilité s'il prouve que dans les circonstances dans lesquelles il se trouvait au moment où il a porté atteinte à ces droits, (...) il avait nécessairement une vision erronée de la réalité ou était dans un état d'ignorance de celle-ci comme toute personne placée dans les mêmes circonstances l'aurait été»⁽²¹³⁾.

c) Vers un concept de faute amputé de sa composante subjective ?

42. Présentation. — Le droit est en perpétuelle évolution. Outre les impulsions données par la jurisprudence, cette affirmation prend tout son sens depuis que le ministre de la Justice a mis sur les rails plusieurs projets de réforme. Le droit de la responsabilité civile n'échappe pas à cette tendance réformatrice. L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile vient tout récemment d'être dévoilé au public⁽²¹⁴⁾. Il marque un tournant dans notre droit.

Le dernier arrêt rendu par la Cour de cassation le 9 février 2017 (*infra* n° 43) a sans conteste influencé les auteurs de l'avant-projet (*infra* n° 44). L'impact sur le droit de la propriété intellectuelle est non négligeable.

43. L'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2017. — L'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2017 n'est pas passé inaperçu. Il a sensiblement marqué les esprits. L'affaire soumise initialement au juge du fond concernait le placement d'un pylône de transport électrique sur le terrain d'autrui. La société en charge de l'implantation estimait n'avoir commis aucune faute dès lors que la violation de la norme légale ou réglementaire n'était pas libre

et consciente. L'argumentation fut suivie par le tribunal de commerce statuant en degré d'appel.

Dans son arrêt du 9 février 2017, la Cour casse toutefois le jugement du tribunal de commerce. Elle rappelle tout d'abord que «la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment». Elle ajoute cependant une précision qui a retenu l'attention des commentateurs : «il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet». La Cour conclut enfin que dans la mesure où les juges n'ont pas examiné l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, ils ne pouvaient légalement décider que la violation de la norme n'avait pas été libre et consciente de sorte que l'élément moral nécessaire à la reconnaissance d'une faute faisait défaut.

Cet attendu a donné lieu à des interprétations sensiblement divergentes.

Pour J.-L. Fagnart, même si l'arrêt de la Cour maintient la condition selon laquelle l'acte illicite doit être commis librement et consciemment, «l'acte libre est celui qui est commis en l'absence d'une contrainte externe irrésistible. L'acte est conscient dès que l'agent comprend ce qu'il fait, même s'il n'a pas conscience de l'illicéité de son action ou de son omission». L'arrêt marque, pour l'auteur, une avancée significative vers la théorie de la faute objective.

À l'inverse, d'autres pourraient n'y voir qu'un rappel du caractère strict de l'appréciation de l'erreur invincible. L'arrêt aurait uniquement cette vocation : rappeler que la croyance légitime de la légalité de son action n'est pas un élément déterminant⁽²¹⁵⁾. Selon cette interprétation, la conscience réelle de l'illégalité, ainsi que l'affirme la Cour, n'est pas une condition de la responsabilité. Il incombait plutôt au juge de vérifier, à l'aune du critère de la personne normalement prudente, si, au regard du cas d'espèce, le défendeur en responsabilité aurait dû avoir cette conscience. S'il entendait conclure à l'absence d'imputabilité, le rôle du tribunal consistait à établir l'existence d'une erreur invincible⁽²¹⁶⁾.

44. L'avant-projet de réforme. — La commission de réforme du Code civil présidée par B. Dubuisson et H. Bocken a récemment levé le voile sur son avant-projet de réforme. Le texte est depuis le 28 mars publié sur le site du ministère et soumis à consultation publique.

Le constat de la Commission est sans appel : le droit de la responsabilité civile est devenu désuet. Il

(213) T. LÉONARD, *op. cit.*, p. 209.

(214) Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (29 mars 2018).

(215) B. GOFFAUX, *op. cit.*, 2017, p. 217.

(216) *Ibidem*, p. 217.

mérite bien cette cure de jouvence. Le virage opéré par les auteurs du projet est donc significatif. Seules les modifications de l'article 1382 du Code civil seront toutefois évoquées.

La clé de voute du système reposera vraisemblablement à l'avenir sur l'article 5.146. Ce dernier prévoit que «Quiconque cause, par sa faute, un dommage à autrui est tenu de la réparer». Le prescrit souvent martelé de l'article 1382 cède la place à un dispositif nettement plus concis.

Une définition de la faute est proposée dans le futur article 5.147 : «La faute est un manquement à une règle de conduite qui résulte de la loi ou à la règle générale de prudence qu'il convient de respecter dans les rapports sociaux». L'exposé des motifs confirme que la faute résulte «soit de la violation d'un devoir légal soit de la méconnaissance de la règle générale de prudence qui s'impose à tous dans les rapports sociaux»⁽²¹⁷⁾. La troisième catégorie de faute entendue comme la violation d'un droit subjectif n'est pas retenue par les auteurs de l'avant-projet⁽²¹⁸⁾.

Des critères d'appréciation, tributaires de la source de la violation, sont ensuite expressément mentionnés à l'article 5.148 du Code. Ils feront office d'outils destinés à faciliter le travail des juges.

«Article 5.148. Critères d'appréciation

§ 1^{er}. Dans le cas où la règle de conduite impose un comportement déterminé, la faute se déduit de la violation de cette règle.

§ 2. Le manquement à la règle générale de prudence s'apprécie par rapport au comportement qu'aurait eu une personne prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances.

À cet effet, peuvent notamment être pris en considération :

- la nature et l'étendue des conséquences dommageables possibles ;
- les coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage ;
- l'état des connaissances scientifiques ;
- les meilleures techniques disponibles à un coût qui n'est pas déraisonnable ;
- les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles ;
- les principes de bonne administration et de bonne organisation».

Aux abonnés absents, on retrouve l'élément subjectif de la faute. Les auteurs du projet entendent franchir un cap supplémentaire par rapport à l'arrêt de Cour de cassation du 9 février 2017 en laissant tomber l'élément moral de la faute⁽²¹⁹⁾. L'élément moral est jugé superflu dès lors qu'il est abordé par «d'autres moyens juridiques». Le principe nouveau est clamé haut et fort : «La faute se réduit donc, en principe, à son élément objectif ou matériel»⁽²²⁰⁾.

L'élément subjectif sort ainsi par la porte tout en se réservant un droit d'entrée par deux fenêtres. D'une part, plusieurs dispositions viennent régir le cas des personnes privées de discernement (articles 5.153 à 5.155). D'autre part, l'élément moral rejaillit au stade des causes d'exonération. L'agent fautif peut toujours échapper à sa responsabilité en démontrant l'existence d'un cas de force majeure, d'une erreur invincible, d'une contrainte irrésistible, d'un état de nécessité, d'un cas de légitime défense ou de l'ordre de la loi ou de l'autorité.

Les auteurs prennent le soin de préciser dans les travaux préparatoires que l'ignorance de l'existence du droit d'autrui ne suffit pas à écarter l'existence d'une faute.

Tandis que l'article 5.149 traite de la force majeure, l'article 5.150⁽²²¹⁾ s'attache aux autres causes d'exonération de responsabilité au rang desquelles figure l'erreur invincible. Aux termes du

(217) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 41, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Il est en outre précisé que «l'identification de ces deux sources est directement inspirée de la distinction classique effectuée par la Cour de cassation (voy., entre autres, Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 83 ; Cass., 3^e ch., 25 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2230 ; Cass., 9 février 2017, R.G. n° C.13.0528.F)».

(218) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 43, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

(219) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 42.

(220) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 42.

(221) Article 5.150. Autres causes d'exonération de la responsabilité. § 1^{er}. Il n'y a pas de responsabilité pour faute lorsque celui qui viole la règle de conduite agit à la suite d'une erreur invincible ou d'une contrainte irrésistible, dans un état de nécessité ou de légitime défense, ou sur la base d'un ordre de la loi ou d'une autorité compétente (...).

paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de cet article, «L'erreur invincible suppose que cette personne agisse en fonction d'une représentation erronée et insurmontable des faits ou du droit».

Nul doute que c'est désormais à l'endroit de l'erreur invincible que se noueront les débats si tant est que des demandes d'indemnisation sur la base d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle aboutissent devant les cours et tribunaux. La notion d'imputabilité, au sens de lien de rattachement, pourrait également venir nourrir la réflexion.

Plus interpellant pour la matière qui nous occupe est l'extrait suivant tiré de l'exposé des motifs: «Bien entendu, l'action en responsabilité ne fait pas obstacle à d'autres actions qui pourraient être exercées pour sanctionner la violation d'un droit subjectif (action en revendication, action en contrefaçon). Celles-ci reposent cependant sur des conditions qui leur sont propres»⁽²²²⁾.

Le droit de la propriété intellectuelle se détachera-t-il complètement du droit de la responsabilité civile pour conquérir son indépendance? Dans la mesure où les articles 5.145 et s. nouveaux du Code civil s'accommodent beaucoup mieux à la rigueur des principes issus de la loi du 9 mai 2007 insérés dorénavant dans le Code de droit économique, c'est un pas que nous n'oserons franchir.

Conclusions

Le régime d'exonération de la directive est devenu une cote mal taillée pour les intermédiaires qui évoluent dans le *web* 2.0. En effet, «la typologie établie en 2000 avec fournisseurs d'accès et fournisseurs d'hébergement n'est plus le reflet de l'Internet d'aujourd'hui»⁽²²³⁾.

De nombreux paradoxes ont ainsi été mis en lumière dans le cadre de la présente contribution. Tout d'abord, la différence de traitement qui existe entre les plateformes qui génèrent des revenus et celles qui n'en promettent aucun – et ne constituent pas, de ce fait, un service de la société de l'informa-

tion – est injustifiée. Ensuite, la jurisprudence *Uber* de la Cour de Justice relative aux prestataires qui proposent des services mixtes risque d'amenuiser sensiblement la protection offerte aux intermédiaires proposant de tels services. Si le service de la société de l'information est accessoire, le régime dérogatoire ne trouvera pas à s'appliquer. Enfin, le degré de «connaissance» requis pour faire perdre au prestataire de services le statut d'hébergeur, incite les plateformes revendiquant un tel statut à s'abstenir de mettre en place des systèmes leur permettant de prendre connaissance, par elles-mêmes, de contenus illicites, en vue de les supprimer. La mise en place d'un système de contrôle présente donc des effets pervers, qui peuvent constituer un frein à la lutte contre les comportements illicites en ligne.

Il est grand temps de repenser l'ensemble du régime d'exonération des intermédiaires, en prenant également en compte les nouveaux phénomènes répréhensibles qui se développent sur Internet, et le rôle que les intermédiaires peuvent jouer dans la lutte contre ceux-ci.

Sous l'angle de la propriété intellectuelle, l'analyse des principes qui régissent, en droit belge, la responsabilité civile des intermédiaires n'est pas non plus à l'abri des critiques.

Est-il opportun que l'intermédiaire concerné soit *ipso facto* responsable pour le fait illicite ou illégal commis par un tiers utilisant ses services?

L'élément subjectif de la faute, sous toutes ses facettes, reste au centre des débats et mériterait d'être clarifié. C'est d'ailleurs en recourant aux notions d'imputabilité et de faits justificatifs que les intermédiaires pourront parer d'éventuelles actions en responsabilité.

L'avant-projet de réforme ne s'inscrit toutefois pas dans cette tendance. L'évolution du droit belge semble davantage mener à une objectivation significative de la notion de faute, ce qui renforce la nécessité de clarifier les modalités du régime dérogatoire applicable aux intermédiaires...

(222) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 44.

(223) M. VIVANT, *op. cit.*, 2018, p. 328.