

RECHTSLEER

DOCTRINE

INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHT EN TECHNOLOGIE / DROIT INTELLECTUEL ET TECHNOLOGIE

Obtenir une mesure de blocage d'un site Internet contre un fournisseur d'accès à Internet: état des lieux

Marie Keup¹

Introduction	714
I. La procédure	715
A. Le cadre législatif	715
B. Le juge compétent	716
II. Les parties	717
A. Le demandeur	717
B. Le défendeur	717
III. Les conditions et modalités des mesures	718
A. Les limitations tirées des dispositions du droit dérivé	718
B. Les limitations tirées de la recherche du juste équilibre	719
IV. Les frais afférents à l'obtention et la mise en œuvre de l'injonction	720
A. Les coûts de mise en œuvre de la mesure	720
B. Les dépens	721
Conclusion	722

RÉSUMÉ

Le présent article traite des injonctions rendues à la demande des titulaires de droits intellectuels contre les intermédiaires, plus particulièrement les fournisseurs d'accès à Internet, de blocage de site Internet hébergeant des contenus illégaux. Cet outil précieux dans la lutte contre les atteintes portées aux droits intellectuels provient du droit européen, et la Cour de justice européenne, saisie à de multiples reprises à ce sujet, a défini au fil de sa jurisprudence les contours des mesures pouvant être ordonnées sur cette base. La présente contribution vise à faire le point sur le cadre législatif des injonctions contre les intermédiaires et sur les conditions auxquelles l'obtention de mesures de blocage est soumise.

SAMENVATTING

Dit artikel gaat over gerechtelijke bevelen tegen tussenpersonen, meer bepaald internetproviders, om websites met illegale inhoud te blokkeren. Dit waardevolle instrument dat ter beschikking van de houders van intellectuele-eigendomsrechten wordt gesteld, is afkomstig uit het Europees recht. Bovendien heeft het Europees Hof van Justitie, die hierover meermaals uitspraak heeft gedaan, in de loop van zijn jurisprudentie de contouren van deze maatregelen vastgelegd. Het doel van deze bijdrage is de herziening van het wettelijk kader voor gerechtelijke bevelen tegen tussenpersonen en de voorwaarden voor het verkrijgen van blokkeringsmaatregelen.

¹ Avocate au barreau de Bruxelles, Taylor Wessing.

INTRODUCTION

1. Les injonctions contre les intermédiaires constituent un outil clé pour les titulaires de droits intellectuels dans leur lutte contre les atteintes commises sur Internet. Dans l'environnement numérique, l'auteur ou l'éditeur d'un contenu est, en effet, difficilement identifiable, et partant, les actions dirigées contre eux souvent vaines. Dans un tel contexte, les intermédiaires techniques, à savoir ceux qui fournissent les services sans lesquels aucun contenu ne serait accessible sur Internet, notamment les fournisseurs d'accès à Internet et les hébergeurs, sont donc les mieux placés pour mettre un terme à une atteinte².

2. Ces intermédiaires sont des fournisseurs de services de la société de l'information et bénéficient à ce titre du régime de responsabilité limitée instituée par les articles 12 à 15 de la directive n° 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 e-commerce »). Il était donc nécessaire de mettre à disposition des titulaires de droits intellectuels un mécanisme qui permette d'agir contre ces derniers, indépendamment de la question de leur responsabilité.

3. La possibilité de solliciter du juge une ordonnance à l'encontre d'un intermédiaire a été consacrée par le législateur européen, d'abord, en cas d'atteinte à un droit d'auteur et à des droits voisins, à l'article 8, 3., de la directive n° 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, et ensuite, de manière générale, en cas d'atteinte à tous les droits de propriété intellectuelle, aux articles 9 et 11 de la directive n° 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle. L'article 9 prévoit la possibilité de demander une injonction à titre de mesure provisoire et conservatoire, tandis que l'article 11 prévoit la possibilité d'obtenir une telle injonction au fond.

4. Les intermédiaires visés par ces dispositions sont ceux « dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle »³ et se distinguent du « contrevenant », qui est l'auteur de l'atteinte. L'injonction contre l'intermédiaire et celle contre le contrevenant ne se confondent pas. Il est donc important d'identifier au préalable la qualité de la personne à l'encontre de

laquelle on entend obtenir une injonction. Cet exercice n'est pas toujours aisé. La Cour de Justice de l'Union européenne (« C.J.U.E. ») a d'ailleurs été récemment saisie à ce sujet dans le cadre de l'affaire C-682/18, *LF / Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, où elle sera amenée à se prononcer sur la qualité « d'une plateforme vidéo en ligne sur laquelle les utilisateurs mettent à disposition du public des vidéos comportant des contenus protégés par le droit d'auteur sans l'accord des titulaires de droits »⁴. Il convient également de mentionner à cet égard, l'introduction du nouvel article 17 de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (« DSM »)⁵, qui impose aux Etats membres de prévoir que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne se livrent à un acte de communication au public, à savoir un acte couvert par le droit d'auteur, lorsqu'ils donnent « au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs »⁶, et fait ainsi basculer ces acteurs dans la catégorie des contrevenants. En ce qui concerne les fournisseurs d'accès à Internet, la C.J.U.E. considère qu'il s'agit d'intermédiaires.

5. Pour ce qui concerne les modalités de ces injonctions, telles que celles relatives à la procédure à suivre et aux conditions à remplir, le législateur européen renvoie au droit national⁷. Ces règles de droit national doivent toutefois être aménagées de manière à ce que l'objectif poursuivi par la directive, à savoir une protection effective des droits intellectuels, puisse être réalisé, et que les limitations découlant de la directive n° 2004/48/CE ainsi que des sources de droit auxquelles cette directive fait référence, notamment la directive e-commerce, soient respectées⁸.

6. Les titulaires de droits intellectuels ont rapidement fait usage de cette possibilité qui leur était donnée. Des ordonnances visant à obtenir des mesures à l'encontre de ces intermédiaires sont sollicitées à travers l'Union européenne. Dans le cadre de ces procédures, de nombreuses questions préjudicielles sont portées devant la C.J.U.E., qui a été amenée à progressivement dessiner les contours des mesures pouvant être autorisées par les juridictions nationales. Cette matière est donc largement réglée par la jurisprudence européenne.

². Considérant 59 directive n° 2001/29/CE.

³. Art. 8, 3., directive n° 2001/29/CE; art. 9, 1, a), directive n° 2004/48/CE.

⁴. Demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesgerichtshof, 6 novembre 2018, C-682/18, *LF / Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*.

⁵. Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives nos 96/9/CE et 2001/29/CE.

⁶. Art. 17 DSM.

⁷. Considérant 59 directive n° 2001/29/CE; considérant 23 directive n° 2004/48/CE; C.J.U.E., 12 juillet 2011, C-342/09, *L'Oréal e.a.*, § 135.

⁸. C.J.U.E., 12 juillet 2011, C-342/09, *L'Oréal e.a.*, § 135.

7. L'action judiciaire concernée vise à faire cesser une atteinte à un droit de propriété intellectuelle moyennant l'intervention d'un intermédiaire. Concrètement, le demandeur entend obtenir du juge qu'il condamne le défendeur à prendre les mesures nécessaires afin d'empêcher un tiers, qui utilise ses services, de porter atteinte à un droit intellectuel donné⁹. Il n'est pas question ici d'engager la responsabilité des intermédiaires pour le contenu qu'ils stockent ou transportent, ni d'obtenir de leur part une quelconque indemnisation pour le dommage subi du fait de l'atteinte¹⁰.

8. Dans le cadre de la présente contribution, nous nous concentrons sur les mesures de blocage, particulièrement populaires en cas d'atteinte commise sur Internet. Une telle mesure consiste à rendre inaccessible un site Internet, empêchant ainsi aux internautes d'accéder aux contenus illicites. Il existe principalement deux techniques qui permettent de bloquer l'accès à un site Internet: le « DNS-blocking », qui consiste à supprimer le nom de domaine correspondant au site Internet du registre de DNS Belgium, l'association belge qui gère les noms de domaine, et l'« IP-blocking », qui consiste à configurer le réseau de service de manière à ce que les requêtes provenant d'hébergeurs avec certaines adresses IP soient rejetées¹¹.

9. D'autres mesures sont disponibles, notamment les mesures de filtrage¹². Bien que nous n'analysons pas les spécificités de ces dernières mesures, les règles et principes généraux que nous exposons leur sont également applicables.

10. Pour la mise en œuvre d'une telle mesure, il faudra se tourner vers le fournisseur d'accès à Internet qui, en octroyant l'accès à un réseau, rend possible la transmission du contenu illicite¹³. Se pose alors la question de savoir si un fournisseur d'accès à Internet peut être qualifié d'intermédiaire au sens des dispositions de droit européen précitées. La C.J.U.E., interrogée sur le sujet, a répondu à cette question par l'affirmative¹⁴.

11. L'objectif de la présente contribution est de faire le point sur les conditions de recevabilité et de fond des actions contre les intermédiaires. Dans cette perspective, nous poserons d'abord le cadre législatif applicable, en ce compris les règles de compétences matérielles. Nous identifierons, ensuite, les parties aux litiges et les conditions se rapportant à leur qualité. Nous poursuivrons avec les conditions afférentes aux mesures. Avant de conclure, nous aborderons la question de la charge des frais de procédure et de mise en œuvre de ces mesures.

I. LA PROCÉDURE

A. Le cadre législatif

12. En Belgique, l'action visant à solliciter du juge une ordonnance au fond à l'encontre des intermédiaires peut, d'abord, être intentée selon la procédure ordinaire¹⁵, sur la base de l'article XI.334, § 1^{er}, alinéa 2, CDE, qui prévoit que:

« Lorsque le juge constate une atteinte à un brevet d'invention, à un certificat complémentaire de protection, à un droit d'obtenteur, à un droit d'auteur, à un droit voisin, au droit d'un producteur de bases de données ou au droit sur une topographie d'un produit semi-conducteur, il ordonne la cessation de celle-ci à tout auteur de l'atteinte. Le juge peut également rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit visé à l'alinéa 1^{er}. »

13. Cette disposition ne vise que certains droits intellectuels, à savoir le brevet d'invention, le certificat complémentaire de protection, le droit d'obtenteur, le droit d'auteur, le droit voisin, le droit d'un producteur de bases de données et le droit sur une topographie d'un produit semi-conducteur.

14. Pour les marques, la disposition pertinente se trouve dans la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (« CBPI »), à l'article 2.22, 6., qui prévoit que:

« Le tribunal peut, à la demande du titulaire de la marque, rendre une injonction de cessation de services à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à son droit de marque. »

15. Pour les dessins et modèles, la faculté de solliciter du juge une telle injonction est inscrite à l'article 3.18, 6., de cette convention. Cette disposition prévoit que:

⁹. 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 X, *Sanctions et procédures en droits intellectuels – Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 274.

¹⁰. P. CAMPOLINI, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement internet: les injonctions contre les intermédiaires », *AM*, 2017, liv. 3, Bruxelles, Larcier, p. 239.

¹¹. Anvers, 26 septembre 2011, *AM*, 2012, pp. 216-221.

¹². *O.c.*, pp. 238 et s.

¹³. C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*, § 32.

¹⁴. C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*.

¹⁵. Travaux parlementaires, Doc. 51-2943/001-2944/001, p. 31.

« *Le tribunal peut, à la demande du titulaire du droit exclusif à un dessin ou modèle, rendre une injonction de cessation de services à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à son droit de dessin ou modèle.* »

16. Celui qui entend obtenir une injonction contre un intermédiaire pourra également recourir à l'action en cessation selon la procédure « *comme en référé* », et ce, sur la base de l'article XVII.14, § 4, CDE, qui prévoit que:

« § 4. *Le président peut également rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit visé aux paragraphes 1 à 3.* »

17. Conformément à l'article XI.163 CDE, cette possibilité s'étend également aux droits des marques et des dessins et modèles¹⁶.

18. Le législateur belge n'a pas jugé nécessaire d'insérer dans le Code judiciaire une disposition spécifique reprenant l'article 9, 1., a), de la directive n° 2004/48/CE, qui prévoit la possibilité d'obtenir une ordonnance de référé provisoire et conservatoire contre un intermédiaire. Il a estimé que cette possibilité était déjà prévue par le droit judiciaire, notamment à l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire et à l'article 584 du même code. Le premier permet au juge, à tout moment de la procédure, avant dire droit d'ordonner une mesure préalable destinée entre autres à régler provisoirement la situation des parties, même lorsqu'il n'y a pas d'urgence. Le second confère au président du tribunal de première instance et au président du tribunal de commerce siégeant en référé, le pouvoir de statuer au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence¹⁷.

19. Il est donc possible de solliciter du juge des mesures de blocage tant au fond, selon une procédure ordinaire ou comme en référé, qu'à titre de mesures provisoires et conser-

vatoires, dans le cadre d'une procédure ordinaire ou selon une procédure en référé.

20. Enfin, il est important de noter, comme l'a rappelé la cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 26 septembre 2011, que l'action tendant à l'obtention d'une injonction contre un intermédiaire n'est pas une action subsidiaire. Elle peut être intentée indépendamment de toute action contre l'auteur de l'infraction^{18,19}.

B. Le juge compétent

21. Le juge compétent pour connaître d'une action contre un intermédiaire, dépendra du droit intellectuel invoqué et de la voie (ordinaire ou accélérée) choisie par le demandeur.

22. Le contentieux relatif à la propriété intellectuelle, et partant aux actions contre les intermédiaires, est organisé comme suit²⁰:

- les litiges relatifs au droit d'obtenteur, aux topographies de produits semi-conducteurs, aux marques Benelux et aux dessins ou modèles Benelux, aux appellations d'origine et aux indications géographiques doivent être portés devant les tribunaux de l'entreprise établis au siège d'une cour d'appel²¹;
- les litiges relatifs aux brevets, aux certificats complémentaires de protection et aux marques et dessins ou modèles de l'Union européenne doivent être portés devant le tribunal de l'entreprise de Bruxelles²²; et
- les litiges en matière de droits d'auteur, de droits voisins et de droits des producteurs de bases de données doivent être portés, selon la qualité des parties, devant les tribunaux de première instance ou les tribunaux de l'entreprise établis au siège d'une cour d'appel, sans préjudice de la compétence des juges de paix^{23,24}.

23. L'action en cessation comme en référé et l'action en référé seront introduites devant les présidents de ces tribunaux.

¹⁶ K. JANSSENS, « Targeting the middle man: het opleggen van maatregelen aan tussenpersonen in de strijd tegen namaak en piraterij », in *Handhaving van intellectuele rechten in België: 10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48 – Respect des droits intellectuels en Belgique: 10 ans depuis la transposition de la directive européenne 2004/48*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 49.

¹⁷ Travaux préparatoires, Doc. 51-2943/001-2944/001, p. 16.

¹⁸ P. CAMPOLINI, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement internet: les injonctions contre les intermédiaires », *AM*, 2017, liv. 3, p. 240.

¹⁹ Anvers, 26 septembre 2011, *AM*, 2012, pp. 216-221: « [...] zij kan niet worden verplicht eerst tegen de daadwerkelijke inbreukmakers op te treden alvorens een bevel tegen de internettoegangsleveranciers te eisen ».

²⁰ A. PUTTEMANS, « Les questions de compétences, de connexité et de cumul », in X, *Sanctions et procédures en droits intellectuels – Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 110 et s.

²¹ Art. 574, 3°, 16°, 17° et 18° et 663quinquies C. jud.

²² Art. XI.337 CDE; art. 574, 11°, 14°, 15° et 19° et 663quinquies C. jud.

²³ Le juge de paix reste donc compétent pour connaître des demandes d'une valeur inférieure à 5.000 EUR (art. 590 C. jud.).

²⁴ Art. 575 C. jud.

II. LES PARTIES

A. Le demandeur

24. Comme pour toute action en justice, celui qui entend intenter une action en vue d'obtenir une injonction contre un intermédiaire doit démontrer qu'il a un intérêt et la qualité requise pour agir à cette fin.

25. L'action contre les intermédiaires est une action attitrée. Les dispositions qui la consacrent désignent expressément les personnes qui sont habilitées à agir sur cette base.

26. Au niveau européen, l'article 4 de la directive n° 2004/48/CE précise que les personnes suivantes ont la qualité requise pour requérir l'application des mesures, procédures et réparations qu'elle prévoit²⁵, en ce compris les injonctions contre les intermédiaires:

« a) les titulaires de droits de propriété intellectuelle, conformément aux dispositions de la législation applicable;

b) toutes les autres personnes autorisées à utiliser ces droits, en particulier les licenciés, dans la mesure où la législation applicable le permet et conformément à celle-ci;

c) les organismes de gestion collective des droits de propriété intellectuelle régulièrement reconnus comme ayant qualité pour représenter des titulaires de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où les dispositions de la législation applicable le permettent et conformément à celles-ci;

*d) les organismes de défense professionnels régulièrement reconnus comme ayant qualité pour représenter des titulaires de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où les dispositions de la législation applicable le permettent et conformément à celles-ci. »*²⁶.

27. Les dispositions de droit belge pertinentes en la matière sont celles applicables aux actions en contrefaçon ou en cessation contre les auteurs des contrefaçons²⁷.

28. Les actions prévues à l'article XI.334, § 1^{er}, CDE sont ouvertes aux personnes habilitées à agir en contrefaçon.

29. Pour ce qui concerne les actions en cessation, l'article XVII.19 CDE, qui désigne les personnes habilitées à agir sur la base des actions visées aux dispositions de l'article XVII.14 CDE, sont les « *personnes habilitées à agir en contrefaçon selon les dispositions relatives au droit de propriété intellectuelle concerné* »²⁸, sauf en cas d'atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin, auquel cas l'action est ouverte à « *tout intéressé, d'une société de gestion autorisée ou d'un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile* »²⁹.

B. Le défendeur

30. Les articles XI.334, § 1^{er}, alinéa 2 et XVII.14, § 4, CDE, à l'instar des dispositions de droit européen, visent les « *intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit* »³⁰.

31. La notion d'intermédiaire s'entend largement, sans égard à la nature des activités et des services prestés³¹. Sont inclus tous les prestataires quels qu'ils soient pour autant qu'ils fournissent des services qui sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit intellectuel³².

32. Il est à noter qu'il n'est pas requis que l'intermédiaire ait un lien contractuel avec le contrevenant, ni aucune autre relation avec ce dernier³³. Les services concernés ne doivent pas être fournis au contrevenant. Il suffit que ces services soient « utilisés » par ce dernier.

33. Il n'importe pas non plus que ces services soient effectivement utilisés par les clients de l'intermédiaire pour accéder au contenu litigieux. Il suffit que la fourniture des services permette, en théorie, d'y accéder³⁴.

34. Ce qui importe, finalement, c'est que les services fournis contribuent à l'atteinte à laquelle le demandeur entend mettre un terme. Le juge saisi d'une demande de blocage d'un site Internet doit donc uniquement s'assurer que la personne contre laquelle l'action est dirigée fournit des services

²⁵. M.-C. JANSSENS, « Wie kan de vordering(en) tot handhaving van intellectuele rechten instellen? », in X, *Sanctions et procédures en droits intellectuels – Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 37.

²⁶. Art. 4 directive n° 2004/48/CE.

²⁷. Travaux préparatoires, Doc. 51-2943/001-2944/001, p. 32.

²⁸. Art. XVII.19, al. 1^{er}, CDE.

²⁹. Art. XVII.19, al. 2, CDE.

³⁰. Art. 8, 3., directive n° 2001/29/CE; art. XI.334, § 1^{er}, al. 2, CDE; art. XVII.14, § 4, CDE.

³¹. 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 X, *Sanctions et procédures en droits intellectuels – Sancties en procedures in intellectuele rechten*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 264; rapport de la Commission européenne du 22 décembre 2010 sur l'application de la directive n° 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, COM(2010), 779 final, p. 6.

³². Rapport de la Commission européenne du 22 décembre 2010 sur l'application de la directive n° 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, COM(2010), 779 final, p. 6.

³³. *Ibid.*, p. 6.

³⁴. *O.c.*, § 36.

qui permettent la transmission du contenu illicite sur Internet.

35. Dans le cadre d'une affaire opposant le fournisseur d'accès à Internet allemand, UPC Telekabel, à deux sociétés de production cinématographique, la C.J.U.E. a été interrogée sur la qualité d'intermédiaire des fournisseurs d'accès à Internet. La juridiction de renvoi, à savoir Oberster Gerichtshof (Autriche), demandait en substance si « *une personne qui met à la disposition du public sur un site Internet des objets protégés sans l'accord du titulaire de droits, au sens de l'article 3, paragraphe 2., de cette directive, utilise les services du fournisseur d'accès à Internet des personnes qui consultent ces objets, lequel serait à considérer comme un intermédiaire au sens de l'article 8, paragraphe 3., de la directive n° 2001/29* »³⁵.

36. La Cour commence par rappeler que la notion d'intermédiaire « *visé toute personne qui transmet dans un réseau*

une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé ». Elle fait ensuite observer que « (...) *vu que le fournisseur d'accès à Internet est un acteur obligé de toute transmission sur Internet d'une contrefaçon entre l'un de ses clients et un tiers, puisque, en octroyant l'accès au réseau, il rend possible cette transmission (...)* », et en conclut qu'« *il y a lieu de considérer qu'un fournisseur d'accès à Internet, tel que celui en cause au principal, qui permet à ses clients d'accéder à des objets protégés mis à la disposition du public sur Internet par un tiers, est un intermédiaire dont les services sont utilisés pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin (...)* »³⁶.

37. La question est donc aujourd'hui tranchée: les fournisseurs d'accès à Internet sont susceptibles d'être des intermédiaires au sens de l'article 8, 3., de la directive n° 2001/29/CE et pourront donc faire l'objet d'une injonction de cessation, dès lors qu'un de leurs clients sera en mesure d'accéder à un contenu illégal grâce à leurs services.

III. LES CONDITIONS ET MODALITÉS DES MESURES

38. Les conditions et modalités des mesures relèvent du droit national. Ces règles, et leur application, sont toutefois soumises aux dispositions pertinentes du droit européen.

39. La C.J.U.E. a été saisie à de nombreuses reprises à ce sujet et a dessiné au fil de sa jurisprudence les conditions et modalités des injonctions contre les intermédiaires, et ce de manière particulièrement précise, laissant *in fine* peu de place à l'intervention du droit national. Les développements qui suivent consistent donc davantage en un exposé de la jurisprudence européenne que des dispositions de droit belge et de leur application. Les décisions de jurisprudence belges en la matière restent d'ailleurs rares.

40. Le cadre posé par la Cour s'articule autour des limitations imposées par le droit dérivé européen, en particulier la directive e-commerce, et celles imposées par la recherche d'un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux en présence.

A. Les limitations tirées des dispositions du droit dérivé³⁷

41. Les règles de droit national, et leur application, doivent d'abord être conformes à l'objectif poursuivi par la directive n° 2004/48/CE³⁸, à savoir une protection effective des droits de propriété intellectuelle³⁹. L'octroi d'une mesure suppose donc qu'il soit porté atteinte à un droit intellectuel. La mesure demandée doit, en outre, contribuer, et ce de façon effective, à mettre un terme à cette atteinte. Il est toutefois admis que les mesures qui tendent à prévenir de nouvelles atteintes, sont autorisées⁴⁰.

42. Ces règles doivent ensuite respecter les limitations contenues dans la directive n° 2004/48/CE, notamment à l'article 3, ainsi que dans les autres sources de droit auxquelles cette directive fait référence, et en particulier, pour ce qui concerne les injonctions contre les fournisseurs de services Internet, les articles 12 à 15 de la directive n° 2000/31/CE⁴¹.

43. L'article 3 de la directive n° 2004/48/CE prévoit que les mesures, procédures et réparations qu'elle prévoit doivent être:

³⁵. C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*, § 23.

³⁶. C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*, § 30 à 33; C.J.U.E., 7 juillet 2016, C-494/15, *Tommy Hilfiger*, § 24.

³⁷. Cette exigence ressort clairement du dispositif de l'arrêt rendu par la C.J.U.E. le 24 novembre 2011 dans l'affaire *Scarlet* (C-70/10), où elle énumère l'ensemble des textes de droits dérivés qui lus ensemble et interprétés au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, définissent les conditions du système filtrage pouvant être imposé à un fournisseur d'accès à Internet. On retrouve une telle énumération dans le dispositif de l'arrêt rendu par la C.J.U.E. le 16 février 2012 dans l'affaire *Sabam* (C-360/10).

³⁸. C.J.U.E., 12 juillet 2011, C-324/09, *L'Oréal e.a.*, § 136.

³⁹. *Ibid.*, § 131.

⁴⁰. *Ibid.*, § 128 à 134; C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet*, § 29; C.J.U.E., 16 février 2012, C-360/10, *Sabam*.

⁴¹. *Ibid.*, § 138; C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet*, § 33; C.J.U.E., 16 février 2012, C-360/10, *Sabam*, § 31.

- « loyales et équitables, ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés »; et
- « les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif ».

44. L'article 12 de la directive n° 2000/31/CE met en place un système de responsabilité limitée des fournisseurs de services de la société de l'information « consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication », ce qui inclut les fournisseurs d'accès à Internet. Cette disposition prévoit que ces intermédiaires ne sont pas responsables des informations transmises, à condition qu'ils ne soient pas à l'origine de la transmission, ne sélectionnent pas le destinataire de la transmission et ne sélectionnent pas, ni ne modifient les informations faisant l'objet de la transmission⁴².

45. Et, l'article 15 interdit aux Etats membres d'imposer aux prestataires de services une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent⁴³.

46. La Cour tire, d'abord, de ces dispositions l'interdiction d'imposer par le biais de ces mesures une obligation générale de surveillance aux intermédiaires. Sont exclus les mesures ayant pour objet la surveillance active de l'ensemble des données de chacun des clients de l'intermédiaire⁴⁴ ou encore celles consistant à imposer à un fournisseur d'accès à Internet de surveiller l'ensemble des informations transmises sur son réseau⁴⁵.

47. L'interdiction visée à l'article 15 de la directive n° 2000/31/CE ne vaut toutefois que pour les obligations à caractère général⁴⁶. Pour échapper à cette interdiction, l'obligation imposée par le biais d'une injonction à un intermédiaire visé par les articles 12 et suivants et de la directive e-commerce doit être applicable à un cas spécifique⁴⁷. Dans l'affaire *McFadden*, l'avocat général SZPUNAR précisait qu'à cette fin, l'objet et la durée de l'obligation devait être limitée.

48. Dans une affaire récente concernant la publication

d'un message diffamatoire sur le site du réseau social Facebook, la Cour a été interrogée sur la question de savoir si l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance devait s'interpréter comme s'opposant à ce qu'une juridiction nationale puisse enjoindre à un hébergeur de supprimer ou de bloquer l'accès à une information qu'il stocke dont le contenu est identique ou équivalent à l'information déclarée illicite, et ce, au niveau mondial, et a répondu par la négative⁴⁸. Une telle solution ne nous paraît toutefois transposable en cas d'atteinte à un droit intellectuel, que pour ce qui concerne un contenu identique. La conclusion qu'un contenu équivalent constitue une atteinte à un droit intellectuel requiert, en effet, un examen de ce contenu, qu'il n'appartient pas à l'hébergeur de faire. En outre, une injonction au niveau mondial nous paraît difficilement compatible avec le caractère territorial des droits d'auteur.

49. La Cour déduit enfin de cette disposition que la juridiction prononçant l'injonction doit veiller à ce que les mesures définies ne créent pas d'obstacles au commerce légitime, ce qui exclut dans le cas d'éventuelles atteintes portées à des marques sur une place de marché en ligne, une injonction adressée à l'exploitant de la place de marché en ligne ayant pour objet ou pour effet d'instaurer une interdiction générale et permanente de mise en vente, sur cette place de marché, de produits de ces marques⁴⁹.

B. Les limitations tirées de la recherche du juste équilibre

50. Les mesures demandées doivent également respecter un juste équilibre entre les droits fondamentaux en présence⁵⁰.

51. Pour la mise en œuvre d'une mesure de blocage d'un site Internet, les droits fondamentaux suivants doivent être pris en compte: les droits intellectuels concernés par l'atteinte, la liberté d'entreprise du fournisseur d'accès à Internet, et le droit d'accès à l'information des internautes⁵¹. Il résulte de la mise en balance de ces droits que les mesures demandées doivent (i) laisser à l'intermédiaire une marge d'appréciation suffisante quant à la manière et aux moyens utilisés pour mettre un terme à l'atteinte; (ii) être appliquée de manière strictement ciblée; et (iii) être suffisamment efficaces, sans qu'une garantie de succès ne soit toutefois exigée.

42. Art. 12 directive n° 2000/31.

43. Art. 15 directive n° 2000/31.

44. C.J.U.E., 12 juillet 2011, C-324/09, *L'Oréal e.a.*, § 139; C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet*, § 36.

45. C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden*, § 88.

46. Considérant 47 directive n° 2000/31.

47. Considérant 47 directive n° 2000/31.

48. C.J.U.E., 3 octobre 2019, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek / Facebook Ireland Limited*.

49. C.J.U.E., 12 juillet 2011, C-324/09, *L'Oréal e.a.*, § 149.

50. C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet*, § 44 et 45.

51. C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*, § 47.

52. La première exigence vise à assurer le respect de la liberté d'entreprise de l'intermédiaire et impose que les mesures soient formulées de manière à laisser au fournisseur d'accès à Internet le soin de déterminer lui-même les mesures à prendre pour atteindre le résultat visé. Il doit pouvoir choisir les mesures qui sont les mieux adaptées à ses ressources et ses capacités, et qui sont compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité⁵². Selon la Cour, seule une telle mesure « permet à son destinataire de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables » et qu'une telle possibilité d'exonération « a de toute évidence pour effet que le destinataire de cette injonction ne sera pas tenu de faire des sacrifices insupportables »⁵³.

53. Le fait qu'en pratique un seul type de mesure peut être mis en œuvre par l'intermédiaire ne s'oppose toutefois pas à ce qu'une injonction soit autorisée⁵⁴.

54. La C.J.U.E. a, en outre, considéré que la mesure consistant à arrêter complètement la connexion à Internet entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise de la personne qui, ne serait-ce qu'à titre accessoire, poursuit une activité économique consistant à fournir un accès à Internet, en lui interdisant totalement, de fait, de poursuivre cette activité afin de remédier à une violation limitée du droit d'auteur sans envisager l'adoption de mesures moins attentatoires à cette liberté⁵⁵.

55. L'exigence d'une application strictement ciblée de la

mesure tend, quant à elle, au respect de la liberté d'accès à l'information et impose que les mesures contribuent effectivement « à mettre fin à l'atteinte portée par un tiers au droit d'auteur ou à un droit voisin, sans que les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services de ce fournisseur afin d'accéder de façon licite à des informations s'en trouvent affectés »⁵⁶.

56. Le contrôle du respect de cette condition peut s'avérer particulièrement complexe, dans la mesure où il ne peut s'effectuer qu'*a posteriori* puisque, comme on l'a vu ci-dessus, le choix concret des mesures doit être laissé à l'intermédiaire. Les juridictions nationales n'auront donc pas la possibilité, lors de l'examen de la demande de la mesure, d'effectuer un tel contrôle. Ce n'est qu'au stade de la procédure d'exécution qu'un tel contrôle pourra être effectué⁵⁷.

57. Enfin, les restrictions imposées à la liberté d'entreprise du fournisseur d'accès à Internet et à la liberté d'accès à l'information des internautes ne sont justifiées que si les mesures demandées contribuent effectivement à mettre fin à une atteinte actuelle ou future à un droit intellectuel. Les mesures doivent donc avoir pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit intellectuel. Il n'est toutefois pas nécessaire que les mesures garantissent un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle⁵⁸.

IV. LES FRAIS AFFÉRENTS À L'OBTENTION ET LA MISE EN ŒUVRE DE L'INJONCTION

A. Les coûts de mise en œuvre de la mesure

58. La question de la prise en charge des frais de mise en œuvre des mesures n'est réglée ni par les dispositions de droit européen, ni par les dispositions de droit belge. Et, à ce jour, ni la C.J.U.E., ni les juridictions belges n'ont eu à se prononcer sur le sujet.

59. La réponse à cette question est toutefois loin d'être évidente. En effet, il n'est pas question ici d'engager la responsabilité des intermédiaires, mais uniquement d'obtenir de leur part qu'ils cessent de fournir les services rendant possible la diffusion sur Internet du contenu litigieux. Se pose donc inévitablement la question de savoir qui du titu-

laire ou de l'intermédiaire doit supporter les coûts de ces mesures.

60. Certaines juridictions nationales ont été amenées à se prononcer sur le sujet. Elles ne s'accordent toutefois pas sur la réponse à donner à la question.

61. La Cour suprême du Royaume-Uni aborde la question dans une décision du 13 juin 2018 dans le cadre d'une affaire opposant les sociétés du groupe Richemont dont Cartier International AG à des fournisseurs anglais d'accès à Internet dont British Telecommunications Plc. Les juges anglais ont considéré dans cette affaire que les frais de la mise en œuvre des mesures de blocage des sites Internet litigieux

⁵². C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*, § 52.

⁵³. *Ibid.*, § 53.

⁵⁴. C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden*, § 102.

⁵⁵. *Ibid.*, § 89.

⁵⁶. C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*, § 56; C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden*, § 94.

⁵⁷. C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*, § 56.

⁵⁸. C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden*, § 58 à 62.

devaient être supportés par les titulaires du droit. Ils considèrent qu'à moins qu'il n'y ait de bonnes raisons d'en décider autrement, l'intermédiaire innocent est en droit de réclamer au titulaire les coûts de mise en œuvre des mesures⁵⁹.

62. Quelques mois auparavant, la Cour de cassation française avait conclu dans un arrêt du 6 juillet 2017, que les frais devaient, au contraire, être supportés par les intermédiaires.

63. Celle-ci considère: « *Qu'il résulte de la jurisprudence de la C.J.U.E. que, si une injonction d'une juridiction nationale mettant le coût des mesures exclusivement à la charge de l'intermédiaire technique concerné ne porte pas atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise de ce dernier, dès lors que lui est laissé le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé, il en irait autrement si ces mesures exigeaient de lui de faire des sacrifices insupportables, ce qu'il lui appartient de démontrer.* »⁶⁰.

64. Elle poursuit en précisant: « *Ce n'est que dans l'hypothèse où une mesure particulière devait s'avérer disproportionnée, eu égard à sa complexité, à son coût et à sa durée, au point de compromettre, à terme, la viabilité du modèle économique des intermédiaires techniques, qu'il conviendrait d'apprécier la nécessité d'en mettre le coût, en tout ou en partie, à la charge du titulaire de droits; que, procédant de façon concrète à la mise en balance des droits en présence, elle a, d'une part, relevé que l'équilibre économique des syndicats professionnels, déjà menacé par ces atteintes, ne pouvait qu'être aggravé par l'engagement de dépenses supplémentaires qu'ils ne pouvaient maîtriser, d'autre part, souverainement estimé que ni les FAI ni les fournisseurs de moteurs de recherche ne démontreraient que l'exécution des mesures ordonnées leur imposerait des sacrifices insupportables, ni que leur coût mettrait en péril leur viabilité économique; qu'elle a pu en déduire que la prise en charge, par ces intermédiaires, du coût des mesures de blocage et de déréférencement ordonnées était strictement nécessaire à la préservation des droits en cause.* »⁶¹.

65. Les juridictions belges ne se sont pas encore prononcées sur la question. Néanmoins, dans un arrêt du 26 septembre 2011, la cour d'appel d'Anvers semble se rapprocher de la solution française. En effet, dans cet arrêt, la

cour d'appel d'Anvers soutient qu'« *il convient d'examiner quelles mesures sont à la portée de l'intermédiaire* » et que les intermédiaires « *devraient être en mesure d'intervenir en tant qu'intermédiaires pour un coût acceptable* »⁶². La cour semble sous-entendre que ce sont les intermédiaires qui supporteront les coûts. Rien n'est toutefois moins sûr et la question reste, à ce jour, ouverte.

B. Les dépens

66. La C.J.U.E. a tranché la question de la prise en charge des frais de justice liés à l'obtention d'une injonction contre un intermédiaire dans son arrêt du 15 septembre 2016 rendu dans l'affaire *McFadden / Sony Music Entertainment Germany GmbH*, et a considéré que l'article 12, 1., de la directive n° 2000/31 ne s'opposait pas à ce que la personne lésée par une atteinte à un droit intellectuel « *demande l'interdiction de la poursuite de cette violation, ainsi que le paiement des frais de mise en demeure et des frais de justice à l'encontre d'un fournisseur d'accès à un réseau de communication dont les services ont été utilisés pour commettre cette violation, dans l'hypothèse où ces demandes visent ou sont consécutives à l'adoption d'une injonction prise par une autorité ou une juridiction nationale interdisant à ce fournisseur de permettre la poursuite de ladite violation* »⁶³.

67. Le principe en matière de dépens est celui de la condamnation d'office de la partie succombante aux dépens⁶⁴. Ce principe est consacré à l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire qui prévoit que:

« *Tout jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé, à moins que des lois particulières n'en disposent autrement et sans préjudice de l'accord des parties que, le cas échéant, le jugement décrète. (...)* »

68. En l'absence de loi particulière réglant la question des dépens en cas d'injonction prononcée contre un intermédiaire, le principe susmentionné est applicable.

69. L'intermédiaire qui se voit condamné à prendre des mesures de blocage, se verra, sauf accord en sens contraire des parties, condamné à payer les dépens de l'instance, ce qui inclut les frais judiciaires ainsi que l'indemnité de procédure.

^{59.} Cour suprême du Royaume-Uni, 13 juin 2018, *Cartier / British Telecommunications et al.*, § 31: « *As a matter of English law, the ordinary principle is that unless there are good reasons for a different order an innocent intermediary is entitled to be indemnified by the rights-holder against the costs of complying with a website-blocking order. The position in relation to website-blocking orders is no different in principle from the established position in domestic law in the case of Norwich Pharmacal orders, freezing orders and other injunctions granted to require an innocent party to assist the claimant in the assertion of its rights against a wrongdoer.* »

^{60.} Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 6 juillet 2017, n°s 16-17217, 16-18298, 16-18348 et 16-18595.

^{61.} *Ibid.*

^{62.} Anvers, 26 septembre 2011, *AM*, 2012, pp. 216-221: « *Er dient te worden onderzocht welke positieve maatregel in het bereik van geïntimeerden ligt. Het moet voor geïntimeerden als tussenpersoon mogelijk zijn tegen aanvaardbare kosten op te treden.* »

^{63.} C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden*, § 80.

^{64.} H. BOULARBAH, « Les frais et les dépens, spécialement l'indemnité de procédure », in X, *Actualité en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 350.

CONCLUSION

70. De manière générale, il est admis qu'un juge national puisse octroyer une injonction ciblée visant à mettre un terme effectif à une atteinte et à prévenir de nouvelles atteintes contre un fournisseur d'accès à Internet⁶⁵.

71. En Belgique, plusieurs voies sont ouvertes à cette fin, à savoir la voie ordinaire, celle du référé, ou encore celle de l'action en cessation comme en référé.

72. Face à une telle demande, le juge saisi devra s'assurer que:

- (i) le demandeur a un intérêt et la qualité requise pour agir, à savoir selon les cas qu'il est le titulaire des droits de propriété intellectuelle qu'il invoque, qu'il est autorisé à utiliser ces droits ou qu'il s'agisse d'un organisme de gestion collective de droits ou de défense professionnel;
- (ii) il existe une atteinte à un droit intellectuel;
- (iii) la personne contre laquelle l'action est dirigée fournit des services qui sont utilisés par un tiers pour porter

atteinte au droit intellectuel invoqué par le demandeur; et

- (iv) les mesures demandées sont effectives, proportionnées, dissuasives et ne créent pas d'obstacles au commerce légitime, ne constituent pas une obligation générale de surveillance et garantissent un juste équilibre entre les différents droits et intérêts en cause⁶⁶.

73. Le demandeur diligent veillera donc à:

- (i) clairement identifier les droits qu'il invoque ainsi que l'atteinte, actuelle ou future, à laquelle il entend mettre fin;
- (ii) décrire avec précision la mesure qu'il demande tout en s'assurant que la mesure telle que demandée laisse à l'intermédiaire une marge d'appréciation suffisante quant à sa mise en œuvre.

74. Enfin, il n'oubliera pas de solliciter du juge que les mesures soient ordonnées sous astreinte. La C.J.U.E. a expressément reconnu que l'article 12 de la directive n° 2001/31 ne s'y opposait pas⁶⁷.

⁶⁵ C.J.U.E., 7 août 2018, C-521/17, *SNB-REACT U.A.*, § 51; C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden*, § 77, 78 et 94.

⁶⁶ C.J.U.E., 12 juillet 2011, C-324/09, *L'Oréal e.a.*, § 144.

⁶⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden*, § 102.