La responsabilité des intermédiaires en droit d'auteur : étude de droit comparé

Laura Isabelle Jones

▶ **To cite this version:**

Laura Isabelle Jones. La responsabilité des intermédiaires en droit d'auteur : étude de droit comparé. Droit. Paris 1 - Panthéon-Sorbonne; Ludwig-Maximilian-Universität München, 2019. Français. NNT : . tel-02904238

HAL Id: tel-02904238

https://paris1.hal.science/tel-02904238

Submitted on 24 Jul 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

La responsabilité des intermédiaires en droit d'auteur : étude de droit comparé

Résumé de thèse de doctorat

de

l'Université Ludwig-Maximilian de Munich

en cotutelle de thèse avec

l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

École Doctorale de Droit de la Sorbonne (ED 656)

Département de droit comparé

Janvier 2019
Date de soutenance : 12 juin 2019

Laura Isabelle Jones

Préface

J'aimerais adresser mes profonds remerciements aux multiples personnes qui m'ont apporté leur soutien au cours de cette épreuve de thèse.

En premier lieu, je tiens particulièrement à remercier mes directeurs de thèse. Monsieur Tristan Azzi, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, tout d'abord, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant une doctorante allemande. Malgré la distance géographique il s'est toujours rendu disponible. Les nombreux encouragements et conseils donnés par le Professeur Tristan Azzi ont été plus que précieux. Monsieur Ansgar Ohly, Professeur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich (LMU), ensuite, qui en plus d'avoir encadré mes travaux de thèse, a toujours su me proposer d'importantes pistes de réflexion. C'est grâce à lui que j'ai pu relever le défi d'une cotutelle, en acceptant cette procédure et la charge qui en résulte.

Je tiens également à remercier Madame Agnès Lucas-Schloetter, Enseignant-Chercheur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich et membre du CERDI à l'Université Paris-Sud, qui aura suscité en moi l'envie de réaliser une thèse. C'est aussi grâce à elle que j'ai pu organiser cette thèse en cotutelle. De même, Monsieur Matthias Leistner, Professeur à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich, a également nourri ce projet dans de nombreux échanges. Qu'il en soit remercié.

Par ailleurs, au cours de mes recherches j'ai reçu l'aide matérielle et scientifique de l'Institut Max-Planck pour Innovation et Concurrence à Munich dans le cadre d'une bourse et de la mise à disposition d'un bureau et de sa bibliothèque. Le travail à l'Institut m'a permis de participer à un échange scientifique international. Pour cela j'adresse ma gratitude aux directeurs de l'Institut. Je remercie également l'Office allemand d'échanges universitaires (DAAD) pour la bourse qui a rendu possible mon séjour à Paris.

Pendant les étapes différentes de cette thèse j'ai aussi reçu l'aide et le soutien de mes amis. Je tiens en particulier à remercier Emily Huber et Philip Topka qui ont attentivement suivi mon projet et qui ont su me motiver dans les moments où cela était nécessaire. Ils ont accepter de corriger la présente thèse en dépit de leur emploi du temps plus que chargé.

Mes derniers remerciements vont enfin à ma famille, et à mes parents en particulier, Kathrin et Detleff Jones, qui n'ont jamais cessé de me soutenir, et qui m'ont toujours supportée dans tous les projets que j'ai entrepris. J'ai pu rédiger la présente thèse à la faveur de leur amour et de leur soutien inconditionnel.

Munich, janvier 2019 Laura Jones

Sommaire

Préface ..... **III**

Sommaire ..... **V**

Principales abréviations ..... **VII**

Introduction **1**

Première partie **Les insuffisances de la responsabilité secondaire des intermédiaires en ligne face aux défis du web 2.0** **8**

Titre premier **La responsabilité secondaire : un manque d'harmonisation** **8**

Chapitre I Les différents régimes de responsabilité secondaire des intermédiaires en Europe 8

Chapitre II L'acquis communautaire influençant les régimes de responsabilité secondaire 27

Conclusion du Titre premier 46

Titre second **Vers une harmonisation du régime de responsabilité secondaire à l'aide de la directive pour la confiance dans l'économie numérique** **48**

Chapitre I Les valeurs intrinsèques des exemptions de responsabilité : métamorphose en conditions de responsabilité 48

Chapitre II La portée d'une responsabilité secondaire harmonisée 62

Conclusion du Titre second 73

Conclusion de la première partie **74**

Deuxième partie **L'expansion de la responsabilité primaire des intermédiaires en ligne** **75**

Titre premier **Le dévoiement de la notion de communication au public au détriment du champ d'application de la responsabilité secondaire** **75**

Chapitre I L'importance croissante du régime de responsabilité primaire : les éléments de la jurisprudence de la Cour de justice 75

Chapitre II L'accroissement de l'importance du régime de responsabilité primaire : une volonté globale 89

Conclusion du Titre premier 106

Titre second **Une nouvelle ligne de démarcation entre responsabilité primaire et responsabilité secondaire** **107**

Chapitre I Une nécessaire clarification du champ d'application de la responsabilité primaire 107
Chapitre II Le rôle de la responsabilité secondaire renforcé.....130
Conclusion du Titre second.....148

Conclusion de la deuxième partie 148

Conclusion générale 150

Bibliographie.....157

Table des matières.....209

Principales abréviations

La liste ci-dessous contient les abréviations utilisées dans la thèse allemande et son résumé français.

aA	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht (Zeitschrift für Medien- und Kommunicationsrecht)
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
All ER	All England Law Reports
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Bundesrat Drucksache
BT-Drs.	Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
c.	Chapter
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCE	Communication – Commerce Électronique
C. civ.	Code civil
C. cons.	Code de la consommation
CDPA	Copyright, Designs and Patents Act 1988
CE	Conseil d'État
Ch	Chancery Division
Ch. D	Chancery Division Law Reports
ch. req.	chambre des requêtes

civ.	chambre civile
CLJ	Cambridge Law Review
Col. Law Rev.	Columbia Law Review
Colum. J. L. & Arts	Columbia Journal of Law & Arts
COM	European Commission (document number)
com.	chambre commerciale
comm.	commentaire
cons.	considérant
Cons. const.	Conseil constitutionne
Corp	Corporation
CPC	Code de procédure civile (Zivilprozessordnung)
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CR	Computer und Recht
CREATe	Centre for Copyright and New Business Models in the Creative Economy
crim.	chambre criminelle
CSPLA	Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique
D.	Recueil Dalloz
DADVSI	Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF n° 178 v. 3. August 2006, S. 11529
DEA	Digital Eonomy Act 2010
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DNS	Domain Name System
Durchsetzungs-RL	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
EC-Regs.	Electronic Commerce (EC-Directive) Regulations 2002
ECRL	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), kurz: E-Commerce-Richtlinie
ECS	European Copyright Society
etc.	et cetera
EGG	Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Egrd.	Egwägungsgrund
EIPR	European Intellectual Property Review
ElGVG	Gesetz zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste

EMKR	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
Enforcement-RL	siehe Durchsetzungs-RL
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
ERCIM	Équipe de Recherche Créations immatérielles et Droit de l'université de Montpellier I
ESCPL	Éditeur de services de communication au public en ligne (Anbieter eines Dienstes zur öffentlichen Kommunikation im Netz)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Zeitschrift für Europäische Grundrechte
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ	Court of Appeal of England and Wales Decisions (Civil Division)
EWHC	High Court of England and Wales Decisions
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum (Espace Économique Européen)
f.	folgend
fasc.	fascicule
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FCA	Federal Court of Australia
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSR	Fleet Street Reports (UK)
GA	Generalanwalt
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gem.	gemäß
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Beil.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht -Beilage
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Rechtsprechungs-Report
Hadopi	Hohe Behörde für die Verbreitung von Werken und den Schutz der Rechte im Internet (Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet)

Hadopi-Gesetz	Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
HS	Halbsatz
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
IJLIT	International Journal of Law and Information Technology
Inc	Incorporated
InfoSoc-RL	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
insb.	insbesondere
IP	Intellectual Property Internet Protocol
IPJ	Intellectual Property Journal
IPQ	Intellectual Property Quarterly
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
IVIR	Institute for Information Law
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.d.	im Sinne des
IWF	Internet Watch Foundation
J	Justice
JCl.	JurisClasseur
JCP G	Juris-classeur prériodique, La semaine juridique – édition générale
JCP E	Juris-classeur périodique, La semaine juridique – édition entreprise
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law & Practice
JORF	Journal officiel de la République française
jurisPK	juris Praxiskommentar
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KOM	Europäische Kommission
LCAP	Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JORF n°0158 v. 8 September 2016, Text n° 1

LCEN	Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n° 143 v. 22. Juni 2004, S. 11168
LDMC	Lamy Droit des Médias et de la Communication
Legal Stud.	Legal Studies
LG	Landgericht
LJ	Lord Justice
LQR	Law Quarterly Review
LR (Vol. No) Eq	Law Reports, Equity
Ltd	Limited
MDStV	Mediendienste-Staatsvertrag
MMR	Multimedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NetzDG	Netzwerkdurchsetzungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NTD	notice and take down
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
obs.	observations
OED	Oxford English Dictionary
OFCOM	Britische Medienaufsichtsbehörde (Office of Communications)
OLG	Oberlandesgericht
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
Ors	others
P. aff.	Les petites affiches
PI	Propriétés Intellectuelles
QBD	Queen's Bench Division Queen's Bench Division, Law Reports
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst
Reg.	Regulation
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RDLC	Revue Lamy droit civil
RLDI	Revue Lamy droit de l'immatériel
Rn.	Randnummer
RPC	Reports of Patent Cases
Rs.	Rechtssache

RTD Civ.	Revue trimestrielle de droi civil
RTD Com.	Revue trimestirelle de droit commercial
S.	Seite
SABAM	Belgische Vereinigung von Autoren, Komponisten und Verlegern
SACEM	Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique
SAIF	Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe
SCPP	Société Civile des Producteurs Phonographiques
Sec.	Section
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
Slg.	Sammlung
SNEP	Syndicat National de l'Édition Phonographique
soc.	chambre sociale
TBO	Trademarks & Brands Online
TDG	Teledienstgesetz
TGI	Tribunal de Grande Instance
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
UEJF	Union des Étudiants Juifs de France
UGC	User Generated Content
UKHL	House of Lords, United Kingdom
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UrhG	Urheberrechtsgesetz
URL	Uniform Resource Locator
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb
Verf.	Verfasser
VeRI	Verifizierte Rechteinhaber
VHMK	Verhältnismäßigkeit
WCT	WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copyright Treaty)
WIPO	Weltorganisation für Geistiges Eigentum (World Intellectual Property Organization)
WPPT	WIPO-Vertrag über künstlerische Darbietungen und Tonträger (WIPO Performances and Phonograms Treaty)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel

ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

« Rendez les choses aussi simples que possible,
mais pas plus simples. »
– ALBERT EINSTEIN.

Introduction

1. **Internet et droit d'auteur : points de départ.** L'apparition d'Internet, parfois comparé par son impact sur la société à la révolution industrielle, a fondamentalement changé différents domaines. Les nouvelles possibilités techniques et économiques qui ont vu le jour ont abouti à la création d'un marché nouveau – parallèlement au monde analogique. Suite au développement continu d'Internet, ses formes d'usages ont changé au fur et à mesure. Le « web 2.0 » se caractérise, à l'heure actuelle, par une participation active accrue des internautes.[1] Ces derniers ont quitté leur rôle de simples consommateurs de contenus tiers en ligne au profit de la création et de la mise en ligne de leurs propres contenus. Ce contenu généré par l'utilisateur compose l'élément central de l'Internet de nos jours. Les grandes plateformes telles que YouTube, Facebook, Dropbox ou Tumblr, apparues dans les années 2000, offrent de nombreuses possibilités à la création des internautes en construisant leur modèle économique autour de la fourniture de contenu de la part de leurs utilisateurs.

Il existe divers acteurs indispensables au fonctionnement d'Internet. Les intermédiaires techniques[2] jouent ici un rôle primordial. Ils fournissent l'infrastructure qui permet aux internautes de surfer en ligne. La complexité croissante de cette infrastructure renforce l'importance des intermédiaires.

Toutefois, l'Internet est un moyen qui n'est pas exploité uniquement à des fins licites. Ses nouvelles possibilités ne s'arrêtent pas aux frontières de ce que l'on considère comme étant légal. Au contraire, l'Internet offre une plateforme d'une vaste ampleur jusqu'ici inconnue permettant la violation de droits.[3] Son avènement touche alors plusieurs branches du droit.[4] La plus affectée par les infractions en ligne est notamment la propriété intellectuelle et au sein de celle-ci, le droit d'auteur.[5] Le droit d'auteur protège l'auteur en lui conférant des droits patrimoniaux et moraux. Il a cependant en partie été conçu à une époque où encore les machines à copier ou les magnétophones représentaient les principaux défis.[6] Les possibilités d'accéder aux œuvres protégées se sont pourtant multipliées depuis. Comme le dit J. B. NORDEMANN, « *Copyright is everywhere. And so are copyright infringements, particularly on the Internet*. ».[7] En effet, les nouvelles possibilités

[1] Pour donner un exemple de ce développement : la plateforme de blogs « Tumblr », laquelle permet à ses utilisateurs de créer leurs propres blogs et d'y poster des contenus, compte plus de 282 millions de blogs aujourd'hui, cf. http://de.statista.com/statistik/daten/studie/273850/umfrage/anzahl-der-blogs-auf-tumblr-weltweit/ [consulté en dernier lieu le 28.8.2018].

[2] Également appelés « ISP » pour leur dénomination anglaise (Internet Service Provider).

[3] B. BARRAU remarque toutefois justement que l'Internet en soi revêt un caractère neutre qui ne devient que positif ou négatif par l'usage de l'homme, B. BARRAU, « Droit 1.0, droit 2.0, droit 3.0 ? », RLDI 2017/134, n° 4997, p. 41, spéc. p. 47.

[4] Pornographie enfantine, diffamation, incitations à la haine raciale – ce ne sont que quelques exemples d'infractions commises en ligne.

[5] Selon T. DREIER et M. LEISTNER le droit d'auteur est certainement la matière de droit la plus touchée par les changements provoqués par l'Internet T. DREIER et M. LEISTNER, « Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen », GRUR-Beil. 2014, p. 13.

[6] Le Code de droit d'auteur allemand par exemple date de 1965.

[7] J.-B. NORDEMANN, « Internet Copyright Infringement: Remedies against intermediaries », 59 Journal of the Copyright Society of the USA, 773 (2011-2012).

d'accès et, qui plus est, le bénéfice de l'anonymat, ont atténué les scrupules des internautes dans la commission d'infractions informatiques et simultanément compliqué le recours des titulaires de droits contre l'utilisateur portant atteinte à ces mêmes droits. Le cercle vicieux est visible…

Pour cette raison, les auteurs et leurs ayants droit ont, de plus en plus, cherché à engager la responsabilité non pas de l'internaute inconnu, auteur de l'infraction, mais celle des intermédiaires techniques – connus et solvables. Ces intermédiaires techniques dont les services proposés ont – d'une manière ou d'une autre – permis la commission de l'atteinte, sont capables d'effacer ou de bloquer l'accès à un contenu illicite, voire même de prévenir son apparition. Cette position particulière pourrait permettre d'engager leur responsabilité.

2. **Les intermédiaires.** Il existe une multitude d'intermédiaires techniques sur Internet. Afin de pouvoir évaluer le régime de leur éventuelle responsabilité, il demeure essentiel de bien encadrer leurs activités en ligne. Le terme d'« intermédiaire » n'est pourtant pas un terme juridique. Il désigne toute personne se situant entre l'infraction et son auteur.

Le fournisseur d'accès est l'intermédiaire proposant un service indispensable pour tout internaute. Comme son nom l'indique, il permet à ses utilisateurs l'accès au réseau en opérant l'infrastructure technique de l'Internet. C'est le cas par exemple des sociétés comme « Orange », « Telefonica/O_2 » ou « Deutsche Telekom ». Le titulaire d'un accès à Internet WiFi peut également être qualifié de fournisseur d'accès quand il partage son réseau avec d'autres utilisateurs.

Les opérateurs de moteurs de recherche représentent un autre type d'intermédiaire primordial au fonctionnement d'Internet. Leur service de base consiste en la création de pages de résultats suite à la recherche d'un mot-clé. Dans ce cadre ils indexent les sites Internet existants. Quand l'internaute leur envoie une demande de recherche, des outils techniques dit « *robots* » ou « *crawler* » examinent alors lesdits sites indexés, recherchent l'apparition du mot-clé et créent une liste de résultats selon leur pertinence.[8] Dans le cadre de la génération de listes de résultats, les moteurs de recherche utilisent un autre service : ils affichent, dans la liste des résultats, des vignettes d'images (« *onglets* ») trouvées sur le site indexé et des extraits de textes dudit site (« *snippets* »). Ils proposent de plus aux opérateurs de sites Internet d'acquérir une meilleure position dans la liste des résultats de certains mots-clés dans le cadre de leur service des « *liens sponsorisés* » nommé « *keyword-advertising* ». Ils fournissent également le service de complément automatique (« *autocompletion* ») qui génère une liste de propositions lors de l'inscription de données dans un champ de recherche par l'internaute. Les propositions sont créées par un algorithme à la base d'anciennes recherches des internautes avec des mots-clés similaires.

Les liens hypertextes, quant à eux, sont un mode de renvoi vers des contenus publiés ailleurs. Ils jouent également un rôle prédominant dans le fonctionnement d'Internet.[9] On distingue le lien simple qui renvoie vers la page d'accueil du site source, du lien profond, renvoyant vers un contenu précis en contournant la page d'accueil. Il existe en plus des liens dits « encadrés » sur lesquels l'utilisateur ne va pas cliquer, car ils affichent déjà l'objet du lien dans un propre cadre sur

[8] Pour une explication technique du processus cf. J. D. ROGGENKAMP et T. STADLER, *in jurisPK-Internetrecht*, Juris, 4 éd., 2014, chap. 10, n° 605.

[9] BVerfG, 1 BvR 1248/11, NJW 2012, 1205, n° 31 – AnyDVD ; BGH, I ZR 74/14, GRUR 2016, 209, Rn. 24 – Haftung für Hyperlink ; I ZR 191/08, BGHZ 187, 240 = GRUR 2011, 513, n^{os} 22 ss. – AnyDVD ; I. STENZEL, *Haftung für Hyperlinks*, Nomos, 2006, p. 25 ss.

le site de référence.[10] Le contenu faisant objet du lien hypertexte est donc visible sur le site de référence sans qu'une intervention de la part de l'internaute soit nécessaire. Une forme particulière du lien hypertexte se montre dans l'usage de flux RSS.[11] Il s'agit d'un mode technique de référence qui souscrit le contenu d'un autre site web, généralement d'un journal ou blog en ligne dont les contenus changent rapidement. Le flux RSS permet d'afficher le contenu actuel du site source dans un propre cadre sur le site de référence.

Les intermédiaires appelés « hébergeurs » sont en revanche ceux qui mettent à disposition de leurs utilisateurs un espace de stockage. Ils rendent alors possible l'exploitation d'un site web en stockant ses contenus. Ils se distinguent des plateformes à contenu généré par les utilisateurs par le biais du point de liaison de leur définition : alors que l'hébergeur est défini selon son activité de stockage, la définition de la plateforme à contenu généré par les utilisateurs s'attache à la source du contenu. Un hébergeur peut ainsi également être qualifié de plateforme à contenu généré par les utilisateurs et *vice versa* sans qu'une assimilation s'impose dans tous les cas.

3. **Question de responsabilité.** Les auteurs et leurs ayants droit ont de plus en plus tenté des actions à l'encontre des intermédiaires techniques à la place des contrefacteurs directs pour mettre en œuvre leurs droits en leur demandant la suppression des contenus illicites. Se posait alors la question de savoir si les intermédiaires pouvaient voir leur responsabilité engagée pour les faits commis par des tiers. Quel(s) fondement(s) se prête(nt) à ces fins ?

Il faut ici distinguer deux notions dont les définitions ne sont pas toujours évidentes. Celle de responsabilité « primaire » ou « directe », d'une part, et la notion de responsabilité « secondaire » ou « indirecte », d'autre part. La responsabilité primaire désigne la responsabilité découlant d'une atteinte directe à un droit. C'est donc la responsabilité qui est engagée pour l'action qui, dans la chaîne de causalité, porte directement atteinte à un droit. Dans le cadre du présent travail, la responsabilité est primaire en cas d'action portant directement atteinte à un droit patrimonial de l'auteur.

En revanche, la responsabilité secondaire est celle qui résulte d'un comportement portant indirectement atteinte à un droit. Ce comportement ne viole pas en soi un droit mais contribue d'une manière ou d'une autre à l'atteinte principale commise par un tiers. Il existe alors une chaîne de causalité entre le comportement de celui qui est indirectement responsable et l'atteinte primaire, qui est néanmoins interrompue par le comportement d'un tiers, contrefacteur direct.

Cette distinction entre responsabilité directe et indirecte clarifie tout d'abord la nature du comportement mis en cause. Elle est d'ordre linguistique et n'empêche pas que le fondement de responsabilité soit le même dans les cas de responsabilité directe et indirecte dans les différents ordres juridiques.

En examinant la possible responsabilité des intermédiaires il devient alors apparent que la nature initiale de leur responsabilité est celle d'une éventuelle responsabilité indirecte. La question qui se pose est justement celle de savoir si leur responsabilité peut être engagée pour des actes commis par leurs utilisateurs. Une question toutefois peu abordée concerne les limites à leur éventuelle responsabilité indirecte. Les modèles économiques des intermédiaires ont changé de manière fondamentale pendant les dernières dix années. Les services proposés par certains

[10] E. AREZZO, « Hyperlinks and Making Available Right in the European Union », IIC 2014, p. 524, spéc. p. 525 s.
[11] Cf. P. MEZEI, « Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies », JIPLP 2016, p. 778, spéc. p. 779.

intermédiaires se sont rapprochés des atteintes primaires dans la chaîne de causalité. Un exemple en est le service proposé par les opérateurs des plateformes de partage en ligne telle que *The Pirate Bay* qui permettent à leurs utilisateurs de télécharger un grand nombre d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Il n'apparaît alors plus justifié de limiter le débat concernant leur responsabilité à une éventuelle responsabilité secondaire. Au contraire, il semble légitime d'engager la responsabilité directe de certains intermédiaires ce qui rend nécessaire une délimitation concrète des deux régime de responsabilité. Apparaît alors de plus en plus fréquemment la question de savoir si, et sous quelles conditions, un intermédiaire peut voir sa responsabilité directe pour contrefaçon engagée. Afin de répondre à cette question il convient de chercher un équilibre entre l'ensemble des intérêts sociétaux, des utilisateurs et contrefacteurs potentiels et notamment des intermédiaires. Les tensions sont évidentes : d'une part, la société de l'information exige un espace sans barrières réelles ou numériques ; d'autre part, on ne peut négliger la nécessité d'une protection efficace des droits de la propriété intellectuelle face aux défis du numérique. L'éventuelle responsabilité des intermédiaires se situe alors au croisement des différents objectifs poursuivis. L'engagement de la responsabilité directe des intermédiaires ne devrait ni se faire de manière trop facile étant donné la protection de la liberté professionnelle par l'article 15 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[12]. Elle ne devrait ni être évitée entièrement en vue de la protection du droit de propriété de l'article 17 de la charte du côté des titulaires de droits. Chaque mesure obligeant un intermédiaire à effacer un contenu en ligne doit de surcroît respecter la protection des données personelles de l'article 8 de la charte et la liberté d'expression et d'information de l'article 11 de la charte du côté des internautes.

4. **Cadre juridique européen**. La responsabilité civile des intermédiaires techniques est contestée depuis longtemps. En matière de droit d'auteur, elle n'est pas codifiée. Les tensions autour de la réalisation d'un marché intérieur à la fois libre et compétitif se reflètent dans le cadre juridique de l'Union européenne.

La directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite « directive sur le commerce électronique »)[13] a instauré un système de privilèges de responsabilité pour certains intermédiaires, à savoir le fournisseur d'accès, le fournisseur de cache et le fournisseur d'hébergement. Ces intermédiaires sont exempts de toute responsabilité pénale et civile tant qu'ils occupent un rôle purement passif et remplissent certaines conditions complémentaires.[14] Alors que l'harmonisation est maximale en ce qui concerne les trois privilèges de responsabilité, la directive permet aux États membres d'instaurer des privilèges de responsabilité supplémentaires, notamment pour la fourniture de liens hypertextes ou l'opération d'un moteur de recherche. Ni la France, ni l'Allemagne ni le Royaume-Uni n'ont fait usage de cette marge de manoeuvre.

En revanche, la directive 2001/29/CE (sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information)[15] concerne les possibles atteintes

[12] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C 306/02 (« charte »).
[13] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 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 ») (directive « *e-commerce* »).
[14] Cf. à ce sujet infra n^{os} 25 ss.
[15] 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 (directive « *Infosoc* »).

directes aux droits patrimoniaux en harmonisant les trois droits patrimoniaux les plus importants : la reproduction, la communication au public et la distribution. Celui qui reproduit, communique au public ou distribue une œuvre protégée sans avoir obtenu, au préalable, le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit, commet une violation directe des droits patrimoniaux de l'auteur et engage de ce fait sa responsabilité primaire.

La directive « *Infosoc* » précise en outre dans son article 8 § 3 que les États Membres doivent prévoir la possibilité des titulaires de droit d'obtenir une injonction à l'encontre de tout intermédiaire dans les cas où ses services ont été utilisés par des tiers pour porter atteinte aux droits d'auteur. Les conditions et modalités concernant ces injonctions relèvent du droit national des États membres.[16] Les injonctions sont un moyen de mise en œuvre des droits patrimoniaux. De ce fait elles sont complètement détachées d'une éventuelle responsabilité de l'intermédiaire.

5. **Objectifs du présent travail.** Ce postulat soulève la question suivante : comment les trois États Membres[17], examinés au sein du présent travail, ont-ils transposé les directives indiquées ci-dessus ? Il sera démontré que, partant du même problème, les approches de la responsabilité civile des intermédiaires sont différentes, ayant toutes leurs avantages et désavantages pratiques. Alors qu'en France c'est surtout la distinction entre hébergeur et éditeur qui occupa les juges du fond, en Allemagne le régime de la « *Störerhaftung* », une responsabilité de nuisance, fut étendu aux cas de responsabilité d'un intermédiaire. En revanche les magistrats britanniques se servent de plus en plus du principe de la « *joint tortfeasance* », une responsabilité délictuelle conjointe entre celui commettant l'atteinte aux droits et l'intermédiaire qui rend cette atteinte possible. Les nombreux arrêts rendus jusqu'à présent ont fait apparaître quelques critères déterminants, ce qui permet d'engager la responsabilité des intermédiaires. Cependant, ces critères restent souvent souples, dépendant des cas présentés. Cette souplesse se fait au détriment de la sécurité juridique. Depuis un certain temps, il est alors notable qu'un retour au droit commun de la responsabilité fait son chemin en France, en Allemagne et au Royaume-Uni. La question qui se pose est donc de savoir si les conditions d'une responsabilité des intermédiaires appliquées sont suffisantes et si un retour au droit commun reste désirable. Dans ce cadre, le défi principal auquel il faudra faire face afin de pouvoir proposer une solution aux problèmes actuels sera de dégager un régime juridique pour des atteintes indirectes au droit d'auteur.

Afin de délimiter ce régime juridique de manière précise et réaliste, il est d'une importance capitale de se tourner vers la limite supérieure de cette responsabilité. En d'autres termes, la tâche du présent travail sera de déterminer la ligne de démarcation entre la responsabilité primaire ou directe pour contrefaçon d'un côté et la responsabilité secondaire ou indirecte pour les atteintes commises par des tiers. Il est regrettable que, malgré une multitude d'arrêts et de discussions doctrinales en la matière, cette limite supérieure de la responsabilité secondaire des intermédiaires soit radicalement sous-évaluée. Compte tenu de la conception des intermédiaires techniques dans les années 2000, qui ne prévoyait pas les activités intermédiaires telles qu'elles existent aujourd'hui, il est compréhensible que les premiers débats apparurent autour des principes de

[16] Cons. 59 phrase 5 de la directive « *Infosoc* ».

[17] Les recherches ont commencé avant le référendum sur l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union européenne. Le Royaume-Uni est cependant toujours un État membre de l'Union européenne et le sera selon toute vraisemblance jusqu'en mars 2019. Par ailleurs, il restera révélateur d'analyser les difficultés de transposition du droit de l'Union même après réalisation du « Brexit ».

responsabilité secondaire.[18] Compte tenu du développement des activités intermédiaires au cours des dernières années, il est cependant nécessaire de se poser la question suivante : les intermédiaires d'aujourd'hui, qui offrent une plateforme pour des contenus générés par leurs utilisateurs, exploitent-ils eux-mêmes les droits d'auteur au sens des droits patrimoniaux harmonisés par la directive « *Infosoc* » ?

Cette question peu traitée fut abordée au niveau européen en matière de liens hypertextes. Suite à une jurisprudence riche concernant le droit de communication au public[19] (article 3 de la directive « *Infosoc* ») et certains arrêts relatifs aux liens hypertextes[20], la Cour de justice décida que le placement d'un lien hypertexte constituait une communication au public si la personne ayant placé le lien avait connaissance du caractère illégal de la publication de l'œuvre sur le site cible.[21] Sans entrer dans les détails critiquables de cette jurisprudence, on peut percevoir ici une extension de la notion de communication au public. Peut-on la transférer aux plateformes à contenu généré par les utilisateurs comme *YouTube*, *Dailymotion* ou *eBay* ? Les magistrats semblent se dérober à une décision universelle malgré le fait que le débat sur la responsabilité secondaire des intermédiaires ne peut pas se faire de manière raisonnable sans nécessairement aborder cette question. Si l'on envisage la conception des droits patrimoniaux et de la contrefaçon, qui exige l'accomplissement d'un acte réservé exclusivement au titulaire du droit d'auteur, on peut légitimement douter de la possibilité d'étendre les droits patrimoniaux de manière à ce qu'ils englobent des activités d'intermédiaires *de lege lata*. Faut-il donc faire appel au législateur ? Où devrait-il poser la première pierre qui construira le mur mitoyen entre la responsabilité directe et la responsabilité indirecte ?

6. **Approche méthodologique.** Afin de déterminer les valeurs dont il faudra tenir compte, le présent travail s'orientera vers les régimes nationaux français, allemand et britannique. La comparaison des différents régimes permettra de découvrir, dans le contexte des exonérations de responsabilité et droits patrimoniaux harmonisés, tant les problèmes de transposition communs, que les différentes approches et propositions de solution. Une attention particulière sera accordée à l'évolution des solutions jurisprudentielles dans chaque pays qui nous donnent un aperçu important des difficultés existantes en matière de responsabilité des intermédiaires grâce aux larges marges de manœuvre des États membres et de leurs juges. Face à cela seront étudiées les diverses suggestions doctrinales. Cette étude aidera la révélation des points sensibles de l'acquis communautaire et proposera une solution globale, introduisant un régime harmonisé de responsabilité secondaire réalisable et bien délimité.

7. **Plan.** À ces fins, le présent travail analyse, tout d'abord, les insuffisances de la responsabilité secondaire des intermédiaires face aux défis du « web 2.0 » (première partie). Cette

[18] Pour donner quelques exemples : Facebook fut fondé en 2004, Dailymotion et YouTube en 2005, Dropbox et Tumblr en 2007.

[19] CJUE, aff. C-117/15, EU:C:2016:379 – Reha Training; aff. C-351/12, EU:C:2014:110, Rec. num. 2014 – OSA/Léčebné lázně ; aff. C-607/11, EU:C:2013:147, Rec. num. 2013 – ITV Broadcasting/TVC; aff. C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, Rec. 2011, I-9083 – Football Association Premier League ; aff. C-136/09, EU:C:2010:151, Rec. 2010, I-37 – Organismos Sillogikis Diacheirisis ; aff. C-306/05, EU:C:2006:764, Rec. 2006, I-11519 – SGAE/Rafael ; aff. C-162/10, EU:C:2012:141, Rec. num. 2012 – Phonographic Performance/Irland ; cf. infra n^{os} 75 ss.

[20] CJUE, aff. C-466/12, EU:C:2014:76, Rec. num. 2014 – Svensson/Retriever Sverige ; aff. C-348/13, EU:C:2014:2315, Rec. num. 2014 – BestWater ; cf. infra n^{os} 82 s.

[21] CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016 – GS Media.

analyse fera ressortir une proposition d'un régime de responsabilité secondaire harmonisé. Par la suite, l'analyse s'aiguillera vers la limite supérieure d'un régime de responsabilité secondaire harmonisé qui se transforme en responsabilité directe pour atteinte à un droit patrimonial de l'auteur (deuxième partie).

Première partie Les insuffisances de la responsabilité secondaire des intermédiaires en ligne face aux défis du web 2.0

La question d'une éventuelle responsabilité des divers intermédiaires se posa initialement en matière de responsabilité secondaire. Les titulaires de droit ne pouvaient ou ne souhaitaient pas agir à l'encontre des utilisateurs, auteurs directs des contrefaçons, qui agissaient de façon anonyme et présentaient un risque d'insolvabilité. Les actions à l'encontre des intermédiaires devinrent alors fréquentes. Les magistrats se virent confrontés à la question de savoir si, en présence d'une atteinte primaire commise par un tiers, les intermédiaires pouvaient voir leur responsabilité secondaire engagée. Les régimes de responsabilité secondaire ne sont jusqu'à présent pas harmonisés au niveau européen ce qui permit une évolution divergente parmi les différents ordres juridiques (Titre premier). Ces évolutions, qui aboutirent à des résultats différents dans des situations similaires, se fondent pourtant sur des valeurs semblables dont certaines sont également conçues au niveau européen. Cela permet la conception d'un projet d'harmonisation (Titre second).

Titre premier La responsabilité secondaire : un manque d'harmonisation

Tout projet d'harmonisation nécessite, comme base fondamentale, un aperçu des différents régimes de responsabilité secondaire existants. Ces régimes sont d'ordre purement national (Chapitre I), ce qui favorise les différences dans des situations similaires. Ces régimes nationaux sont toutefois influencés par l'acquis communautaire (Chapitre II).

Chapitre I Les différents régimes de responsabilité secondaire des intermédiaires en Europe

Les régimes de responsabilité secondaire puisent leur source dans le droit des délits. Ce droit traite justement de l'imputation d'un dommage à son auteur – direct ou indirect. Il demeure pourtant réticent à toute harmonisation européenne, ce qui est dû aux différences nationales du droit de la responsabilité civile qui, dans certains pays[22], suit strictement le droit pénal, ce que

[22] Par exemple en Allemagne, cf. BGH, I ZR 139/08, MMR 2011, 172, n° 30 – Kinderhochstühle im Internet I ; VI ZR 37/82, BGHZ 89, 383 = NJW 1984, 1226 (1228) – Teilnahme an Tätlichkeiten während einer Großdemonstration ; J. EICHELBERGER, « Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2) », WRP 2016, p. 1060, spéc. p. 1061 ; M. HOHLWECK, « Eckpfeiler der mittelbaren Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern in der Rechtsprechung », ZUM 2017, p. 109 ; A.-S. HOLLENDERS, *Mittelbare Verantwortlichkeit*, Nomos, 2012, p. 128 ss. ; C. LÖFFLER, « Störerhaftung oder Beihilfe durch Unterlassen? », *in FS Bornkamm*, C.H.Beck, 2014, p. 37, spéc. p. 45 ; G. SPINDLER, *in BeckOK BGB*, C.H.Beck, 46 éd., 2018, § 830, n° 10 ; H. SPRAU, *in Palandt*, C.H.Beck, 77 éd., 2018, § 830, n^os^ 3 s. ; G. WAGNER, *in MüKo BGB*, t. 6, C.H.Beck, 7 éd., 2017, § 830, n° 7 ; B. V. WOLFF, *in Wandtke/Bullinger UrhG*, C.H.Beck, 4 éd., 2014, § 97, n° 14.

d'autres systèmes juridiques[23] refusent à tout prix.[24] L'analyse d'une éventuelle responsabilité secondaire d'un intermédiaire dépend alors des divers régimes nationaux qui seront présentés ci-dessous. La situation initiale est pourtant toujours la même : l'atteinte directe est une contrefaçon directe commise par un internaute qui utilise le service d'un intermédiaire. Cette atteinte directe est éventuellement imputée à l'intermédiaire par le biais d'un régime de responsabilité secondaire. L'imputation dans ce contexte peut se faire par deux voies : elle peut se justifier par une contribution qualifiée à l'atteinte primaire par l'intermédiaire (Section I) ou par un manquement à une obligation propre à l'intermédiaire (Section II).

Section I La responsabilité découlant d'une contribution à l'atteinte primaire aux droits patrimoniaux de l'auteur

Celui qui contribue à l'atteinte à un droit patrimonial commise par un tiers peut traditionnellement voir sa responsabilité déclenchée du fait de cette contribution. Ces cas constituent précisément le noyau dur de la responsabilité secondaire. Etant une matière étroitement liée au droit des délits, il n'est pas surprenant que les conditions de cette responsabilité diffèrent de manière considérable selon l'ordre juridique en question. Dès lors, il convient d'examiner les différentes modalités de la responsabilité découlant d'une contribution à une atteinte (1.) avant d'analyser ses répercussions pour les divers intermédiaires (2.).

1. Les régimes de responsabilité pour complicité

8. **Contrefaçon indirecte par fourniture de moyens au plan civil.** Il est incontestable qu'en France, la fourniture de moyens à une contrefaçon engage la responsabilité du fournisseur au plan pénal en tant que complice.[25] Le complice est puni comme auteur de l'infraction.[26] Cependant, la complicité manque d'un équivalent au plan civil. Cela ne conduit toutefois nullement à une irresponsabilité civile totale. La conception des droits patrimoniaux en tant qu'actes précis réservés aux auteurs s'oppose à une assimilation du fournisseur de moyens avec l'auteur direct de l'atteinte.[27] Le fournisseur de moyens n'est pas *contrefacteur direct*, mais *contrefacteur indirect*.[28]

---

[23] Au Royaume-Uni : « *It is a mistake to compare crime and tort*. », Lord TEMPLEMAN, C.B.S. Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics pls [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 14 ; cf. également SLADE LJ, Amstrad Consumer Electronics v British Phonographic Industry [1986] FSR 159 (212) ; Lord WOOLF MR, Crédit Lyonnais Nederland NV (now known as Generale Bank Nederland NV) v Export Credits Guarantee Departement [1999] 1 All ER 929 (939).

[24] C. ANGELOPOULOS, « Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe », [2013] IPQ p. 253, spéc. p. 254 ; A. KUR, « Secondary Liability for Trademark Infringement on the Internet: The Situation in Germany and Throughout the EU », 37 Colum. J. L. & Arts (2014), p. 525 ; pour un aperçu des difficultés jusqu'à présent cf. A. LUCAS, « Le droit d'auteur vu de Bruxelles », Légipresse 2016/2, n° 335, p. 85, spéc. p. 86.

[25] Il s'agit d'une « *complicité de contrefaçon par fourniture de moyens* », E. RICBOURG-ATTAL, *Responsabilité des acteurs de l'internet*, Larcier, 2014, n^os^ 390 s.

[26] Article L. 121-6 Code pénal.

[27] La fourniture de moyens à la commission d'une atteinte directe ne revient précisément pas elle même à un acte de reproduction, de communication au public ou de distribution.

[28] Pour l'opérateur d'une machine à copier : Cass. civ. 1^re^, n° 82-17.016, 7 mars 1984, JCP G 1985/9, II n° 20351, note Plaisant – Rannou-Graphie/Comité National ; pour l'importation de vêtements et de tissus contrefaisants : Cass. civ. 1^re^, n° 89-13.831, 5 mars 1991 – Brodesign/Tricots Alain Manoukian ; n° 88-11.811, 6 juin 1990 – Goutarel/Textiles Maurice ; pour le producteur d'un logiciel de copie : CA Paris, 20 octobre 1988, JCP G 1989/10, II n° 21188, obs. Linant de Bellefonds – Société Artware/Commande Électronique ; également C. CARON, *Droit d'auteur et droits*

En l'absence d'une protection propre au droit d'auteur, la responsabilité secondaire pour fourniture de moyens découle du droit des délits et nécessite donc un élément moral (intention ou négligence).[29]

9. **Le « *joint tortfeasor* »**. Contrairement au droit français, la fourniture de moyens ne constitue pas un fait générateur de responsabilité civile au Royaume-Uni.[30] Celui qui ne fait que faciliter l'atteinte primaire ne peut voir sa responsabilité engagée.[31] La jurisprudence refuse un recours aux principes de droit pénal.[32] Au plan civil, la responsabilité secondaire est uniquement régie par le régime délictuel de la « *joint tortfeasance* ». Le fait qu'il existe des régimes spéciaux en matière de droit d'auteur, notamment la codification de certaines atteintes secondaires particulières dans les sections 16 à 21 du Code de propriété intellectuelle britannique[33], ne modifie en rien ses racines délictuelles qui permettent l'application du régime de la « *joint tortfeasance* ».[34] Celui-ci comporte deux axes : la responsabilité pour incitation (« *procurement* ») et celle pour complicité (« *combination* »).[35]

L'incitation requiert la motivation de l'auteur principal de commettre l'atteinte, sans qu'il doive nécessairement se rendre compte d'avoir été incité. L'instigateur doit cependant expressément viser tant l'auteur principal que la commission de l'infraction principale.[36]

La complicité, quant à elle, existe là où la contribution active de plusieurs personnes qui suivent un plan conjoint débouche sur la commission d'un délit.[37] Chaque participant doit être impliqué dans la commission du délit de manière à ce qu'il s'approprie la commission de

---

voisins, LexisNexis, 4 éd., 2015, n° 545 ; J. GINSBURG et Y. GAUBIAC, « Contrefaçon, fourniture de moyens et faute », RIDA 2006, I (207), p. 3, spéc. p. 47 ; M VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3 éd., 2016, n° 1148.

[29] J. GINSBURG et Y. GAUBIAC, RIDA 2006, I (207), p. 3, spéc. p. 59 ss. ; concernant la responsabilité civile pour fourniture de moyens en profondeur : F. GRUA, « La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage », RTD civ. 1994, p. 1 ; différemment P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10 éd., 2017, n° 768, qui ne fait que rentrer les cas de complicité négligente dans le champ d'application des articles 1240 s. du Code civil.

[30] Pour des exemples de responsabilité pénale en cas de facilitation de l'infraction cf. Lord WOOLF MR, Crédit Lyonnais Nederland NV (now known as Generale Bank Nederland NV) v Export Credits Guarantee Departement [1999] 1 All ER 929 (939) ; P. DAVIES, *Accessory Liability*, HART, 2015, p. 71 – 75.

[31] « *Facilitating the doing of an act is obviously different from procuring the doing of the act*. » BUCKLEY LJ, Belegging-en Exploitatiemaatschappij Lavender BV v Witten Industrial Diamonds Ltd [1979] FSR 59 (65) ; Lord TEMPLEMAN, C.B.S. Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics pls [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 14 ; BEATSON LJ, Fish & Fish v Sea Shepherd [2013] EWCA Civ 544, n° 50; « [...] *mere assistance by the defendant to the primary tortfeasor, or "facilitation" of the tortious act, will not do*. » Lord NEUBERGER, Sea Shepherd v Fish & Fish [2015] UKSC 10, n° 58.

[32] Lord TEMPLEMAN, C.B.S. Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics pls [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 14.

[33] Copyright, Designs and Patent Act 1988 (« CDPA »). Les sections 16 à 21 du Code précité ne sont cependant pas applicables aux intermédiaires en ligne.

[34] Generale Bank Nederland NV (formerly Crédit Lyonnais Nederland NV) v Export Credit Guarantee Departement [1997] EWCA Civ 2165.

[35] Un troisième fait générateur de la « *joint tortfeasance* » consiste en l'autorisation de l'atteinte. En matière de droit d'auteur l'autorisation est pourtant ancrée dans une norme particulière et ôtée à la responsabilité secondaire, H. CARTY, « Joint tortfeasance and assistance liability », 19 Legal Stud. 1999, p. 489, spéc. p. 491. L'autorisation sera traitée ci-dessous, cf. infra n^{os} 91 ss**.**

[36] Lord TEMPLEMAN, C.B.S. Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics pls [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 14 ; H. CARTY, « Joint tortfeasance and assistance liability », 19 Legal Stud. 1999, p. 489, spéc. p. 492.

[37] « *There must be concerted action to a common end* », SCRUTTON LJ, The Koursk [1924] All ER 168 (175) ; également Lord TEMPLEMAN, C.B.S. Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics pls [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 12 ; Lord SUMPTION, Sea Shepherd v Fish & Fish [2015] UKSC 10, n° 37 ; GLIDEWELL LJ, Unilever plc v Chefaro [1994] FSR 135 ; J. RIORDAN, *Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, 2016, n° 5.33 ; W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, Sweet&Maxwell, 17 éd., 2006, n° 21-2.

l'atteinte.[38] Du côté subjectif le complice doit agir soit avec l'intention de la commission de l'infraction particulière soit avec la connaissance effective de cette dernière.[39] Le fait qu'il aurait dû savoir que l'infraction allait être commise, ce qui revient à une méconnaissance négligente et donc à une connaissance construite (« *constructive knowledge* »), demeure insuffisant.[40]

***10*. La participation à l'atteinte.** En droit civil allemand, contrairement aux droits français et britannique, la classification juridique de participation à une atteinte suit strictement les notions de droit pénal.[41] Est donc responsable comme auteur de l'infraction celui qui en est complice ou participant.[42] Comme au Royaume-Uni la complicité consiste en la commission conjointe d'un délit.[43] Du côté objectif, le seuil de la participation à l'atteinte est cependant moins haut qu'au Royaume-Uni. Toute assistance à l'atteinte suffit pour affirmer une participation. Chaque contribution favorisant l'infraction engage alors par principe la responsabilité du complice. La contribution peut d'ailleurs être effectuée jusqu'à la fin de la commission du délit, ce qui signifie qu'en cas de délits permanents tels que la mise à disposition du public d'une œuvre protégée, l'acte de contribution peut être effectué après le comportement de l'auteur direct.[44]

Les exigences posées à la participation sont alors légères du côté objectif. Cependant, la condition subjective de « double intention » exclut ce fondement de responsabilité dans la plupart des cas. Le critère de *double intention* requiert que l'auteur indirect ait l'intention tant de sa propre participation que de l'atteinte principale.[45] La preuve de cette condition étant presque

---

[38] GIBSON LJ, Sabaf SpA v MFI Furniture Centres Ltd [2002] EWCA Civ 976, n° 59 : « *The underlying concept for joint tortfeasance must be that the joint tortfeasor has been so involved in the commission of the tort as to make himself liable for the tort. Unless he* ***has made the infringing act his own****, he has not himself committed the tort.* » [souligné par l'auteur] ; également HOFFMANN LJ, Sabaf SpA v MFI Furniture Centres Ltd [2004] UKHL 45, n° 39 : « *The test for such secondary liability in English law is whether the acts were done pursuant to a common* ***design so that the secondary party has made the act his own****.* » [souligné par l'auteur] ; KITCHIN J, Twentieth Century Fox Film Corp. v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 110 : « *Nevertheless, the question to be answered remains the same, namely whether the defendant has engaged in a common design* ***by so involving himself in the infringement as to make it his own****;* » [souligné par l'auteur].

[39] P. DAVIES, *Accessory Liability*, HART, 2015, p. 41 s., 51 s. ; « Accessory Liability for Assisting Torts », [2011] 70 CLJ p. 353, spéc. p. 361 ; J. DIETRICH, « Accessorial liability in the law of torts », 31 Legal Stud. 2011, p. 231, spéc. p. 244 ; en ce qui concerne les cinq niveaux de connaissance cf. GIBSON J, Baden v Société Générale [1992] 4 All ER 161, n° 250.

[40] P. DAVIES, *Accessory Liability*, HART, 2015, p. 48 ; J. DIETRICH, « The liability of accessories under statute, in equity and in criminal law », Melbourne University Law Review 34 [2010], p. 106, spéc. p. 136.

[41] BGH, I ZR 139/08, MMR 2011, 172, n° 30 – Kinderhochstühle im Internet I ; VI ZR 182/73, BGHZ 63, 124 = NJW 1975, 49 (50) – Begründung der Mithaftung bei Beihilfe zu einer Hausbesetzung ; J. EICHELBERGER, « Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2) », WRP 2016, p. 1060, spéc. p. 1061 ; M. HOHLWECK, « Eckpfeiler der mittelbaren Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern in der Rechtsprechung », ZUM 2017, p. 109 ; A.-S. HOLLENDERS, *Mittelbare Verantwortlichkeit*, Nomos, 2012, p. 128 ss. ; C. LÖFFLER, « Störerhaftung oder Beihilfe durch Unterlassen? », *in FS Bornkamm*, C.H.Beck, 2014, p. 37, spéc. p. 39, 45 ; H. SPRAU, *in Palandt*, C.H.Beck, 77 éd., 2018, § 830, n^{os} 3 s. ; G. WAGNER, *in MüKo BGB*, t. 6, C.H.Beck, 7 éd., 2017, § 830, n° 7 ; B. V. WOLFF, *in Wandtke/Bullinger UrhG*, C.H.Beck, 4 éd., 2014, § 97, n° 14.

[42] Cf. l'article 830 du Code civil allemand.

[43] OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n° 51 – Allegro barbaro ; G. SPINDLER, *in BeckOK BGB*, C.H.Beck, 46 éd., 2018, § 830, n° 5.

[44] LG München I, 21 O 6197/14, GRUR-RS 2016, 14540, n° 41 – Beihilfe zu Urheberrechtsverletzungen durch Sharehoster.

[45] BGH, I ZR 139/08, MMR 2011, 172, n° 30 – Kinderhochstühle im Internet I ; I ZR 35/04, BGHZ 172, 119 = GRUR 2007, 708, n° 32 – Internet-Versteigerung II ; I ZR 251/99**,** BGHZ 148, 13 = GRUR 2001, 1038 (1039) – ambiente.de ; Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS. 2015, 14370, n^{os} 277 s. – YouTube ; G. WAGNER, *in MüKo BGB*, t. 6, C.H.Beck, 7 éd., 2017, § 830, n^{os} 37 ss.

insurmontable dans des cas d'infraction en ligne, c'est ici qu'échouent la plupart des actions à l'encontre des intermédiaires fondées sur une éventuelle participation à l'atteinte.[46]

2. Application aux intermédiaires en ligne

11. **Les liens hypertextes.** Alors que les juges et la doctrine des États membres se sont avérés prudents envers une affirmation précipitée d'une communication au public par fourniture de liens hypertextes face à leur rôle important sur Internet, ils n'ont néanmoins pas hésité à faire application des régimes de responsabilité indirecte.[47] En France, il a été affirmé que la fourniture de liens vers des œuvres contrefaisantes correspondait à une fourniture de moyens.[48] En cliquant sur le lien les internautes consomment l'œuvre contrefaisante.[49] Le lien fournit donc un moyen d'accès facilité à la contrefaçon d'un tiers. Ces affaires rendues par le juge pénal concernaient la fourniture de liens à grande échelle dans le cadre de services de partage de fichiers. Leur raisonnement demeure cependant applicable à tout lien renvoyant vers une œuvre contrefaisante.

En Allemagne, les condamnations de fournisseurs de liens hypertextes pour participation demeurent en revanche rares.[50] La responsabilité secondaire pour complicité s'est avérée incongrue pour couvrir ces cas précis. La fourniture d'un lien ne rentre pas dans ses conditions étroites.[51] Au Royaume-Uni, il manque déjà un fait générateur pour déclencher la responsabilité secondaire pour fourniture de liens. Fournir un lien revient à faciliter l'accessibilité de l'œuvre contrefaisante. La facilitation de l'atteinte d'un tiers n'y est justement pas réprimée au plan civil.[52]

12. **Les plateformes d'échange de pair à pair.** La numérisation croissante d'œuvres protégées et le développement des nouvelles formes de participation de l'internaute dans le web 2.0 ont fait croître le besoin d'adapter le droit pour faire face à ces nouveaux défis. En matière de droit d'auteur le problème s'est spécifiquement posé par la popularité accrue des plateformes de partage en ligne (« plateformes P2P ») dénaturées afin de permettre le téléchargement illégal d'œuvres musicales, de films ou autres. Ces plateformes fonctionnent essentiellement grâce à la fourniture de

---

[46] M. HOHLWECK, « Eckpfeiler der mittelbaren Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern in der Rechtsprechung », ZUM 2017, p. 109 ; L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 116.

[47] « [...] *celui qui crée le lien facilite la communication au public, mais il manque l'acte matériel permettant de conclure à l'existence d'une contrefaçon directe.* », A. LUCAS et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4 éd., 2012, n° 309 ; cf. également F. SARDAIN, « La contrefaçon du fait des liens hypertextes », CCE 2005/6, étude 21, n° 16.

[48] CA d'Aix-en-Provence, n° 04/192 , 10 mars 2004, RLDI 2005/1, n° 12, p. 21 – Emmanuel A/Ministère public ; TGI Épinal, n° 2000/1981, 24 octobre 2000, Juris-Data n° 126285 = CCE 2000/12, comm. 125, note Caron – Ministère public et SCPP/Conraud ; TGI Saint-Etienne, n° 1999/3561, 6 décembre 1999, CCE 2000/7-8, n° 76, obs. Caron – Sacem/Roche et Battie ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 4 éd, 2015, n° 512 ; « Contrefaçon de phonogrammes sur Internet grâce aux liens hypertextes et aux fichiers MP3 », CCE 2000/7-8, comm. 76, p. 26.

[49] Il ne s'agit alors pas des cas dans lesquels le texte du lien en question pourrait porter atteinte à un droit d'auteur.

[50] Pour donner un exemple : LG München, 21 O 3220/05, GRUR-RR 2005, 214 (215) – AnyDVD, arrêt qui fut cassé à la suite par le *Bundesgerichtshof*, I ZR 191/08, BGHZ 187, 240 = GRUR 2011, 513 – AnyDVD.

[51] C'est notamment la condition de double intention qui a fait échoué les tentatives de faire rentrer la fourniture d'un lien dans le champ d'application de la complicité, cf. BGH, I ZR 191/08, BGHZ 187, 240 = GRUR 2011, 513, n^{os} 22 ss. – AnyDVD. Il est quasiment impossible de prouver l'intention du fournisseur de lien de l'atteinte principale.

[52] Lord TEMPLEMAN, C.B.S. Songs Ltd & Ors v Amstrad Consumer Electronics pls & Ors [1988] 2 All ER 484 ; BEATSON LJ, Fish & Fish v Sea Shepherd [2013] EWCA Civ 544 ; pour des arrêts concernant la contrefaçon par le text du lien lui-même cf. NLA v Meltwater [2011] EWCA Civ 890; NLA v Meltwater [2010] EWHC 3099 (Ch) ; M. SHILLITO et R. MONTAGNON, « Copyright in headlines and infringement through receipt of extracts and use of hyperlinks », JIPLP 2011, p. 857, spéc. p. 858 s.

liens (profonds) vers des œuvres protégées qui sont stockées sur un autre serveur, généralement situé à l'étranger.[53]

L'exploitation de telles plateformes d'échange de pair à pair, dont l'objet principal est de permettre à leurs utilisateurs de commettre des atteintes au droit d'auteur, fut jugée comme une complicité pour incitation et pour combinaison au Royaume-Uni.[54] Comme le disait R. JACOB LJ :

> « *The provider of such a website is causing each and every UK user who accesses his site to infringe. His very purpose in providing the website is to cause or procure acts which will amount in law to infringement by any UK user of it. The case is not one of a mere facilitator, such as eBay or Amstrad where the choice to infringe or not ultimately lay with the consumer.* »[55]

Les magistrats britanniques ne s'appuient donc pas, contrairement à leurs homologues français, sur la fourniture de liens dans le cas de ces plateformes, mais plutôt sur le modèle économique sous-jacent qui vise expressément la commission de contrefaçons.[56] Alors que le fait de publier des liens et de les administrer sous forme de listes joue un rôle non négligeable dans la qualification juridique en tant que « *joint tortfeasor* », les magistrats restent réticents à généraliser cette jurisprudence qui ne concerne que les grandes plateformes.[57]

En Allemagne, même l'exploitation d'une plateforme d'échange de pair à pair dénaturée, donc d'une plateforme qui vise la commission de contrefaçons de la part de ses utilisateurs telle que « *The Pirate Bay* », reste difficile à intégrer dans le régime de participation. L'encouragement à la commission d'atteintes peut facilement être conçu au niveau objectif. Les délits permanents tels que la mise à disposition du public de l'œuvre, permettent d'ailleurs une contribution par omission – précisément par manque de réaction, normalement d'effacer l'œuvre en cause, suivant une notification.[58] La double intention requise du côté subjectif ne peut pourtant que difficilement être prouvée.[59] En général, il ne suffit pas que l'opérateur de la plateforme ait connaissance d'une atteinte.[60] Il faut de surcroît une volonté d'assister à cette infraction. La jurisprudence allemande a récemment montré une tendance à assouplir la condition stricte de double intention : elle estime qu'une connaissance générale de la contrefaçon particulière suffit tant que le service proposé est particulièrement favorable à la commission d'infractions et que l'opérateur ne peut pas se prévaloir

[53] L'exemple le plus connu d'un tel site est sûrement la plateforme « The Pirate Bay ».
[54] ARNOLD J, Dramatico Entertainment Ltd. & Ors v British Sky Broadcasting Ltd. & Ors [2012] EWHC 268 (Ch), n° 83 ; EMI Records Ltd. & Ors v British Sky Broadcasting Ltd. & Ors [2013] EWHC 379 (Ch), n° 74 ; KITCHIN J, Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 112.
[55] JACOB LJ, Football Dataco Limited & Ors v Stan James plc, Sportradar GmbH & Ors [2013] EWCA Civ 27, n° 97.
[56] Un tel raisonnement est également perceptible en France où les magistrats attribuent cependant une importance plus grande aux liens hypertextes, cf. Cass. crim., n° 11-84224, 25 septembre 2012, Bull. crim., n° 196 – Radioblog.
[57] ARNOLD J, Paramount Home Entertainment Ltd & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors [2013] EWHC 3479 (Ch).
[58] LG München I, 37 O 6200/14, ZUM-RD 2016, 392 (400) – Gehilfenhaftung eines Sharehosting-Dienstes ; à juste titre contre l'affirmation d'une responsabilité directe pour omission OLG München, 29 U 3735/16, GRUR-RS 2017, 106250, n° 37 – uploaded ; 29 U 1797/16, MMR 2017, 628, n° 37 – Gray's Anatomy.
[59] En ce qui concerne la promotion objective des contrefaçons par des plateformes nommées « sharehoster » et le manque de leur intention cf. LG München, 33 O 6198/14, BeckRS 2016, 21332, A. II. 2. – uploaded ; pour donner quelques exemples de condamnations en tant que participant : LG München, 21 O 6197/14, ZUM-RD 2016, 652 – Gehilfenhaftung eines Sharehosters ; 7 O 6201/14, ZUM 2016, 677 – Gehilfenhaftung eines Sharehosting-Dienstes ; 37 O 6200/14, ZUM-RD 2016, 392 – Gehilfenhaftung eines Sharehosting-Dienstes ; également Hans. OLG, 3 U 216/06, NJOZ 2008, 4082 (4102 ss.) – Kinderstühle, qui fut cependant cassé à la suite par le *Bundesgerichtshof*, I ZR 139/08, MMR 2011, 172, n° 29 – Kinderhochstühle im Internet I.
[60] OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n° 53 – Allegro barbaro.

des exemptions de responsabilité.[61] Par ce biais, la jurisprudence voulait éviter que le titulaire de droit soit contraint de prouver la volonté de l'opérateur d'assister à la contrefaçon. La Cour fédérale allemande a cependant rejeté cet assouplissement et requiert toujours la double intention de l'intermédiaire.[62] Le champ d'application du régime de responsabilité pour participation reste alors patriculièrement réduit.

13. **Logiciels.** En ce qui concerne la fourniture de logiciels destinés à la mise à disposition d'œuvres protégés à un public non autorisé, la responsabilité découle d'une contribution à l'atteinte dans les trois États Membres analysés.

Le législateur français a saisi l'occasion de la transposition de la directive « *Infosoc* » par la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information du 1er août 2006[63] pour pénaliser ce comportement à l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle. Celui-ci puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 300.000,00 € toute fourniture d'un tel logiciel ou toute incitation à l'utiliser. La seule contrainte se trouve dans la condition que le logiciel doit être *manifestement* destiné à un usage illicite.[64] La Cour de cassation appliqua la norme pour la première fois dans son arrêt *radioblog.fr* rendu en 2012.[65] Il s'agissait dans cette affaire d'un site de *streaming* de musique qui permettait à ses utilisateurs d'écouter les phonogrammes de leur choix en se rendant sur le site librement accessible. Le site classait les morceaux par genres, proposait un moteur de recherche et fournissait des « *playlists* ». Il proposait également à ses utilisateurs à travers un logiciel dénommé « *radioblog* », téléchargeable sur le site, de composer leur propre liste de morceaux, de transférer ces listes sur un autre site Internet et de les partager avec des tiers. Ce comportement fut sanctionné au visa de l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle.[66] La Cour de cassation montra une conception large de l'article L. 335-2-1 du Code précité qui « *incrimine, de manière générale, toute mise à disposition au profit du public* » d'un logiciel.[67] Il n'est pas requis que le logiciel lui-même permette le téléchargement de l'œuvre.

---

[61] OLG München, 29 U 3735/16, GRUR-RS 2017, 106250, n° 40 – uploaded ; 29 U 1797/16, MMR 2017, 628, n° 40 – Gray's Anatomy ; 29 U 1819/16, GRUR 2017, 619, n° 38 – uploaded.

[62] BGH, I ZR 11/16, GRUR 2018, 178, n° 21 – Vorschaubilder III ; également A. CONRAD et T. SCHUBERT, « Vom Paperboy zum Thumbnail und wieder zurück – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.9.2017 – I ZR 11/16 – Vorschaubilder III », ZUM 2018, p. 132, spéc. p. 133. Le *Bundesgerichtshof* a toutefois posé la question de la conformité aux exigences du droit de l'Union européenne à la CJUE, cf. BGH, I ZR 53/17, GRUR 2018, 1239, nos 48 ss. – Uploaded (affaire C-683/18 – Elsevier) ; I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132, nos 57 ss. – YouTube (affaire C-682/18 – YouTube). D'ailleurs, même la jurisprudence munichoise qui a assouplie le critère de double intention n'est pas parvenu à la condamnation de l'opérateur d'une plateforme dénaturée à des fins illicites pour participation à l'atteinte. La Cour d'appel de Munich affirma à tort l'applicabilité des exemptions de responsabilité ce qui exclua une éventuelle responsabilité pour participation. Pourtant, le modèle économique en cause, qui permettait une utilisation licite des services, correspondait à l'espèce de l'arrêt *Newzbin*. L'intermédiaire n'aurait à juste titre donc pas pu se prévaloir de la protection des exemptions de responsabilité. Cf. OLG München, 29 U 3735/16, GRUR-RS 2017, 106250, nos 4 à 6 – uploaded ; 29 U 1819/16, GRUR 2017, 619 (619 s.) – uploaded ; également S. JAWORSKI et J.-B. NORDEMANN, « Gehilfenhaftung von Intermediären bei Rechtsverletzungen im Internet. BGH-Rechtsprechung und neueste Entwicklungen in den Instanzen », GRUR 2017, p. 567, spéc. p. 571.

[63] Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 178, JORF du 3 août 2006, p. 11529 (« Loi DADVSI »).

[64] Article L. 335-2-1 1° du Code de la propriété intellectuelle.

[65] Cass. crim., n° 11-84224, 25 septembre 2012, Bull. crim., n° 196 – Radioblog.

[66] « […] *le logiciel téléchargeable à partir de radioblog.fr, en ayant ainsi pour unique vocation, la mise à disposition des internautes de phonogrammes protégés, les usagers étant informés de la finalité du logiciel qu'ils téléchargeaient, doit être considéré, aux termes de l'article L. 335-4, alinéa 1, du code de la propriété intellectuelle, comme étant manifestement destiné à la mise à disposition du public, non autorisée, d'œuvres protégées, les prévenus n'ignorant pas que les droits des producteurs n'étaient pas respectés en l'espèce […]* » Cass. crim., n° 11-84224, 25 septembre 2012, Bull. crim., n° 196 – Radioblog.

[67] Cass. crim., n° 11-84224, 25 septembre 2012, Bull. crim., n° 196 – Radioblog.

Le législateur français a acquis un rôle pionnier en ce qui concerne la pénalisation de la fourniture de logiciels. Des normes comparables n'existent ni en Allemagne, ni au Royaume-Uni. En l'absence de lois spéciales, les magistrats anglais et allemands se servent du droit des délits. La responsabilité suit donc le régime de « *joint tortfeasance* » ou de participation. Celui qui propose un tel logiciel fournit l'outil nécessaire à la commission d'atteintes au droit d'auteur et incite à celles-ci.[68]

14. **Autres.** La responsabilité secondaire pour contribution à l'atteinte principale reste donc restreinte aux grandes plateformes de *streaming* ou d'échange de pair à pair qui visent un usage illicite de la part de leurs utilisateurs. Un exemple en est la plateforme *The Pirate Bay*. Qu'en est-il alors des autres intermédiaires tels que les exploitants de sites comme *eBay* ou *Dailymotion* ?

On ne peut nier que ces intermédiaires ont créé de nouvelles plateformes et ainsi de nouveaux lieux d'infraction. Étant donné leurs modèles économiques, on ne peut pourtant pas estimer qu'ils visent la commission d'infraction sur leurs sites. Leurs services doivent plutôt être qualifiés de « socialement souhaitables » dans le sens ou il existe un intérêt légitime de notre société à l'existence de ces servies. On ne trouve alors que peu de demandes qui se fondent sur une contribution éventuelle à l'atteinte du droit d'auteur. Celles-ci sont d'ailleurs rejetées soit en raison d'applicabilité d'une exemption de responsabilité[69], soit à défaut de réalisation de l'élément objectif de la complicité[70], soit à défaut d'intention[71]. Ceci ne signifie pourtant pas que les exploitants de telles plateformes sont exempts de toute responsabilité. Apparaît ici l'importance d'un deuxième régime de responsabilité secondaire découlant non pas d'une participation à l'atteinte principale, mais d'un manquement à une obligation propre aux intermédiaires.

Section II La responsabilité découlant d'un manquement à une obligation propre aux intermédiaires

S'il n'est pas possible d'engager la responsabilité de la plupart des intermédiaires sur le fondement d'une contribution à l'atteinte au droit d'auteur, il n'en demeure pas moins possible d'engager leur responsabilité secondaire. Celle-ci trouve son deuxième fondement à côté de la contribution à l'infraction dans la violation d'obligations propres aux intermédiaires. Les régimes diffèrent pourtant de manière considérable selon l'ordre juridique en cause, ce qu'il faut alors

[68] BIRSS J, Twentieth Century Fox Film Corporation & Ors v Sky UK Ltd & Ors [2015] EWHC 1082 (Ch), n° 38 ; en Allemagne, la preuve de double intention devrait également se faire facilement vu la finalité du logiciel, A. OHLY, « Von GS Media zu einer unionsrechtlichen Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten? », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 387, spéc. p. 391.

[69] Concernant Dailymotion : CA Paris, n° 13/08052, 2 décembre 2014, RLDI 2015/111, n° 3658, obs. Costes – TF1/Dailymotion ; n° 09/12236, 13 octobre 2010, RLDI 2010/66, n° 2178 – Roland M./Dailymotion ; n° 2008/08604, 14 avril 2010, RLDI 2010/62, n° 2034 – Omar S., Fred T./Daily Motion ; n° 07/14097, 6 mai 2009 – Dailymotion/Nord-Ouest-Production ; TGI Paris, n° 09/08902, 3 juin 2011, RLDI 2011/73, n° 2429, obs. Costes – N.B./Dailymotion ; n° 07/05198, 13 juillet 2007 – Christian X. et Nord-Ouest Production/DailyMotion ; concernant YouTube : TGI Créteil, n° 06/12815, 14 décembre 2010, RLDI 2011/67, n° 2194, p. 21 s., obs. Costes – INA/YouTube ; TGI Paris, n° 07/14171, 10 juillet 2009, RLDI 2009/52, n° 1723, p. 47, obs. Costes – Bayard Presse/YouTube LLC.

[70] ARNOLD J, L'Oréal SA & Ors v eBay International AG & Ors [2009] EWHC 1094 (Ch), n° 359 et n° 382.

[71] BGH, I ZR 139/08, MMR 2011, 172, n° 29 – Kinderhochstühle im Internet I ; Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS. 2015, 14370, n^{os} 277 s. – YouTube ; OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n^{os} 53 s. – Allegro barbaro.

traiter dans un premier temps (1.). Ensuite, les obligations tant légales que prétoriennes des intermédiaires seront analysées (2.).

1. La reconnaissance d'une responsabilité secondaire pour manquement à une obligation

15. **Articles 1240 s. du Code civil.** En France, la violation d'une obligation engage la responsabilité civile délictuelle, lorsque le manquement à l'obligation revient à une faute qui cause un dommage à autrui. Le fondement d'une responsabilité secondaire pour violation d'une obligation se trouve dans le régime de la responsabilité du fait personnel des articles 1240 s. du Code civil.[72] Est alors exigé comme fait générateur de responsabilité la faute d'une personne.[73] Le développement de la notion de faute et sa définition précise ont contitué la tâche principale de la jurisprudence des XX^e^ et XXI^e^ siècles.[74] Aujourd'hui tout comportement qui « *contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, la coutume, ou par une norme générale de comportement* » peut être qualifié de fautif.[75] Suite à son objectivation, la *faute* se mesure en comparaison du comportement en question avec celui du *bonus pater familias* (« *bon père de famille* ») ou celui d'une personne « raisonnable »[76].[77] La violation d'une obligation légale telle que celles qui figurent au sein de la loi pour la confiance dans l'économie numérique[78], du Code de la propriété intellectuelle ou du Code de consommation revient alors toujours à un comportement fautif.[79]

Contrairement au droit pénal, le droit civil français ne différencie pas de surcroît entre complice, auteur indirect et auteur direct. Cela ne changerait pas selon le projet de réforme de responsabilité civile.[80] L'article 1240 du Code civil proposé clarifierait uniquement des questions de causalité en cas de commission de l'atteinte par un groupe de personnes déterminées sans que pour autant la personne ayant causé le dommage soit déterminée.[81] Le Code civil catégorise en

---

[72] Article 1240 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*. ».

[73] Ni le fait des choses, ni le fait d'autrui correspondent à un fait générateur apte dans les cas des intermédiaires pour des raisons de manque de proximité de l'intermédiaire de ses utilisateurs, voire de présence d'une « chose » corporelle. En ce qui concerne la nécessité d'une chose corporelle au sein de la responsabilité du fait des choses cf. N. DISSAUX, « Projet de réforme de la responsabilité civile et droit de la distribution », AJ Contrat 2017, p. 205 ; l'article 1243 § 1 du Code civil tel que proposé par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile disposerait d'ailleurs ce qui suit : « *On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait* ***des choses corporelles*** *que l'on a sous sa garde*. » [souligné par l'auteur].

[74] Pour un aperçu de son développement cf. P. JOURDAIN, JCl. Code civil, Articles 1382 à 1386, fasc. 120-10, n^os^ 7 à 19.

[75] P. LE TOURNEAU [éd.]*, Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10 éd., 2014, n° 6705 ; le projet de réforme du droit de la responsabilité civile propose une définition similiaire dans son article 1242 du Code civil : « *Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.* » ; saluant cette définition M. DUGUE et S. PRETOT, « Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile », Droit et patrimoine 2017, n° 269, p. 25.

[76] Cf. Article 26 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

[77] Cass., ass. plén., n^os^ 80.93.031, 80-93.481, 9 mai1984, Bull. ass. plén., n^os^ 2 et 3 = JCP 1984, II p. 20256, note Jourdain = D. 1984, p. 525, note Chabas – Derguini ; P. JOURDAIN, JCl. Code civil, Articles 1382 à 1386, fasc. 12010, n° 16 ; P. LE TOURNEAU [éd.], *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10 éd., 2014, n° 6706.

[78] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168 (loi dite « LCEN »).

[79] Cf. infra n^os^ 20 s.

[80] Cf. article L. 121-6 s. Code pénal.

[81] L'article 1240 du Code civil se trouverait alors dans la sous-section qui concerne le lien de causalité ; cf. également M. DUGUE et S. PRETOT, « Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile », Droit et Patrimoine 2017, n° 269, p. 25.

auteurs et co-auteurs.[82] Ceci ne signifie pourtant pas que les atteintes dépeintes comme indirectes dans le présent travail n'engageraient pas une responsabilité de leur auteur indirect. Si le régime de responsabilité du fait personnel des articles 1240 s. du Code civil appréhende justement les cas dans lesquels une personne, par sa faute, a contribué à un dommage, il prend en compte les occurrences de causalité indirecte. Le critère décisif qui déclenche la responsabilité secondaire de l'intermédiaire est alors la présence d'une faute, ainsi que la causalité entre faute et dommage. La causalité s'entend de manière large.[83] Lorsque des comportements différents ont tous porté atteinte à un droit, les fautes sont concurrentes.[84] Est alors reproché à chaque personne impliquée son propre manquement à son obligation – sa propre faute.[85]

En ce qui concerne les intermédiaires, la violation d'une obligation à leur charge doit alors, dans les termes de l'article 1240 du Code civil, « *causer un dommage à autrui* », le dommage étant l'atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur commise par un utilisateur. Le manquement à une obligation ne peut uniquement *causer* cette atteinte primaire si l'obligation violée protège, d'une manière ou d'une autre, le droit d'auteur. Dans ce cas précis, la satisfaction de l'obligation par l'intermédiaire aurait évité la commission de l'infraction primaire ce qui crée une chaîne de causalité entre sa violation par l'intermédiaire et l'atteinte. Ceci est notamment le cas pour les obligations de surveillance, dont l'existence sera analysée par la suite.

16. **La notion d' « obligations de circulation ».** Il existe en Allemagne une norme comparable à l'article 1240 du Code civil français. Selon l'article 823 § 1 du Code civil allemand, celui qui viole le droit d'un autre de manière intentionnelle ou négligente, doit réparer le dommage causé. Suite à un long débat jurisprudentiel et doctrinal, il est reconnu que l'article 823 du Code civil n'est point limité à l'auteur direct du délit. L'imputation d'une responsabilité indirecte par le biais de la violation d'une obligation constitue plutôt un principe fondamental du droit des délits.[86] L'idée sous-jacente est la suivante : celui qui crée ou qui maintient une source de danger dans son ressort est obligé de prendre les mesures préventives raisonnables, nécessaires pour écarter le risque de réalisation du danger au détriment de personnes tierces.[87] En cas de violation de cette obligation de sécurisation par action ou omission causale à l'atteinte primaire, cette dernière est imputable à l'auteur indirect.[88] Ces obligations sont appelées « obligations de circulation » (« *Verkehrspflichten* ») en raison des premiers arrêts en la matière qui concernaient les obligations de sécurisation dans les transports en commun.[89]

---

[82] J. GINSBURG et Y. GAUBIAC, « Contrefaçon, fourniture de moyens et faute », RIDA 2006, I (207), p. 3, spéc. p. 61 ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10 éd., 2014, n° 1859.

[83] Cass. civ., n° 76-15.133, 11 janvier 1979 ; A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Le projet de réforme de la responsabilité civile: observations article par article », Gaz. Pal. 2017, n° 23, p. 16 ; P. LE TOURNEAU [éd.], *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz, 10 éd., 2014, n° 1717.

[84] P. LE TOURNEAU [éd.], *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz, 10 éd., 2014, n^{os} 1741 et 1859.

[85] P. LE TOURNEAU [éd.], *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz, 10 éd., 2014, n°1738.

[86] BGH, I ZR 18/04, BGHZ 173, 188 = GRUR 2007, 890, n° 36 – Jugendgefährdende Medien bei eBay ; C. V. BAR, « Verkehrspflichten », S. 190 ss. ; H. SPRAU, *in Palandt*, C.H.Beck, 77 éd., 2018, § 823 BGB, n^{os} 46 ss.

[87] BGH, I ZR 18/04, BGHZ 173, 188 = GRUR 2007, 890, n° 36 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

[88] C. V. BAR, *Verkehrspflichten*, Carl Heymanns, 1980, p. 154 ss. ; « Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten », JuS 1988, p. 169, spéc. p. 170 ; F. HOFMANN, « Die Haftung des Inhabers eines privaten Internetanschlusses für Urheberrechtsverletzungen Dritter », ZUM 2014, p. 654, spéc. p. 657 ; G. WAGNER, *in MüKo BGB*, t. 6, C.H.Beck, 7 éd., 2017, § 823, n^{os} 6 s. et 21 s.

[89] Cf. RG, Rep. VI 191/21, RGZ 102, 372, 374 s. – Milzbrand ; BGH, III ZR 118/51, BGHZ 5, 378 = NJW 1952, 1050 (1051) ; VI ZR 51/76, NJW 1978, 421 (422) ; VI ZR 286/78, NJW 1981, 1606 (1607 ss.) ; C. V. BAR, « Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten », JuS 1988, p. 169.

17. **Le régime de la « Störerhaftung ».** En droit d'auteur allemand, il existe toutefois un régime de responsabilité particulier qui s'oppose à l'application de l'article 823 du Code civil allemand[90]. L'article 97 du Code de droit d'auteur allemand[91] prévoit qu'est responsable d'une atteinte au droit d'auteur le « contrevenant ». Le *contrevenant* n'est cependant que l'auteur direct de l'atteinte selon la jurisprudence du *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande).[92] Afin d'appréhender les atteintes indirectes, le *Bundesgerichtshof* ne fait ensuite pas référence à l'article 823 du Code civil, mais s'appuie sur l'*actio negatoria* du droit des biens, prévue par les articles 1004, 862 du Code civil. Celle-ci pose le principe selon lequel celui qui voit sa propriété perturbée peut demander l'élimination (*Beseitigung*) et, en cas de risque de récidive l'omission (*Unterlassung*) du trouble de la part du perturbateur (*Störer*). La responsabilité du perturbateur découle ainsi du seul fait d'avoir troublé de manière causale, soit par son action ou par son omission, soit par un bien dont il est le propriétaire ou possesseur, la propriété d'un autre.[93] En revanche, elle est limitée à l'élimination et à l'omission du trouble.

Alors que les normes se limitent à la protection de la propriété, la Cour fédérale allemande a étendu l'application de l'article 1004 du Code civil allemand par analogie aux cas de trouble de tout droit absolu.[94] La notion de « *Störer* » est alors extrêmement large. Le *Bundesgerichtshof* définit le perturbateur comme toute personne qui, sans en être l'auteur ou un participant, contribue de manière causale à l'atteinte à un droit absolu.[95] Le droit d'auteur en tant que droit absolu profite donc de la protection du régime de « *Störerhaftung* ».

La nature d'une responsabilité purement causale de ce régime *extra legem* explique sa forte popularité notamment en matière de propriété intellectuelle.[96] Face à la croissance exponentielle des infractions en ligne, le *Bundesgerichtshof* a toutefois reconnu la nécessité de délimiter ce régime, même s'il n'entraîne que l'élimination et l'omission du trouble, en réduisant le cercle des possibles perturbateurs. Dans ce but il a créé une condition supplémentaire loin de toute base légale : la violation d'une obligation de contrôle.

18. **La « Störerhaftung » et les obligations de contrôle.** Selon la jurisprudence du *Bundesgerichtshof*, est donc responsable du fait d'un trouble du droit d'auteur la personne qui, sans en être l'auteur ou un participant, contribue de manière causale au trouble et viole de surcroît une obligation raisonnable de contrôle (« *Prüfpflicht* »).[97] La nature purement prétorienne de cette obligation de contrôle a mené à un long débat entre jurisprudence et doctrine concernant sa nature

---

[90] « *Bürgerliches Gesetzbuch* » (BGB).
[91] « *Urheberrechtsgesetz* » (UrhG).
[92] BGH, I ZR 159/10, GRUR 2011, 1019, n° 18 – Automobil-Onlinebörse ; I ZR 121/08, BGHZ 185, 330 = GRUR 2010, 633, n° 13 – Sommer unseres Lebens.
[93] C. BALDUS, *in MüKo BGB*, t. 7, C.H.Beck, 7 éd. 2017, § 1004, n^{os} 156 ss. et 161 ss. ; S. HERRLER, *in Palandt*, C.H.Beck, 77 éd., 2018, § 1004, n^{os} 19 ss. ; J. FRITZSCHE, *in BeckOK BGB*, C.H.Beck, 46 éd., 2018, § 1004, n^{os} 15 ss.
[94] Ce sont du moins les permiers arrêts rendus en droit d'auteur qui montrent une application de l'article 1004 du Code civil allemand par analogie en tant que base légale de la responsabilité de nuisance, cf. BGH, I ZR 8/54, BGHZ 17, 266 = GRUR 1955, 492 (499 s.) – Grundig Reporter ; la jurisprudence récente ne s'appuie plus que rarement sur ce fondement juridique. La responsabilité de nuisance en droit d'auteur correspond plutôt à un régime de responsabilité prétorien.
[95] BGH, I ZR 174/14, GRUR 2016, 268, n° 21 – Goldesel ; également BGH, I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 = GRUR 2004, 860 (864) – Internet-Versteigerung I ; J. KROPP, *Haftung von Host- und Access-Providern*, Lang, 2012, p. 6 s. ; A. SCHNEIDER, *Vom Störer zum Täter*, Nomos, 2012, p. 43 s.
[96] Cf. BGH, I ZR 56/55, GRUR 1957, 352 (353) – Taeschner (Pertussin II).
[97] BGH, I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 (706) – Internet-Versteigerung III ; également BGH, I ZR 216/11, MMR 2014, 55 (56) – Kinderhochstühle im Internet II ; I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 = GRUR 2004, 860 (864) – Internet-Versteigerung I.

précise.[98] La doctrine souligne à juste titre que cette obligation de contrôle ne diffère en rien des obligations de circulation de l'article 823 du Code civil allemand. Elle a exactement la même fonction, notamment de restreindre d'un côté le champ d'application *ratione personae* de la responsabilité en la limitant aux personnes qui ont violé leur propre obligation, et de l'autre côté de représenter une condition de fond quant aux atteintes commises par omission.[99] Les obligations de contrôle dans le cadre de la *Störerhaftung* équivalent alors aux obligations de circulation du droit des délits. Elles apparaissent simplement comme une sous-catégorie de ces derniers. La responsabilité de nuisance en matière de droit d'auteur correspond donc à une responsabilité délictuelle pour violation d'une obligation qui est causale à l'atteinte.

Or, ceci étant donné, il demeure incompréhensible que le *Bundesgerichtshof* refuse l'application du régime de responsabilité délictuelle de l'article 823 du Code civil. Au niveau des conditions de fond, la *Störerhaftung* en matière de droit d'auteur et le régime de responsabilité indirecte de l'article 823 du Code civil se ressemblent. La seule différence entre le principe de droit des obligations de circulation délictuelles et des obligations de contrôle en matière de droit d'auteur se trouve dans la condition d'intention requise en droit des délits. Cela se justifie au vu des conséquences juridiques : la responsabilité délictuelle permet l'obtention de dommages et intérêts alors que la *Störerhaftung* est limitée à l'élimination et l'omission du trouble.

Aucune raison ne justifie cependant cette différence. La jurisprudence précise elle-même que les obligations de circulation correspondent à un principe de droit qui règle la responsabilité délictuelle en cas d'atteinte à tout droit absolu.[100] Elle ne fournit aucune raison qui légitimerait un traitement différent du droit d'auteur. La violation d'une obligation de contrôle devrait alors mener à une responsabilité délictuelle entière de celui qui les viole. L'imputation d'une responsabilité par le biais de la violation d'une obligation est un principe fondamental du droit des délits qui devrait ainsi servir de base légale au régime de responsabilité.[101]

D'ailleurs, la critique virulente de la part de la doctrine, qui ne cesse d'exiger que la responsabilité de nuisance soit abandonée au profit d'une responsabilité délictuelle pure et simple, a justement abouti à l'abandon de la *Störerhaftung* en matière de concurrence déloyale et de droit des brevets.[102] Ici, le *Bundesgerichtshof* affirme une règle générale selon laquelle celui qui crée ou maintient une source de danger doit prendre les mesures adéquates pour prévenir la réalisation d'un

---

[98] Cf. par exemple S. FREYTAG, *Haftung im Netz*, C.H.Beck, 1999, p. 73 ss. ; M. HAEDICKE, « Die Haftung für mittelbare Urheber- und Wettbewerbsrechtsverletzungen », GRUR 1999, p. 397, spéc. p. 399 s. ; F. HENNING-BODEWIG, « Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Massenmedien », GRUR 1981, p. 867, spéc. p. 870 s. ; H. KÖHLER, « Die Beteiligung an fremden Wettbewerbsverstößen », WRP 1997, p. 897, spéc. p. 898 ; W. LINDACHER, « Zur wettbewerbsrechtlichen Unterlassungshaftung der Presse im Anzeigengeschäft », WRP 1987, p. 585 ; D. LÖHR, « Zur Haftung der Presse für irreführende Werbung », WRP 1974, p. 524 ; S. NEUHAUS, *Sekundäre Haftung*, Mohr Siebeck, 2011, p. 27 s. ; A. SCHNEIDER, *Vom Störer zum Täter*, Nomos, 2012, p. 98 ; G. SPINDLER et M. LEISTNER, « Secondary Copyright Infringement – New Perspectives in Germany and Europe », IIC 2006, p. 788, spéc. p. 801 s. ; BGH, I ZR 18/04, BGHZ 173, 188 = GRUR 2007, 890, n° 38 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

[99] G. SPINDLER et C. VOLKMANN, « Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider », WRP 2003, p. 1, spéc. p. 6.

[100] RG, Rep. VI 191/21, RGZ 102, 372, 374 s. – Milzbrand ; BGH, III ZR 118/51, BGHZ 5, 378 = NJW 1952, 1050 (1051) ; VI ZR 51/76, NJW 1978, 421 (422) ; VI ZR 286/78, NJW 1981, 1606 (1607 ff.) ; cf. également C. V. BAR, « Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten », JuS 1988, p. 169.

[101] Pour la qualification des obligations de contrôle en tant qu'obligations de circulation également S. FREYTAG, *Haftung im Netz,* C.H.Beck, 1999, p. 73 ss. ; S. NEUHAUS, *Sekundäre Haftung*, Mohr Siebeck, 2011, p. 27 s. ; A. SCHNEIDER, *Vom Störer zum Täter*, Nomos, 2012, p. 98 ; G. SPINDLER et M. LEISTNER, « Secondary Copyright Infringement – New Perspectives in Germany and Europe », IIC 2006, p. 788, spéc. p. 801 s. ; G. SPINDLER et C. VOLKMANN, « Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider », WRP 2003, p. 1, spéc. p. 6 s.

[102] En droit des brevets : BGH, Xa ZR 2/08, BGHZ 182, 245 = GRUR 2009, 1142 – MP3-Player-Import ; en droit de concurrence déloyale : BGH, I ZR 94/13, NJW 2015, 3443 – Hotelbewertungsportal ; I ZR 18/04, BGHZ 173, 188 = GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

dommage.[103] Il est donc incohérent qu'il refuse son application en droit d'auteur et droit des marques.[104]

Ce refus peut cependant s'expliquer au regard de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ». Comme il sera démontré plus tard[105], le *Bundesgerichtshof* se sert du régime de la *Störerhaftung* en tant que transposition de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ». Il confond alors le rôle de la *Störerhaftung* en tant que base légale des injonctions avec son côté de saisine de comportements délictuels en tant que régime de responsabilité. S'il est vrai que le régime des injonctions ne permet pas l'allocation de dommages et intérêts, il ne touche en rien les régimes de responsabilité délictuelle. Au contraire, il est évident que le fondement correct d'une responsabilité pour violation d'une obligation qui cause un dommage reste le droit des délits et l'article 823 du Code civil allemand en particulier.

***19.* « *Duties of care* ».** L'ordre juridique britannique connaît également des obligations, dont la violation engage la responsabilité délictuelle (*duties of care*), en ce qui concerne les délits de négligence (*tort of negligence*).[106] Seul le manquement à cette l'obligation induit la responsabilité, sans qu'un dommage soit nécessaire.[107] Le cadre dans lequel il existe de telles obligations est toutefois très restreint. La jurisprudence refuse l'affirmation d'une obligation générale de prévention du dommage.[108] En cas d'omission, il est plutôt nécessaire que le dommage soit prévisible (*forseeability*), que l'auteur ait une position de garant envers la partie lésée (*proximity*) et que l'obligation soit proportionnée (*proportionnality*).[109] En cas de simple omission sans qu'il y ait eu une action de l'auteur auparavant qui nécessiterait ensuite une rectification afin d'éviter un dommage, les obligations de surveillance existent uniquement dans des circonstances exceptionnelles.[110] Pour affirmer la prévisibilité et la proximité du dommage, la personne en cause doit avoir été notifiée du comportement fautif d'un tiers et doit pouvoir effectuer un certain contrôle enver ses actions.[111] Il ne suffit pas d'avoir la simple possibilité de prévenir le

[103] BGH, I ZR 18/04, BGHZ 173, 188 = GRUR 2007, 890, n° 36 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.
[104] BGH, I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 = GRUR 2004, 860 (864) – Internet-Versteigerung I ; I ZR 249/03, GRUR 2006, 957, n° 13 – Stadt Geldern.
[105] Cf. infra n° 41.
[106] J. DIETRICH, « Accessorial liability in the law of torts », 31 Legal Stud. 2011, p. 231, spéc. p. 236 ; A. ROY et A. MARSOOF, « Negligent omissions as a basis for holding internet intermediaries liable for infringements of trade mark rights », [2017] IPQ p. 52, spéc. p. 54.
[107] C. WALTON et R. COOPER et S. WOOD, *Charlesworth & Percy on Negligence*, Sweet&Maxwell, 10 éd., 2001, n° 1-14.
[108] « *There are sound reasons why omissions require different treatment from positive conduct. It is one thing for the law to say that a person who undertakes some activity shall take reasonable care not to cause damage to others. It is another thing for the law to require that a person who is doing nothing in particular shall take steps to prevent another from suffering harm from the acts of third parties […] or natural causes.* » Lord HOFFMAN, Stovin v Wise [1996] UKHL 15, p. 17 ; A. ROY et A. MARSOOF, « Negligent omissions as a basis for holding internet intermediaries liable for infringements of trade mark rights », [2017] IPQ p. 52, spéc. p. 57 ; C. WALTON et R. COOPER et S. WOOD, *Charlesworth & Percy on Negligence*, Sweet&Maxwell, 10 éd., 2001, n° 2-67.
[109] Donoghue v Stevenson [1932] UKHL 100; C. WALTON et R. COOPER et S. WOOD, *Charlesworth & Percy on Negligence*, Sweet&Maxwell, 10 éd., 2001, n^{os} 2-11 ss. ; A. ROY et A. MARSOOF, « Negligent omissions as a basis for holding internet intermediaries liable for infringements of trade mark rights », [2017] IPQ p. 52, spéc. p. 55 ss.
[110] C. WALTON et R. COOPER et S. WOOD, *Charlesworth & Percy on Negligence*, Sweet&Maxwell, 10 éd., 2001, n° 2-68.
[111] Lord BRANDON OF OAKBROOK, Smith v Littlewoods [1987] AC 241 = www.bailii.org, p. 4 ; A. ROY et A. MARSOOF, « Negligent omissions as a basis for holding internet intermediaries liable for infringements of trade mark rights », [2017] IPQ p. 52, spéc. p. 70 s. ; en ce qui concerne la proximité de l'auteur direct cf. Home Office v Dorset Yacht [1970] AC 1004 (HL**),** où un policier qui avait rendu possible la fuite de délinquants par omission négligente était tenu responsable de leurs faits ultérieurs.

dommage.[112] Pour reconnaître une obligation dans de nouveaux cas, il faut de surcroît que le cas présent ressemble à un cas dans lequel ont été reconnus des *duties of care*.[113]

En ce qui concerne des obligations éventuellement à la charge des intermédiaires numériques, il faudrait que la jurisprudence les considère comme étant proportionnées. Étant donné sa réticence à affirmer des obligations du bailleur pour les actions de ses locataires[114], il n'y a pas lieu d'escompter une extension des *duties of care* dans le contexte numérique.[115] Alors qu'elles présenteraient un fondement juridique pour une responsabilité secondaire des intermédiaires, le principe essentiel du droit des délits anglais demeure que personne ne doit prévenir un dommage pour autrui.[116]

2. Les différentes obligations des intermédiaires

20. **Obligations légales.** Si les intermédiaires n'ont aucune obligation de surveillance au Royaume-Uni, il en existe en France et en Allemagne. Le législateur français a imposé différentes obligations légales aux intermédiaires divers. Elles comprennent des obligations d'identification, de prévention, de loyauté et de surveillance. La plus grande partie de ces obligations ne protège cependant pas directement le droit d'auteur. Des exemples en sont l'obligation du fournisseur d'accès et d'hébergement de conserver les informations qui permettent d'identifier l'auteur d'un contenu instaurée par l'article 6-II 1° de la loi pour la confiance dans l'économie numérique[117] ou leur obligation de participer à la lutte contre certaines infractions graves comme l'apologie des crimes contre l'humanité ou la pornographie infantile, prévue par les articles 6-I-7 et 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. D'autres exemples sont l'obligation des éditeurs de services de communications (au public) en ligne de mettre à disposition sur leur site des informations permettant de les identifier (article 6-III de la loi « LCEN » précitée) ou l'obligation de loyauté (article L. 111-7-II du Code de consommation) récemment introduite par la loi pour une République numérique[118] qui oblige les plateformes en ligne à délivrer aux consommateurs des informations loyales, claires et précises concernant l'utilisation de leurs services. La violation de ces obligations ne peut cependant pas causer une atteinte primaire au droit d'auteur.[119]

Une obligation qui vise la protection du droit d'auteur face aux défis numériques se trouve toutefois aux articles 6-I-1 et 7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Ces articles

[112] Ceci vaut même pour le cas d'un adulte qui se trouve à côté d'une piscine dans laquelle se noie un enfant avec lequel il n'est pas parenté, Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD, Stovin v Wise [1996] UKHL 15, p. 3.

[113] Lord OLIVER OF AYLMERTON, Caparo v Dickman [1990] 1 All ER 568 = www.bailii.org, p. 21 ; Lord BROWNE-WILKINSON, X v Bedfordshire County Council [1995] 3 All ER 353 (382) ; W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, Sweet&Maxwell, 17 éd., 2006, n° 5-10.

[114] Cf. par exemple VISCOUNT MAUGHAM, Sedleigh-Denfield v O'Callaghan [1940] 3 All ER 349 (356) ; Lord ATKIN, Sedleigh-Denfield v O'Callaghan [1940] 3 All ER 349 (360).

[115] P. DAVIES, « Accessory liability: protecting intellectual property rights », [2011] IPQ p. 390, spéc. p. 391 ; A. ROY et A. MARSOOF, « Negligent omissions as a basis for holding internet intermediaries liable for infringements of trade mark rights », [2017] IPQ p. 52, spéc. p. 74 ss.

[116] Lord TEMPLEMAN, C.B.S. Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics pls [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 15 ; ARNOLD J, L'Oréal SA v eBay International AG [2009] EWHC 1094 (Ch), n° 375 ; J. RIORDAN, *Liablilty of Internet Intermediaires*, Oxford University Press, 2016, n° 5.56 ; ce critiquant J. MURPHY, « Rethinking Injunctions in Tort Law », 27 Oxford Journal of Legal Studies (2007), p. 509, spéc. p. 530 à 535 ; A. ROY et A. MARSOOF, « Negligent omissions as a basis for holding internet intermediaries liable for infringements of trade mark rights », [2017] IPQ p. 52, spéc. p. 58.

[117] Loi « LCEN », cf. supra note de bas de page n° 78.

[118] Loi n° 2016-1231 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.

[119] Cf. supra n° 15.

imposent aux fournisseurs d'accès d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services et de leur proposer au moins un de ces moyens.[120] Ils doivent également insérer une mention facilement identifiable et lisible qui rappelle les risques du piratage lorsqu'ils proposent le téléchargement de fichiers à travers leurs services. Cette obligation paraît tout de même trop éloignée des atteintes commises en ligne pour que sa violation puisse engager la responsabilité secondaire du fournisseur d'accès pour avoir indirectement causé l'atteinte primaire.

21. **Obligation de surveillance du titulaire d'un accès à Internet.** Une obligation légale concernant le droit d'auteur se trouve à l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle français. Il contient depuis sa censure par le Conseil constitutionnel une obligation de surveillance du titulaire d'un accès à Internet WiFi qui doit s'assurer que son réseau n'est pas utilisé à des fins illicites.[121] La violation de cette obligation n'est que répréhensible au plan civil.

L'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle doit cependant être interprété à la lumière du droit communautaire. Comme l'a précisé la Cour de justice dans son arrêt *McFadden*, l'exploitation d'un réseau WiFi peut se faire dans un contexte commercial ce qui soumet l'activité à l'exemption de responsabilité prévue pour les fournisseurs d'accès.[122] L'instauration d'une obligation de surveillance des fournisseurs d'accès se heurte cependant à l'interdiction des obligations de surveillance générales prévue par l'article 15 de la directive « *e-commerce* ». L'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle ne précise pas les mesures qui doivent êtres prises afin de satisfaire l'obligation. Il incombe donc aux magistrats de bien limiter son impact au moins pour les titulaires d'un réseau WiFi qualifiables comme fournisseurs d'accès, afin d'éviter une rupture avec les exigences européennes.

Il existe, en France, une autre législation concernant les fournisseurs d'accès à Internet WiFi. Sans entrer dans les détails de la législation partiellement avortée dite « Hadopi »[123], il convient de présenter le régime actuel de la responsabilité pénale du fournisseur d'accès à Internet WiFi.[124] La simple violation de l'obligation de surveillance qui permet la commission d'une atteinte au droit d'auteur dans le réseau précis, n'engage pas elle-même la responsabilité du titulaire d'accès au plan pénal. Une faute simple ne suffit pas. Il faudra pouvoir lui reprocher une *faute qualifiée* : elle n'est présente que dans l'hypothèse où une troisième atteinte au droit d'auteur est commise par le biais du réseau alors que le titulaire fut informé des deux premières par recommandation de l'Hadopi et qu'il lui a été demandé de bien vouloir sécuriser son réseau.[125]

---

[120] C. FERAL-SCHUHL, *Cyberdroit*, Dalloz, 7 éd., 2018, n° 612.33 ; L. THOUMYRE, « La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet », LDMC, 15 novembre 2009, étude 464, n° 464-51.

[121] Cons. const., n° 2009-580-DC, 10 juin 2009, Dalloz jurisprudence, Considérant 18 – Hadopi I. Dans sa décision, le Conseil consitutionnel censure l'ancien article L. 331-38 du Code de la propriété intellectuelle en raison d'une instauration d'une présomption de culpabilité. Il méconnait pourtant le fait que la norme n'aurait pas introduit une culpabilité (présumée) pour l'atteinte au droit d'auteur, mais plutôt une faute de manquement prouvé à une obligation propre du titulaire d'accès ; cf. également E. DERIEUX et A. GRANCHET, *Lutte contre le téléchargement illégal*, Lamy, 2010, n° 362.

[122] CJUE, aff. C-484/14, EU:C:2016:689, Rec. num. 2016, n° 43 – McFadden ; cf. à ce sujet infra n° 28.

[123] « Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet » instaurée par la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet dite « Loi Hadopi », JORF du 13 juin 2009, p. 9666, n° 2.

[124] Pour plus de détails concernant la législation Hadopi cf. E. DERIEUX et A. GRANCHET, *Lutte contre le téléchargement illégal*, Lamy, 2010 ; pour plus de détails concernant la procédure devant l'Hadopi cf. V.-L. BENABOU, « Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage », RLDI 2009/52, n° 1732, p. 63, spéc. p. 66.

[125] « *Three strike model* » instauré par les articles L. 331-24 ss. du Code de la propriété intellectuelle.

Dans l'hypothèse d'une utilisation portant atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins dans l'année qui suit la deuxième recommandation, il y a négligence caractérisée du titulaire d'accès à Internet WiFi lorsqu'il n'a pas sécurisé son accès ou manqué de diligence dans la mise en œuvre du moyen de sécurisation.[126] Ce comportement revient à une contravention de troisième classe.[127] Cette infraction, validée par le Conseil constitutionnel[128], prévoyait une sanction complémentaire de suspension d'accès d'un mois à l'article R. 335-5-III du Code de la propriété intellectuelle qui fut cependant abrogé par décret en 2013.[129]

L'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle ne vise toutefois que la faute pénale du titulaire d'accès. Quid de sa faute civile ? Celle-ci ne correspond pas exactement à la faute pénale.[130] Si toute faute pénale revient également à une faute civile, on ne peut pas prétendre le contraire.[131] C'est donc la faute pénale qui dépend d'une faute caractérisée, alors que la faute civile peut se traduire par la simple violation d'une obligation de surveillance. Cette violation, quand elle permet l'utilisation du réseau par un contrefacteur, ne suffisant pas pour affirmer une faute pénale, peut tout à fait se présenter comme causale à l'atteinte au droit d'auteur. La satisfaction de l'obligation de surveillance évite justement la commission de telles infractions à travers le réseau WiFi.[132]

22. **Obligations de contrôle dans le cadre de la « *Störerhaftung* ».** Le contenu des obligations de contrôle, dont la violation est requise par la jurisprudence allemande dans le cadre de la « *Störerhaftung* », dépend essentiellement de deux critères fondamentaux qui influencent la nature et l'étendue de l'obligation en cause : la connaissance de l'intermédiaire de l'infraction et son modèle économique. Ces deux critères ont été dégagés par de nombreux arrêts. Les intermédiaires qui exploitent un système visant justement la commission d'atteintes au droit d'auteur par leurs utilisateurs ont alors à leur charge une obligation de contrôle proactive *ex ante* détachée de leur connaissance de l'atteinte.[133] On peut citer comme exemple les plateformes de partage de pair à pair dénaturée telle que la plateforme *The Pirate Bay* qui a pour but de faciliter la commission de contrefaçons de ses utilisateurs.

En revanche, toutes les plateformes qui ne construisent pas leur modèle économique expressément sur la commission de telles atteintes et qui répondent alors à un modèle économique dit « socialement souhaitable » ne doivent ainsi qu'agir à partir du moment où elles acquièrent la connaissance de l'infraction commise dans le cadre de leurs services par notification du titulaire du droit d'auteur ou par mise en demeure. Ceci vaut par exemple pour des plateformes telles que *eBay*

---

[126] Article R. 335-1-I 1° et 2° du Code précité; le fait de présumer la faute (pénale) à partir du constat d'une troisième atteinte commis dans le réseau reviendrait à une violation de la présomption d'innocence.

[127] Article R. 335-5 du Code de précité, instauré par le Décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 instituant une contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur Internet.

[128] Cons. const., n° 2009-590 DC, 22 octobre 2009, n^{os} 28 ss. – Hadopi II ; critiqué par E. DERIEUX et A. GRANCHET, *Lutte contre le téléchargement illégal*, Lamy, 2010, n^{os} 466 s.

[129] Article L. 335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, abrogé par le Décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle.

[130] Cf. l'article 4-1 du Code de la procédure pénale; Y. MAYAUD, *Répertoire de droit pénal*, Dalloz, 2017, n° 285 ; P. LE TOURNEAU [éd.], *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10 éd., 2014, n° 582.

[131] Y. MAYAUD, *Répertoire de droit pénal*, Dalloz, 2017, n° 284 ; P. LE TOURNEAU [éd.], *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 10 éd., 2014, n° 582.

[132] Au contraire des titulaires de droits allemands (cf. infra n° 24), cette possibilité n'est pourtant pas saisie par les titulaires du droit d'auteur français.

[133] BGH, I ZR 57/07, GRUR 2009, 841, n° 21 – Cybersky.

ou *YouTube*, mais également pour des plateformes d'échange de pair à pair qui ne sont pas dénaturées telles que *Dropbox* ou *Rapidshare*. L'étendue de leur obligation se mesure ensuite en fonction de leur proximité par rapport à l'atteinte. Plus l'intermédiaire est proche de l'atteinte, plus de contrôle peut raisonnablement être attendu de sa part.

Les obligations les plus strictes sont donc à la charge des « *file hosts* » comme *Rapidshare* ou *Megaupload*. Ici l'intermédiaire attire ses utilisateurs par le biais d'annonces dans lesquelles il indique l'usage possible de son service à des fins illicites.[134] Il doit alors surveiller son marché à long terme.

23. **Obligations de contrôle des plateformes.** Tant les plateformes à contenu généré par les utilisateurs légitimes, telles que *YouTube* ou *Dailymotion*, que les marchés de vente (aux enchères) en ligne, comme *eBay*, sont situés une étage plus bas sur l'échelle de proximité de l'infraction. On ne peut pas estimer qu'elles attirent leurs utilisateurs par le biais d'un possible usage illicite. Elles ont cependant en commun d'optimiser leurs services en organisant leurs sites. Ce faisant elles assistent leurs utilisateurs dans la promotion de leurs contenus et promeuvent ces contenus eux-mêmes en programmant des algorithmes qui affichent des œuvres similaires suite à la consommation d'un contenu.[135] Si alors on ne peut plus raisonnablement attendre des opérateurs de tels sites qu'ils contrôlent l'ensemble des contenus quand ils prennent acte d'une infraction[136], ils ont à leur charge une obligation d'effacer le contenu manifestement illicite et d'empêcher sa réapparition.[137] Ils peuvent, à ces fins, être obligés d'instaurer des filtres de certains mots clés.[138]

L'idée d'une obligation de vigilance de certaines plateformes provient également de la jurisprudence française. Dans un premier temps, celle-ci jugea, en s'inspirant de la théorie des risques, que celui qui n'empêchait pas un dommage résultant de son activité volontaire et lucrative, devait en assumer la responsabilité.[139] L'opérateur d'une plateforme a alors une obligation de vigilance et de prudence qui prend la forme d'une obligation de moyens. Il a un devoir de diligence

---

[134] BGH, I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030, n° 31 – File-Hosting-Dienst ; I ZR 18/11, BGHZ 194, 339 = GRUR 2013, 370, n° 22 – Alone in the Dark ; I ZR 57/07, GRUR 2009, 841, n° 21 – Cybersky ; ceci correspond également à la jurisprudence concernant les atteintes analogues au droit d'auteur, cf. BGH, Ib ZR 4/63, BGHZ 42, 118 = GRUR 1965, 104 (105) – Personalausweise ; Hans. OLG, 5 U 73/03, NJOZ 4927, (4941) – Rapidshare ; étant donné le progrès du cloud-computing on ne peut cependant plus estimer que leur modèle économique soit destiné à la commission d'infraction, Hans. OLG, 5 U 87/09, NJOZ 2012, 1442, (1444 s.) – Rapidshare II; ceci fut jugé différemment auparavant, cf. Hans. OLG, 5 U 73/03, NJOZ 4927, (4952 s.) – Rapidshare. Le sénat de la Cour s'appuyait ici sur le fait que les opérateurs s'abstenaient des mesures techniques adéquates à la revue des contenus sur la plateforme.

[135] La jurisprudence accentuait tant l'intérêt de l'opérateur à une attractivité accrue de sa plateforme par la mise à disposition gratuite de musique protégée, que l'octroie d'anonymat à ses utilisateurs, cf. LG Hamburg, 310 O 461/10, MMR 2012, 404 (406) – GEMA ; Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 287 – YouTube ; M. HOHLWECK constate que leur modèle économique s'est déjà considérablement éloigné de l'image typique d'un opérateur de plateforme, M. HOHLWECK, « Eckpfeiler der mittelbaren Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern in der Rechtsprechung », ZUM 2017, p. 109, spéc. p. 111.

[136] La recherche d'infractions demeure alors à la charge des titulaires du droit d'auteur, BGH, I ZR 139/08, MMR 2011, 172 – Kinderhochstühle im Internet I.

[137] BGH, I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 (706) – Internet-Versteigerung III ; I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 = GRUR 2004, 860 (864) – Internet-Versteigerung I ; Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 300 – YouTube ; LG Hamburg, 310 O 461/10, MMR 2012, 404 (406) – GEMA.

[138] LG Hamburg, 310 O 461/10, MMR 2012, 404 (407) – GEMA ; le filtrage de certains mots représente un moyen efficace qui empêche la commission d'infractions sur les blogs ou plateformes d'évaluation, cf. BGH, VI ZR 34/15, ZUM-RD 2016, 355 – jameda ; VI ZR 93/10, BGHZ 191, 219 = NJW 2012, 148 – Blog-Eintrag ; VI ZR 196/08, MMR 2009, 608 – spickmich.de ; VI ZR 101/06, GRUR 2007, 724 – Meinungsforum ; LG Düsseldorf, 2a O 312/01 ; LG Trier, 4 O 106/00, MMR 2002, 694.

[139] CA Paris, 10 février 1999, JCP G 1999/23, II n° 10101, note Barbry/Olivier – Lacambre/E. Hallyday ; TGI Nanterre, 8 décembre 1999, JCP G 2000/13, II 10279, note Barbry/Olivier – Lacoste/Muldimania Productions ; M. VIVANT [éd.], *Le Lamy Droit du Numérique*, Wolters Kluwer, éd. 2016, n° 2458 ; « La responsabilité des intermédiaires de l'internet », JCP G, 1999/45, doctr. 180, p. 2021, n° 9.

raisonnable qui l'oblige, dans le cadre de ses possibilités techniques, à détecter et effacer des contenus illicites.[140] M. VIVANT a donc décrit le fait générateur de responsabilité par le triptyque « *pouvoir – savoir – inertie* ».[141] Cette jurisprudence s'applique toujours aux opérateurs de plateformes dépassant le seuil de neutralité requis par les exemptions de responsabilité. Ils ont l'obligation de moyens d'empêcher des atteintes au droit d'auteur dans le cadre de leurs possibilités.[142] L'opérateur qui met à disposition de ses utilisateurs un système de recours qui permet d'empêcher la réapparition de contenus illicites supprimés, satisfait cette obligation.[143] Il doit pourtant expliquer le fonctionnement effectif de ce système et ne peut s'appuyer sur sa seule existence.[144] Il peut également, dans certains cas, être attendu de l'opérateur qu'il reconnaisse un usage illicite et qu'il l'empêche.[145]

24. **Obligations de contrôle des intermédiaires moins proches de l'atteinte.** Les fournisseurs de liens hypertextes se situent à une plus grande distance de l'atteinte primaire que les plateformes à contenu généré par les utilisateurs. Le contenu en cause se situe justement sur un autre site vers lequel le lien ne fait que renvoyer. La *Störerhaftung* qui nécessite une atteinte primaire en tant que dommage n'est donc pas applicable en cas de source licite du lien. Celui qui renvoie par lien vers une œuvre licite n'a aucune obligation de contrôle.[146] Dans le cas d'une source illicite, les fournisseurs de liens sont en revanche obligés de contrôler le contenu faisant l'objet du lien pendant la durée de sa préservation à partir du moment où ils acquièrent connaissance de l'atteinte.[147] Il en va de même pour les opérateurs de moteurs de recherche : ils doivent également effacer (plus concrètement : dé-indexer) un contenu illicite quand ils en obtiennent connaissance.[148] Concernant la proposition illicite de mots-clés, le moteur de recherche doit également éviter une nouvelle atteinte par ce biais.[149]

En ce qui concerne les fournisseurs d'accès, la jurisprudence allemande a différencié entre fournisseurs d'accès « classiques » et fournisseurs d'accès à Internet WiFi. Le *Bundesgerichtshof*

---

[140] CA Versailles, n° 00/05502, 16 mai 2002, JCP E 2003/3, n° 106, 124, obs. Robin – Association UEJF/Multimania Production ; 8 juin 2000, JCP E 2000/47, 1856 (1858), n° 5, obs. Mallet-Poujol/Vivant – Multimania Production/Lacoste ; TGI Nanterre, 24 mai 2000 – UEJF/Multimania Production.

[141] M. VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet », JCP G 1999/45, doctr. 180, n° 10.

[142] CA Reims, n° 08/01519, 20 juillet 2010, CCE 2010/10, comm. 96, note Debet – eBay/Hermès International ; TGI Troyes, n° 06/02604, 4 juin 2008 – Hermès International/eBay ; cf. également J. HUET, « eBay n'est pas un hébergeur (suite…) », D. 2008, p. 2261.

[143] TGI Paris, n° 08/03717, 24 juin 2009 – Lafesse/Google ; P. LE TOURNEAU [éd.], *Contrats du numérique*, Dalloz, 10 éd., 2018, n° 422.32.

[144] « *Mais considérant que les appelantes ne satisfont pas à leur obligation de vigilance par la rédaction de mises en garde générales à l'adresse des utilisateurs ni par la mise en place d'un système de filtrage dont elles détaillent peu le fonctionnement effectif et encore moins les résultats qu'il a pu procurer* ; » CA Paris, n° 08/12820, 3 septembre 2010, D. 2010, 1997 – eBay/Louis Vuitton.

[145] Pour le service « Google Adwords » CA Versailles, n° 03/07388, 10 mars 2005 – Google France/Viaticum ; E. RICBOURG-ATTAL, *Responsabilité des acteurs de l'internet*, Larcier, 2014, n^{os} 404 s. ; pour la plateforme « eBay » CA Reims, n° 08/01519, 20 juillet 2010, CCE 2010/10, comm. 96, note Debet – eBay/Hermès International.

[146] Ceci correspond à l'espèce de l'arrêt « *Schöner Wetten* », cf. BGH, I ZR 317/01, BGHZ 158, 343 = GRUR 2004, 693 – Schöner Wetten.

[147] BGH, I ZR 317/01, BGHZ 158, 343 = GRUR 2004, 693 (695) – Schöner Wetten ; également BGH, I ZR 74/14, GRUR 2016, 209, n° 24 – Haftung für Hyperlink ; OLG München, 29 U 2887/05, GRUR-RR 2005, 372 (374) – AnyDVD. Le dernier arrêt concernait toutefois la protection des mesures techniques prévue à l'article 95a § 3 du Code de droit d'auteur allemand; critiqué par G. WESTKAMP, « Hyperlinks, circumvention technology and contributory infringement – a precarious tale from German jurisprudence », JIPLP 2006, p. 309, spéc. p. 312.

[148] Dans le cas d'espèce LG Köln, 28 O 75/15, openJur 2015, 15797, l'opérateur du moteur de recherche avait déjà dé-indexé le contenu en cause, cf. n° 20.

[149] BGH, VI ZR 269/12, MMR 2013, 535, n^{os} 29 ss. – „Autocomplete"-Funktion ; également en matière de diffamation Hans. OLG, 7 W 125/09, MMR 2010, 141 ; OLG Nürnberg, 3 W 1128/08, MMR 2009, 131 (132) ; LG Köln, 28 O 75/15, openJur 2015, 15797, n^{os} 25 ss.

révélait une profonde aversion à l'égard de l'affirmation d'obligations de contrôle des fournisseurs d'accès « classiques » pour des raisons de proportionnalité. Ces fournisseurs d'accès sont les intermédiaires les plus éloignés de l'atteinte commise par un utilisateur. Ils sont comparables au propriétaire d'une route le long de laquelle un contrevenant conduit jusqu'à l'endroit du délit. Étant donné leur rôle essentiel concernant la fourniture de l'infrastructure de l'Internet, ils n'ont alors, selon le *Bundesgerichtshof*, en tout cas aucune obligation de contrôle qui serait déclenchée avant leur connaissance de l'atteinte.[150] De plus, les titulaires de droit doivent à leur tour tenter une action contre l'auteur direct ou l'hébergeur avant de pouvoir déclencher une obligation à la charge des fournisseurs d'accès.[151]

Pour les titulaires d'un accès à Internet WiFi, eux-mêmes fournisseurs d'accès[152], la jurisprudence allemande a toutefois ajouté une obligation proactive de sécurisation de l'accès au moyen d'un mot de passe selon les usages normaux à la date d'achat du routeur.[153] Celui qui s'abstient d'une telle sécurisation et qui permet donc la commission d'atteintes par un tiers dans son réseau peut voir sa responsabilité indirecte engagée sous le régime de la *Störerhaftung*. Ceci paraît pourtant contraire tant à l'article 15 de la directive « *e-commerce* », qu'au nouvel article 8 § 4 de la loi sur les télémédias allemande[154] instauré par la troisième réforme de la loi des télémédias en 2017.[155] Ce dernier interdit aux autorités administratives de demander au titulaire d'accès la sécurisation par mot de passe. Si les autorités administratives ne peuvent alors plus obliger le titulaire d'un accès à Internet WiFi à sécuriser son réseau par le biais d'un mot de passe, il semble dès lors difficile de maintenir une telle obligation proactive.[156]

Il reste toutefois une autre obligation à la charge des titulaires d'accès à Internet WiFi en Allemagne : l'obligation d'instruction et de surveillance des personnes avec lesquelles ils partagent leur réseau. En ce qui concerne les enfants mineurs, le titulaire d'accès à Internet est obligé de les instruire des dangers concernant la contrefaçon en ligne et de leur interdire la participation au partage de fichiers.[157] Pour des raisons de proportionnalité, cette instruction n'est cependant pas nécessaire envers d'autres personnes majeures (enfants, membres de famille ou amis) qui utilisent le réseau.[158] Des obligations supplémentaires du titulaire de l'accès à Internet WiFi ne surgissent qu'en cas d'indice de commission de contrefaçons (par exemple par la participation au partage de fichiers).

---

[150] BGH, I ZR 174/14, GRUR 2016, 268, n^os^ 26 s., 44 – Goldesel ; J. EICHELBERGER, « Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2) », WRP 2016, p. 1060, spéc. p. 1062.

[151] Cf. à ce sujet infra n° 44.

[152] Cf. l'article 8 § 3 de la loi sur les télémédias. Le législateur allemand n'a d'ailleurs pas limité l'applicabilité de l'exemption de responsabilité du fournisseur d'accès aux personnes qui poursuivent une activité commerciale, cf. le premier numéro de la première phrase de l'article 2 de la loi sur les télémédias.

[153] BGH, I ZR 220/15, ZUM 2017, 672, n° 14 – WLAN-Schlüssel; I ZR 121/08, BGHZ 185, 330 = GRUR 2010, 633, n^os^ 23 s. – Sommer unseres Lebens ; AG Hamburg, 36a C 40/14, CR 2015, 335, n° 29 – Alice Modem.

[154] « *Telemediengesetz* » (TMG) ; cf. infra n° 29.

[155] G. SPINDLER, « Haftung für private WLANs im Delikts- und Urheberrecht », CR 2010, p. 592, spéc. p. 597 s. ; l'article 8 § 4 de la loi sur les télémédias fut instauré par la troisième loi modificative de la loi sur les télémédias, cf. BGBl. 2017 I Nr. 67 du 12.10.2017.

[156] En ce sens également G. SPINDLER, « Haftung für private WLANs im Delikts- und Urheberrecht », CR 2010, p. 592, spéc. p. 597 s.

[157] BGH, I ZR 74/12, MMR 2013, 388, n^os^ 21 ss. – Morpheus. La violation de cette obligation a la particularité d'engager non pas la *Störerhaftung* mais la responsabilité de l'article 832 § 1 du Code civil allemand, responsabilité délictuelle du fait d'autrui, non limitée à l'omission du dommage. Cette obligation est donc la seule sur laquelle peuvent se fonder des demandes de dommages et intérêts en cas de violation en Allemagne. Ceci explique la popularité accrue des actions à l'encontre des titulaires d'accès à Internet WiFi en Allemagne comparé à la situation en France.

[158] Pour les enfants majeurs cf. BGH, I ZR 169/12, BGHZ 200, 76 = MMR 2014, 547, n° 24 – BearShare; pour les époux et des visiteurs majeurs cf. BGH, I ZR 86/15, GRUR 2016, 1289, n° 14 – Silver Linings Playbook ; OLG Frankfurt a.M., 11 W 8/13, GRUR-RR 2013, 246 ; OLG Köln, 6 U 239/11, MMR 2012, 549 (551).

Cette jurisprudence allemande concernant les fournisseurs d'accès est toutefois devenue obsolète par l'instauration de la deuxième phrase de l'article 8 § 1 de la loi sur les télémédias en 2017 : celui-ce interdit toute responsabilité des fournisseurs d'accès – « classiques » ou titulaires d'un accès à Internet WiFi – privilégiés. La *Störerhaftung* ne peut alors plus imputer aux fournisseurs d'accès des obligations de surveillance, ce qui exclut désormais son application à leur encontre.

Conclusion du Chapitre I

L'analyse précédente montre que les différents régimes de responsabilité secondaire en France, en Allemagne et au Royaume-Uni conduisent à un traitement différent des intermédiaires dans des circonstances similaires. À cette situation complexe s'ajoute une difficulté supplémentaire tenant à la transposition nationale des normes européennes dont les répercussions vont être à présent étudiées.

Chapitre II L'acquis communautaire influençant les régimes de responsabilité secondaire

L'éventuelle responsabilité secondaire des intermédiaires se fonde sur un des régimes nationaux présentés ci-dessus et demeure jusqu'à présent non harmonisée. L'acquis communautaire se répercute cependant sur les régimes de responsabilité secondaire par deux voies : les exemptions de responsabilité d'une part (Section I) et les injonctions de l'autre (Section II).

Section I Le rôle des exemptions de responsabilité

La pertinence de la directive « *e-commerce* » pour certains intermédiaires s'explique par l'introduction de trois exemptions de responsabilité dans son chapitre 4 qui est intitulé « *Responsabilité des prestataires intermédiaires* ». Inspirées du *copyright* américain, ces exemptions de responsabilité avaient pour but de créer des espaces libres sans insécurité juridique pour encourager le développement de nouvelles formes de distribution en ligne.[159]

Les activités pour lesquelles ont été codifiées des exemptions de responsabilité se basent cependant sur l'état de la technique de la fin des années 1990. Or, l'Internet et les formes d'usages qui s'ensuivent n'avaient à l'époque que commencé leur développement. L'application des exemptions de responsabilité aux nouveaux modèles économiques des intermédiaires s'est alors avérée profondément difficile. Tant les difficultés de transposition de la directive « *e-commerce* » (1.) que les problèmes d'application (2.) en témoignent.

[159] Cons. 2 et 4 de la directive « *e-commerce* »; en ce qui concerne le « Digital Millenium Copyright Act » (DMCA) des Etats-Unis cf. H. HOFFMANN, *in Spindler/Schuster*, C.H.Beck, 3 éd., 2015, Vor §§ 7 ff. TMG, n° 3 ; M. WALTER, *in Europäisches Urheberrec*ht, Springer, 2002, Info-RL, n° 143.

1. Contenu et transposition des exemptions de responsabilité

25. **Conception européenne des exonérations.** Il ressort du libellé des articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* » que la directive présuppose la responsabilité des intermédiaires. Celle-ci demeure non harmonisée compte tenu de ses liens étroits avec le droit des délits et le droit pénal.[160] La directive « *e-commerce* » ne contient donc pas de régime de responsabilité des intermédiaires – contrairement à ce que laisserait supposer le titre du quatrième chapitre de la directive.[161] Le fondement de leur responsabilité découle tout au contraire des régimes nationaux. Les exonérations de responsabilité sont conçues comme écran de protection à toute responsabilité civile et pénale.[162] Elles constituent des filtres qui s'interposent à l'examen d'une éventuelle responsabilité de l'intermédiaire.[163] L'harmonisation des exonérations est totale afin d'éliminer justement les différences qui résultent des conceptions divergentes des régimes de responsabilité secondaire.[164] Les États Membres ne peuvent alors pas créer des conditions supplémentaires à l'application des exonérations de responsabilité.

26. **Conditions générales.** L'application des exemptions de responsabilité est subordonnée à trois conditions générales : l'intermédiaire doit fournir un service de la société de l'information, l'information en question doit provenir d'un tiers et l'activité de l'intermédiaire doit être purement passive.

Le service de la société de l'information est défini par l'article 1er § 2 de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE, comme « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* ».[165] Les États Membres restent cependant libres d'étendre l'applicabilité des exemptions au-delà, aux personnes privées n'agissant pas contre rémunération. L'Allemagne a fait usage de cette marge de manœuvre.[166]

---

[160] C. ANGELOPOULOS, « Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe », [2013] IPQ p. 253, spéc. p. 254 ; A. KUR, « Secondary Liability for Trademark Infringement on the Internet: The Situation in Germany and Throughout the EU », 37 Colum. J. L. & Arts (2014), p. 525 ; M. WALTER, *in Europäisches Urheberrecht*, Springer, 2002, Info-RL, n° 144 ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les conventions internationales s'abstiennent des questions de responsabilité, cf. M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2002, p. 509.

[161] J. MARLY, *in Grabitz/Hilf/Nettesheim [éd.]*, t. 4, C.H.Beck, 18 éd., 2001, A 4 Vorb. zu Abschnitt 4, n° 5 ; pour la reconnaissance d'un régime de responsabilité au sein de l'article 14 de la directive « *e-commerce* »: L. THOUMYRE, « Impact de l'arrêt Google Adwords », www.juriscom.net, 26 mars 2010, p. 1.

[162] Les exemptions de responsabilité diffèrent ici considérablement du DMCA américain, dont les *safe harbours* n'exonèrent que d'une responsabilité en matière de droit d'auteur ; cf. également P. VALCKE et E. DOMMERING, *in Castendyk/Dommering/Scheuer*, Wolters Kluwer, 2008, Part III, Directive 2000/31/EC, n° 50 ; J. FITZNER, « Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß? », GRUR Int. 2012, p. 109, spéc. p. 112 ; D. HOLZNAGEL, « Zur Providerhaftung – Notice and Take-Down in § 512 U.S. Copyright Act. », GRUR Int. 2007, p. 971, spéc. p. 979 ; d'autre avis C. ANGELOPOULOS, « Are Blocking Injunctions against ISPs Allowed in Europe? », GRUR Int. 2014, p. 1089, spéc. p. 1090, qui n'applique les exemptions uniquement aux demandes en dommages et intérêts.

[163] Les articles 12 à 14 ECRL sont alors considérés de pré-filtres, ce qui correspond également à une différence du DMCA, dont les « *safe habour* » n'empêchent que les conséquences de la responsabilité dans un deuxième temps, après affirmation des conditions de responsabilité, cf. J. FITZNER, « Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß? », GRUR Int. 2012, p. 109, spéc. p. 112 ; D. HOLZNAGEL, « Zur Providerhaftung - Notice and Take-Down in § 512 U.S. Copyright Act », GRUR Int. 2007, p. 971, spéc. p. 972 ; H. HOFFMANN, *in Spindler/Schuster*, C.H.Beck, 3 éd., 2015, Vor §§ 7 ff. TMG, n° 32 ; J. D. ROGGENKAMP et T. STADLER, *in jurisPK-Internetrecht*, Juris, 4 éd., 2014, chap. 10, n° 72.

[164] Cons. 6 et 40 de la directive « *e-commerce* ».

[165] Cf. article 2 sous a de la directive « *e-commerce* ».

[166] Article 2 phrase 1, 1° de la loi sur les télémédias; les personnes agissant à titre privé peuvent alors également se prévaloir de la protection des exonérations de responsabilité.

La directive « *e-commerce* » requiert de plus que le contenu illicite en cause soit le contenu d'un tiers.[167] Il va de soi qu'un intermédiaire saurait toujours être tenu responsable de ses propres informations.[168] Il en ressort que les exemptions de responsabilité ne visent qu'une éventuelle responsabilité secondaire de l'intermédiaire. Leur but n'est en rien de créer un vide juridique sur Internet où l'auteur direct d'une atteinte ne serait plus tenu responsable de ses propres faits.[169]

Dernière condition générale des exemptions de responsabilité et celle la plus difficile à déterminer : l'activité de l'intermédiaire doit être purement passive ou neutre envers le contenu illicite. C'est le cas tant que l'intermédiaire « *n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées* ».[170] La directive n'énonce toutefois pas le moment à partir duquel l'intermédiaire dépasserait un rôle purement passif. Il appartient aux magistrats nationaux de clarifier cette distinction. Il est alors peu étonnant que les questions préjudicielles se multiplient. La Cour de justice a pu préciser qu'un intermédiaire dépasse son rôle passif dès qu'il prête une assistance à ses utilisateurs dans l'établissement de mots-clés[171], dans l'optimisation de la présentation des offres à la vente en cause ou dans la promotion de ces offres.[172] La seule circonstance que le service en cause soit payant, qu'il fixe les modalités de rémunération, ou encore que l'intermédiaire donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de fonder un rôle actif.[173]

27. **Appropriation du contenu.** En ce qui concerne la deuxième condition des exemptions de responsabilité, la division entre informations propres et tierces a, en dépit de son besoin logique, suscité des questions et notamment celle de savoir si des informations à l'origine externes pouvaient se présenter comme des informations propres de l'intermédiaire pour lesquelles le recours aux exemptions de responsabilité serait exclu.

Selon la conception allemande, une information provenant d'un tiers peut devenir une information propre de l'intermédiaire. Les premiers arrêts le justifiaient par la simple tolérance du contenu illicite en cas d'octroi d'anonymat aux utilisateurs.[174] Le *Bundesgerichtshof* a ensuite clarifié sa position dans sa décision de principe « *marions-kochbuch.de* » estimant que l'appropriation d'un contenu pouvait transformer une information externe en une information propre. La condition est que l'intermédiaire donne l'impression – par la réalisation d'un contrôle éditorial, la représentation de son propre logo sur le contenu, la construction de son modèle économique principalement sur de tels contenus et le transfert des droits d'utilisation du contenu

[167] Cons. 42 et articles 12 § 1, 13 § 1, 14 § 1 de la directive « *e-commerce* ».
[168] J. MARLY, *in Grabitz/Hilf/Nettesheim* [éd.], t. 4, C.H.Beck, 18 éd., 2001, A 4 Vorb. zu Abschnitt 4, n° 2.
[169] L'avocat général M. SZPUNAR le reconnaît également, même s'il n'en tire pas les bonnes conclusions, cf. conclusions de l'AG M. SZPUNAR, aff. C-610/15, EU:C:2017:99, n° 68 – Ziggo BV : « *Si le prestataire intermédiaire ne remplit pas ces conditions, c'est-à-dire s'il avait connaissance de l'illégalité des informations stockées mais n'a pas agi afin de les retirer ou d'en rendre l'accès impossible, il peut être tenu* ***indirectement responsable*** *de ces informations.* » [souligné par l'auteur].
[170] Cons. 42 de la directive « *e-commerce* ».
[171] CJUE, aff. C-236/08 – C-238/08, EU:C:2010:159, Rec. 2010 I-02417, n° 118 – Google France et Google.
[172] CJUE, aff. C-324/09, EU:C:2011:474, Rec. 2001, I-6011, n° 116 – L'Oréal/eBay ; aff. C-291/13, EU:C:2014:2209, Rec. num. 2014, n° 44 – Papasavvas/O Fileleftheros Dimosia Etaireia.
[173] CJUE, aff. C-236/08 – C-238/08, EU:C:2010:159, Rec. 2010 I-02417, n° 116 – Google France et Google ; aff. C-291/13, EU:C:2014:2209, Rec. num. 2014, n° 42 – Papasavvas/O Fileleftheros Dimosia Etaireia.
[174] Ces arrêts concernaient la responsabilité d'un opérateur d'un livre d'or en ligne, cf. LG Trier, 4 O 106/00, MMR 2002, 694 (695) ; LG Düsseldorf, 2a O 312/01, juris, n° 34 ss. ; pour un exemple en droit d'auteur également reposant sur la tolérance de l'infraction cf. Hans. OLG, 5 U 224/06, ZUM 2009, 642, n° 55 – Pixum.

dans ses conditions générales de service – que les contenus proviennent de lui.[175] Les critères définis par la Cour fédérale s'entendent comme des indices d'une appropriation du contenu. Une évaluation au cas par cas demeure alors toujours nécessaire.

En ce qui concerne les différentes plateformes à contenu généré par les utilisateurs, comme notamment la plateforme *YouTube*, il est devenu un objectif principal des titulaires du droit d'auteur d'obtenir l'affirmation de l'appropriation du contenu par l'opérateur de la plateforme en Allemagne. À cette fin ils avançaient l'argument selon lequel l'opérateur de *YouTube* suggérait de vouloir assumer la responsabilité pour les vidéos publiées sur la plateforme. Ils alléguaient que *YouTube* procédait à un contrôle éditorial car la plateforme ne contenait aucun contenu considéré comme illicite pour des raisons pénales comme l'incitation à la haine raciale ou la pédopornographie. Les opérateurs de la plateformes devaient alors filtrer les contenus ce qui reviendrait à une activité éditoriale.[176] De plus, la plateforme effectuerait une structuration du site en l'organisant et en le classifiant par thèmes. Elle prédéterminerait elle-même des algorithmes qui proposent et montrent automatiquement des vidéos similaires à celles consommées et poursuiverait un intérêt personnel en ce qui concerne la valorisation économique des vidéos.

Alors que ces objections sont toutes légitimes, elles ne justifient néanmoins pas une appropriation du contenu par l'opérateur de *YouTube*.[177] Du point de vue d'une appréciation objective de toutes les circonstances, requise par le *Bundesgerichtshof*[178], *YouTube* ne donne pas l'impression de vouloir assumer la responsabilité du fait des vidéos sur sa plateforme. La catégorisation des vidéos et leur unification font partie du modèle opérationnel légitime de la plateforme et ne peuvent donc pas être alléguées contre son opérateur.[179] Le logo ne se trouve de surcroît pas sur la vidéo elle-même et n'identifie que la plateforme. Bien que la visibilité du nom de l'utilisateur ayant téléchargé la vidéo sur la plateforme en dessous de la vidéo reste modeste, cela suffit à exclure une appropriation du contenu par l'opérateur car le fonctionnement de la plateforme est bien connu.[180]

Étant donné les difficultés qu'a fait naître la notion d'appropriation du contenu, le *Bundesgerichtshof* a fait marche arrière dans un arrêt récent en incitant à la prudence dans l'interprétation de l'appropriation du contenu qui ne peut précipitamment être affirmée.[181] Le traitement restrictif de l'appropriation du contenu a fait périr cette notion, dont la jurisprudence ne

[175] BGH, I ZR 166/07, GRUR 2010, 616, n^{os} 25 ss. – marions-kochbuch.de ; également BGH, VI ZR 144/11, GRUR 2012, 751, n° 11 – RSS-Feeds ; LG Hamburg, 308 O 27/09, MMR 2010, 833 (834 s.) – YouTube.

[176] Les titulaires de droit avaient poursuivis cette argumentation, cf. Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 37 – YouTube ; LG München, 33 O 9639/14, GRUR-RS 2015, 12314, n° 10 – YouTube-Betreiber.

[177] OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n° 33 – Allegro barbaro ; d'autre avis M. HOHLWECK, « Eckpfeiler der mittelbaren Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern in der Rechtsprechung », ZUM 2017, p. 109, spéc. p. 113.

[178] BGH, I ZR 166/07, GRUR 2010, 616, n° 23 – marions-kochbuch.de ; cf. également LG Hamburg, 308 O 27/09, MMR 2010, 833 – YouTube.

[179] Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 180 – YouTube ; OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n° 38 – Allegro barbaro ; LG Hamburg, 310 O 461/10, MMR 2012, 404 (405) – GEMA ; P. CHRISTIANSEN, « Anmerkung zu LG Hamburg, Urt. v. 3.9.2010 – 308 O 27/09 – YouTube », MMR 2010, p. 835, qui remarque à juste titre que tout opérateur d'un magasin en ligne s'approprierait sinon le contenu ; la Cour régionale d'Hambourg l'avait encore méconnu en 2010, cf. LG Hamburg, 308 O 27/09, MMR 2010, 833 (834) – YouTube ; d'autre avis H. LUDYGA, « YouTube als Täter bei Urheberrechtsverletzungen durch Nutzer », ZUM 2016, p. 1013, spéc. p. 1017.

[180] LG Hamburg, 310 O 461/10, MMR 2012, 404 (405) – GEMA ; P. CHRISTIANSEN, « Anmerkung zu LG Hamburg, Urt. v. 3.9.2010 – 308 O 27/09 – YouTube », MMR 2010, p. 835 ; d'autre avis H. LUDYGA, « YouTube als Täter bei Urheberrechtsverletzungen durch Nutzer », ZUM 2016,p. 1013, spéc. p. 1017, qui estime l'affichage du nom comme étant trop petit.

[181] BGH, I ZR 94/13, NJW 2015, 3443, n° 42 – Hotelbewertungsportal ; VI ZR 144/11, GRUR 2012, 751, n° 11 – RSS-Feeds.

se sert plus. Par conséquent, seule l'information propre à l'intermédiaire exclut l'applicabilité des exonérations de responsabilité.

28. **Activités spécifiques.** Quand les trois conditions mentionnées ci-dessus sont réunies, l'intermédiaire est susceptible de profiter d'une exemption de responsabilité. Encore faut-il que son activité corresponde à une des trois activités particulières prévues aux articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* ». La directive « *e-commerc*e » harmonise trois exemptions de responsabilité : le simple transport (article 12), le « caching » (article 13) et l'hébergement (article 14). Elles ne visent pas certains intermédiaires en soi, comme le « fournisseur d'accès » ou « fournisseur d'hébergement », mais les activités auxquelles elles sont rattachées. Ceci apparaît adéquat en vue de l'exigence d'un certain comportement réprimé pour engager la responsabilité. L'exclusion de toute responsabilité doit alors également être rattachée à l'activité concrète de l'intermédiaire.

Le simple transport consiste en la fourniture d'un service qui transmet, sur un réseau de communication, des informations ou qui fournit un accès au réseau de communication et qui n'est ni à l'origine de la transmission, ni ne sélectionne le destinataire de cette transmission, ni ne sélectionne ou modifie les informations.[182] Ces critères assurent de manière supplémentaire que l'intermédiaire joue un rôle purement passif.[183] Le titulaire d'un accès à Internet WiFi peut également profiter de cette exemption.[184]

La forme de stockage dite « caching » correspond à la fourniture d'un service de transmission d'informations stockées à titre automatique, intermédiaire et temporaire dans le but de rendre plus efficace cette transmission.[185] C'est donc l'activité de copier, de manière temporaire, certaines informations souvent accédées afin de rendre leur accès plus efficace.[186] Il s'agit alors d'une reproduction temporaire de l'information.[187] L'exonération de responsabilité n'est cependant applicable qu'à condition que les cinq critères codifiés à l'article 13 § 1 de la directive « *e-commerce* » soient présents, ce qui assure de nouveau la passivité de l'intermédiaire. Le prestataire ne peut donc pas avoir modifié l'information (sous a), il doit se conformer aux conditions d'accès à l'information (sous b), et aux règles concernant la mise à jour de l'information (sous c) et ne peut pas entraver l'utilisation licite de la technologie largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information (sous d). De plus, le prestataire doit agir promptement pour retirer l'information stockée dès qu'il a effectivement connaissance de son illicéité qui a mené à son retrait du réseau (sous e).

---

[182] Article 12 § 1 de la directive « *e-commerce* ».

[183] M. WALTER, in : Walter [éd.], Europäisches Urheberrecht, Info-RL, n° 146; J. MARLY, *in Grabitz/Hilf/Nettesheim [éd.],* t. 4, C.H.Beck, 18 éd., 2001, A 4, article 12, n° 4.

[184] CJUE, aff. C-484/14, EU:C:2016:689, Rec. num. 2016, n° 43 – McFadden.

[185] Article 13 § 1 de la directive « *e-commerce* ».

[186] Pour un aperçu des différentes activités des serveurs « proxy-cache » ou « miroir » cf. J. D. ROGGENKAMP et T. STADLER, in : jurisPK-Internetrecht, chap. 10, n^{os} 193 ss.

[187] J. MARLY, *in Grabitz/Hilf/Nettesheim [éd.]*, t. 4, C.H.Beck, 18 éd., 2001, A 4, article 13, n^{os} 3 s. ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est observé que l'activité de « caching » représente soit une fourniture d'accès, soit un stockage et serait donc déjà couverte par les deux autres exonérations de responsabilité, cf. L. GRYNBAUM, « LCEN. Une immunité relative des prestataires de services Internet », CCE 2004/9, étude 28, p. 36, n° 7.

La dernière activité concernée est celle d'« hébergement ». Elle consiste en un stockage permanent d'informations fournies par un destinataire du service.[188] L'hébergeur n'est toutefois exonéré de toute responsabilité que dans l'hypothèse où il n'a pas effectivement connaissance de l'information illicite (article 14 § 1 sous a de la directive « *e-commerce* ») ou, dès le moment où il a une telle connaissance, il agit promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible (article 14 § 1 sous b de la directive « *e-commerce* »).

L'harmonisation par la directive « *e-commerce* » n'exclut pas l'introduction d'exemptions de responsabilité supplémentaires tels que des exemptions pour la fourniture de liens hypertextes ou l'opération de moteurs de recherche.[189] L'interprétation historique s'oppose toutefois à l'application des exemptions existantes par analogie.[190] Ni la France, ni l'Allemagne ni le Royaume-Uni n'ont fait usage de leur marge de manœuvre en ce qui concerne l'instauration d'un privilège de responsabilité pour fourniture de liens hypertextes ou opération d'un moteur de recherche.

29. **Transpositions nationales.** La transposition des exemptions de responsabilité en droit national ne posait pas de problème. Les exonérations se trouvent aux articles 6-I-1 et 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique et L. 32-3-3 s. du Code des postes et des communications éléctroniques[191] en France, aux sections 17 à 19 de la loi sur le commerce éléctronique[192] au Royaume-Uni et aux articles 8 à 10 de la loi sur les télémédias en Allemagne. Généralement, les normes nationales reprennent le libellé de la directive et doivent être interprétées à sa lumière.

Des problèmes de transposition se sont toutefois posés en Allemagne, où le législateur a réformé les exemptions de responsabilité récemment en vue d'augmenter la sécurité juridique pour les titulaires d'accès à Internet WiFi.[193] Jusqu'à présent, la jurisprudence refusait l'application de l'exemption de responsabilité du fournisseur d'accès à un titulaire d'accès à Internet WiFi et lui imposait des obligations considérables dont la violation entraînait sa responsabilité de nuisance.[194]

---

[188] B. BEIGNIER/B. DE LAMY/E. DREYER, « Traité de droit de la presse et des médias », p. 1138 ; L. THOUMYRE, « La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet », LDMC, 15 novembre 2009, étude 464, n° 464-18.

[189] J. MARLY, *in Grabitz/Hilf/Nettesheim [éd.]*, t. 4, C.H.Beck, 18 éd., 2001, A 4 Vorb. zu Abschnitt 4, n^{os} 8 s. ; G. SPINDLER, *in Gounalakis*, C.H.Beck, 2003, § 9, n^{os} 205 s.

[190] Pour les moteurs de recherche : A.-S. HOLLENDERS, *Mittelbare Verantwortlichkeit*, Nomos, 2012, p. 120 s. ; S. OTT, « Bildersuchmaschinen und Urheberrecht. Sind Thumbnails unerlässlich, sozial nützlich, aber rechtswidrig? », ZUM 2009, p. 345, spéc. p. 351 ; M. SCHAEFER, « Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords - Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse », MMR 2005, p. 807, spéc. p. 809 ; G. SPINDLER, *in Spindler/Schmitz*, C.H.Beck, 2 éd., 2018, Vor §§ 7 – 10 TMG, n° 84 ; « Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht », GRUR 2010, p. 785, spéc. p. 792 ; T. STADLER, *Haftung für Informationen im Internet*, Erich Schmidt, 2 éd., 2005, p. 119, 287 ss.; pour les liens hypertexes cf. M. GERCKE, « Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Hyperlinks », CR 2006, p. 844, spéc. p. 847 s. ; d'autre avis J. WIMMERS, « Leistungsschutzrecht im Leerlauf? », CR 2012, p. 663, spéc. p. 667 à 669.

[191] « CPCE ».

[192] « *Electronic Commerce (EC-Directive) Regulations 2002* » (EC-Regs.).

[193] BT-Drs. 18/6745, p. 1. Au niveau international, l'Allemagne reste à la traine en ce qui concerne l'existence étendue de réseaux WiFi dit « ouvert », donc des points d'accès à Internet public. Le but de la réforme était alors justement de faciliter la construction d'une infrastructure étendue de l'Internet en Allemagne en évitant des risques de responsabilité.

[194] Cf. l'enquête de l'Association allemande de l'industrie Internet (Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V.), Verbreitung und Nutzbarkeit von WLAN, p 9 s. ; le *Bundesgerichtshof* examinait malheureusement l'applicabilité de l'article 10 de la loi sur les télémédias, qu'il infirma, cf. BGH, I ZR 121/08, BGHZ 185, 330 = GRUR 2010, 633, n° 24 – Sommer unseres Lebens ; cf. R. MANTZ et T. SASSENBERG, « Die Neuregelung der Störerhaftung für öffentliche WLANs – Eine Analyse des TMG-RefE v. 11.3.2015 », CR 2015, p. 298 ; G. SPINDLER, « Die geplante Reform der Providerhaftung im TMG und ihre Vereinbarkeit mit Europäischem Recht », CR 2016, p. 48 ; d'autre avis G. BORGES, « Die Haftung des Internetanschlussinhabers für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte », NJW 2014, p. 2305, spéc.

Désormais, le nouvel article 8 § 3 de la loi sur les télémédias, instauré par la deuxième loi de réforme de la loi sur les télémédias[195], précise alors que le titulaire d'un réseau WiFi est bien un fournisseur d'accès.[196] Cette clarification est bienvenue.[197]

Un problème résultant de cette réforme résidait cependant dans le fait que le législateur allemand la fondait sur les conclusions de l'avocat général SZPUNAR dans l'affaire *McFadden*.[198] Or, quelques mois après son entrée en vigueur, la Cour de justice a rendu son arrêt qui s'écarte fortement des propositions de l'avocat général. Le législateur allemand s'est alors trouvé contraint à une troisième réforme de la loi sur les télémédias une année plus tard.[199] Toujours dans le but d'améliorer la distribution des réseaux publics, il instaura alors l'article 8 § 4 de la loi sur les télémédias qui ôte tant la sécurisation du réseau par collecte de donnés ou l'instauration d'un mot de passe, que la cessation totale d'opération du réseau des possibles ordonnances que pourraient prononcer les autorités administratives.[200] Comme il a été démontré, il apparaît alors que cette réforme a également réduit les obligations à la charge des titulaires d'accès à Internet WiFi qui ne peuvent plus être forcés de sécuriser leur réseau par mot de passe.[201]

2. L'application byzantine des exemptions de responsabilité : la distinction obsolète entre hébergeur et éditeur

30. **Refus d'application par le *Bundesgerichtshof*.** Si la transposition des exemptions de responsabilité n'a pas suscité de problèmes – les dévelopements récents en Allemagne écartés – il n'en va pas de même pour leur application. La raison se trouve dans le rattachement des exemptions de responsabilité à certaines activités intermédiaires conçues à la fin des années 1990 et le manque total de définition au sein de la directive.

Le *Bundesgerichtshof* s'en sort de manière précipitée en refusant l'application des exemptions de responsabilité dans le cadre de la *Störerhaftung*.[202] Il fonde son raisonnement sur le

---

p. 2310, qui sous-entend une réduction téléologique de l'article 8 de la loi sur les télémédias pour les titulaires d'accès WiFi privés ; cf. également supra n° 24.

[195] La deuxième loi modificative de la loi sur les télémédias fut adoptée par le Bundestag le 2 juin 2016 (BT-Drs. 18/6745 et 18/8645) et acceptée par le Bundesrat (Conseil fédéral) le 17 juin 2016 (BR-Drs. 309/16). Elle entra en vigueur le 27 juillet 2016, BGBl. 2016, I p. 1766.

[196] En ce qui concerne le nouvel article 8 § 3 de la loi sur les télémédias cf. R. MANTZ et T. SASSENBERG, « Die Neuregelung der Störerhaftung für öffentliche WLANs – Eine Analyse des TMG-RefE v. 11.3.2015 », CR 2015, p. 298 ; V. MÜLLER et D.-K. KIPKER, « Der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes », MMR 2016, p. 87 ; G. SPINDLER, « Die geplante Reform der Providerhaftung im TMG und ihre Vereinbarkeit mit Europäischem Recht », CR 2016, p. 48 ; C. WOITKEWITSCH, « Schadensersatz wegen illegaler Teilnahme an Internettauschbörsen », MDR 2016, p. 1117, spéc. p. 1122.

[197] Cf. BT-Drs. 18/6745, p. 10 ; H. HOFFMANN, *in Spindler/Schuster*, C.H.Beck, 3 éd., 2015, § 8 TMG, n° 17 ; U. SIEBER et F. M. HÖFINGER, *in Hoeren/Sieber/Holznagel*, C.H.Beck, 42 éd., 2015, Partie 18.1, n^{os} 62 ss. ; pour une qualification détaillée des activités des intermédiaires selon l'article 8 de la loi sur les télémédias cf. J. D. ROGGENKAMP et T. STADLER, *in jurisPK-Internetrecht*, Juris, 4 éd., 2014, chap. 10, n^{os} 132 ss.

[198] Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR, aff. C-484/14, EU:C:2016:170 – McFadden.

[199] Troisième loi modificative de la loi sur les télémédias, BGBl. 2017 I Nr. 67 du 12 octobre 2017 ; BT-Drs. 18/12202, p. 9.

[200] La portée des mesures que peuvent ordonner les magistrats n'est pourtant pas touchées par la norme, cf. la proposition du Bundesrat BR-Drs. 276/17, p. 3 qui fut rejetée par le Bundestag BT-Drs. 18/12496, p. 5 ; d'autre avis R. MANTZ, « Die (neue) Haftung des (WLAN-)Access-Providers nach § 8 TMG », GRUR 2017, p. 969 ; G. SPINDLER, in: Spindler/Schmitz, § 8 TMG, n° 31 ; NJW 2017, p. 2305, spéc. p. 2308 s.

[201] Cf. supra n° 24.

[202] BGH, VI ZR 101/06, GRUR 2007, 724, n° 7 – Meinungsforum ; I ZR 35/04, BGHZ 172, 119 = GRUR 2007, 708, n° 19 – Internet-Versteigerung II ; I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 = GRUR 2004, 860 (862) – Internet-Versteigerung I ; favorable à l'opinion du *Bundesgerichtshof* H. HOFFMANN, *in Spindler/Schuster*, C.H.Beck, 3 éd., 2015, § 7 TMG,

fait que la *Störerhaftung* est limitée à la cessation ou l'omission du trouble.[203] Cela reviendrait, selon le *Bundesgerichtshof*, à une injonction en cessation qui, selon les articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* » et la première phrase de l'article 7 § 3 de la loi sur les télémédias peut être prononcée même en cas d'application d'une exemption de responsabilité.[204]

Le *Bundesgerichtshof* témoigne ici d'une incompréhension néfaste des articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* ». Il confond les deux axes de la *Störerhaftung* : la répression délictuelle d'une violation d'une obligation de contrôle d'un côté et la transposition d'une base légale du régime des injonctions de l'autre.[205] Le simple fait que la *Störerhaftung* transpose aussi l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » ne change pourtant pas le fait qu'il s'agit du côté délictuel d'un régime de responsabilité qui appréhende toute violation aux obligations de contrôle causale à l'atteinte primaire.[206] Dans les cas où la jurisprudence allemande utilise la *Störerhaftung* en tant que responsabilité délictuelle, elle devrait alors appliquer les exemptions de responsabilité. La *Störerhaftung* devrait conséquemment voir son champ d'application réduit par les exemptions de responsabilité. Le législateur allemand l'a également précisé dans le cadre des réformes récentes au sein de l'article 8 § 1 de la loi sur les télémédias qui ne vaut cependant que pour les fournisseurs d'accès.

Le *Bundesgerichtshof* s'est récemment montré ouvert à cette critique. Il refuse, certes, toujours l'application des exemptions de responsabilité dans le cadre de la *Störerhaftung* dans un premier temps. Il vérifie cependant dans un deuxième temps si les résultats obtenus par la *Störerhaftung*, notamment l'obligation de contrôle précise en l'espèce, seraient contraires aux articles 14 et 15 de la directive « *e-commerce* ».[207]

31. **L'hébergeur, enfant terrible.** Alors que l'application des deux autres exonérations ne posait pas de problèmes au Royaume-Uni et en France, peut être pour des raisons de pertinence, l'application du *safe harbour* du fournisseur d'hébergement aux nouvelles plateformes à contenu généré par les utilisateurs posa d'énormes difficultés en l'absence de toute définition précise du « stockage », et ce, surtout en France. Compte tenu de la conséquence d'exonération de toute responsabilité civile et pénale conçue comme beaucoup trop vaste à l'égard de certaines plateformes à contenu généré par les utilisateurs qui se prévalaient de l'article 14 de la directive « *e-commerce* », la jurisprudence française est entrée dans une distinction complexe et pas toujours

---

n^os^ 37 s. ; J.-B. NORDEMANN, « Haftung von Providern im Urheberrecht », GRUR 2011, p. 977 ; M. LEISTNER et K. GRISSE, « Sperrverfügungen gegen Access-Provider im Rahmen der Störerhaftung (Teil 1). », GRUR 2015, p. 19 ; E. I. OBERGFELL, *in Ulmer-Eilfort/Obergfell Verlagsrecht*, C.H.Beck, 2013, F, n° 250 ; U. SIEBER et F. M. HÖFINGER, *in Hoeren/Sieber/Holznagel*, C.H.Beck, 42 éd., 2015, Partie 18.1, n^os^ 49 ss. ; G. SPINDLER, « Zivilrechtliche Sperrverfügungen gegen Access Provider nach dem EuGH-Urteil „UPC Telekabel" », GRUR 2014, p. 826 ; A. WALTER, *Störerhaftung*, Lang, 2011, p. 206 s.

[203] Cf. supra n° 17.

[204] En ce qui concerne le régime des injonctions cf. infra n^os^ 38 ss.

[205] Cf. à ce sujet infra n° 41 et n° 44.

[206] En ce qui concerne la transposition de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » cf. infra n^os^ 41 ss.

[207] BGH, I ZR 53/17, GRUR 2018, 1239, n^os^ 37 ss. – Uploaded ; I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132, n^os^ 46 ss. – YouTube ; I ZR 94/13, NJW 2015, 3443, n^os^ 30 ss. – Hotelbewertungsportal ; I ZR 18/11, BGHZ 194, 339 = GRUR 2013, 370, n^os^ 23, 28 – Alone in the Dark ; I ZR 57/09, BGHZ 191, 19 = GRUR 2011, 1038, n^os^ 22 ss. – Stiftparfüm ; cf. également A. OHLY, « Die Haftung von Internet-Dienstleistern für die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten », GRUR 2017, p. 441, spéc. p. 449 ; « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 312.

cohérente entre hébergeur et éditeur.[208] L'idée était simple : celui qui est éditeur n'est pas hébergeur et ne peut donc pas profiter de l'exemption de responsabilité.

32. **Organisation du site.** Trois jugements du Tribunal de grande instance de Nanterre ont développé les premiers critères de délimitation entre hébergeur et éditeur.[209] Ils concernaient l'action contre les opérateurs de sites Internet ayant fait utilisation du système de flux RSS afin d'abonner le site « www.gala.fr », sur lequel étaient apparus des contenus diffamants. Alors que le site utilisant un flux RSS n'a pas de contrôle sur le contenu précis abonné, les magistrats ont tout de même affirmé le statut d'éditeur des opérateurs des sites web. Les magistrats ont précisé que l'exploitant d'un site Internet qui choisit les critères selon lesquels sont abonnés des flux RSS et qui les affiche ensuite dans des cadres prédéterminés, qui classe les contenus sur son site et met à dispositions des internautes des moteurs de recherche afin de faciliter le repère des contenus et qui, de surcroît, se finance par la publicité publiée sur son site, effectue une activité éditoriale.[210] Ce fut alors notamment l'idée du choix et de l'organisation précise du site qui justifiait la qualification en tant qu'activité éditoriale.[211]

33. **Contrôle du contenu.** Cette conception de la notion de « stockage » extrêmement restreinte était cependant insoutenable à la lumière de la directive « *e-commerce* » qui s'appuie sur la possibilité de contrôle du contenu.[212] Le Tribunal de grande instance de Nanterre a donc corrigé sa jurisprudence et montré une compréhension correcte de l'article 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique en soulignant qu'un choix éditorial exige un contrôle sur le contenu lui-même. L'opérateur d'un site web qui abonne des contenus tiers par le biais de flux RSS agit alors en tant qu'hébergeur.[213] Une partie de la jurisprudence a suivi ce raisonnement.[214] C'est à juste titre que le contrôle éditorial présuppose le contrôle du contenu lui même – et non pas celui de l'organisation du site web.[215]

---

[208] Le ressentiment de l'exonération de responsabilité du fournisseur d'hébergement comme étant trop vaste remonte à la situation légale avant la directive « *e-commerce* » où un fournisseur d'hébergement ne pouvait être tenu responsable qu'en cas de violation d'une injonction judiciaire, article 43-8 Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 1er octobre 1986, p. 11755 ; cf. L. THOUMYRE, « La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet », LDMC, 15 novembre 2009, étude 464, n° 464-71.

[209] TGI Nanterre, ord. ref., n° 08-00357, D. 2008, p. 778 – Olivier Dahan/Éric Duperrin ; ord. réf., legalis.net – Olivier Dahan/Planete Soft; ord. réf., legalis.net – Olivier Dahan/Aadsoft Com.

[210] En ce qui concerne la plateforme « MySpace » cf. TGI Paris, ord. ref., n°07/55081, 22 juin 2007, CCE 2007/12, comm. 143, note Caron – Lafesse/Myspace ; pour l'opérateur de blogs « Tiscali » cf. CA Paris, 7 juin 2006, Tiscali Média/Dargaud Lombard et Lucky Comics.

[211] C. MANARA, « RSS et responsabilité(s) », Dalloz actualité, 6 mars 2008 ; « Site internet : flux rss et responabilité », D. 2008, p. 778 ; J. TAÏEB, « Prestataires techniques de l'internet : le sens des responsabilités », 19 mars 2008, p. 2.

[212] B. BEIGNIER et B. DE LAMY et E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, p. 1138 s.

[213] TGI Nanterre, n° 08/05405, D. 2010, p. 946 – Olivier Dahan/Wikio ; également CA Paris, n° 07/14097, 6 mai 2009 – DailyMotion/Nord-Ouest Productions.

[214] Pour eBay: CA Paris, n° 07/09675, 9 novembre 2007, RLDI 2007/23, n° 1088, p. 64 – eBay/DWC ; pour Google Vidéo : TGI Paris, n° 06/11874, 19 octobre 2007, JurisData n° 2007-344344 = CCE 2007/12, comm. 143 – Zadig Productions/Google ; pour Dailymotion : CA Paris, n° 07/14097, 6 mai 2009 – Dailymotion/Nord-Ouest Productions ; pour YouTube : TGI Paris, n° 13/09290, 29 janvier 2015, PI 2015, n° 55, 202, obs. Bernault – KARE Productions/YouTube ; n° 07/14171, 10 juillet 2009, RLDI 2009/52, n° 1723, obs. L. Costes – Bayard Presse/YouTube ; pour la plateforme « Blogger » opérée par Google : CA Paris, n° 07/10036, 12 décembre 2007, RLDI 2008/34, n° 1149, p. 47 – Google/Benetton Group ; pour l'opérateur d'un forum de discussion sans modération a priori : CA Versailles, n° 07/01120, 12 décembre 2007, RLDI 2008/34, n° 1148, p. 45, obs. A. Saint Martin – Les arnaques.com/Éditions régionales de France.

[215] L. THOUMYRE, « La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet », LDMC, 15 novembre 2009, étude 464, n° 464-19 ; contre la pertinence du caractère commercial de l'activité C. BERNAULT, « Diffusion non autorisée de vidéos sur une plate-forme en ligne », PI 2015, n° 54, p. 73.

34. **Espaces publicitaires.** Alors que la jurisprudence française avait déterminé le critère de distinction assez tôt, elle témoigna tout de même de difficultés considérables de classer des divers sites à contenu généré par les utilisateurs en tant qu'hébergeur ou éditeur. La Cour de cassation a contribué au trouble par son arrêt « *Tiscali* ». Elle y affirme le statut d'éditeur d'un opérateur d'une plateforme qui permet la création de sites web et l'utilisation d'espaces publicitaire qu'il gère pour ses utilisateurs.[216] La mise à disposition d'espaces publicitaires n'induit cependant aucunement un contrôle sur le contenu posté par l'internaute sur son site web.[217] Dans un revirement jurisprudentiel non nommé en tant que tel un an plus tard, la Cour de cassation retourne alors à une interprétation du stockage à la lumière de la directive « *e-commerce* » en indiquant que le seul fait de mettre à disposition des utilisateurs un service rendant possible la valorisation d'espaces publicitaires n'entraîne pas de contrôle éditorial.[218]

Les arrêts se multiplient depuis, ils s'appuient sur un contrôle du contenu lui-même. *YouTube*[219], *eBay*[220], *Dailymotion*[221], *Google Vidéo*[222], des forums de discussion sans contrôle *a priori*[223] ont à la suite tous été qualifié d'hébergeurs pour des raisons de manque de contrôle du contenu.

35. Difficultés d'appréciation *in concreto*. L'appréciation du fonctionnement d'une plateforme et l'évaluation si tel fonctionnement induit un contrôle du contenu dépend toutefois de chaque cas particulier.[224] Alors que le critère pertinent en ce qui concerne la distinction entre hébergeur et éditeur fut trouvé en conformité avec l'article 14 de la directive « *e-commerce* » dans le contrôle du contenu, l'application de cette condition s'est avérée aussi difficile que son élaboration.

---

[216] Cass. civ. 1re, n° 06-18.855, 14 janvier 2010, D. 2010. 260, obs. C. Manara – Tiscali.

[217] Critiqué par C. CASTETS-RENARD, « Revirement de l'arrêt *Tiscali* et conformation de la qualité d'hébergeur pour DailyMotion », RLDI 2011/69, n° 2258, p. 10 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4 éd., 2012, p. 907 ; C. MANARA, « Hébergement de contenus : une décision critiquable ! », D. 2010, p. 260.

[218] Cass. civ. 1re, n° 09-67.896, 17 février 2011, RLDI, 2011/69, n° 2281, p. 46, obs. Costes – Nord-Ouest films/Dailymotion, dit « *Joyeux Noël* » ; précédemment CA Paris, n° 2008/08604, 14 avril 2010, RLDI 2010/62, n° 2034 – Omar S., Fred T./Dailymotion ; TGI Paris, n° 07/05198, 13 juillet 2007 – Christian X. et Nord-Ouest Production/Dailymotion.

[219] TGI Créteil, n° 06/12815, 14 décembre 2010, RLDI 2011/67, n° 2194, p. 21 s., obs. Costes – INA/YouTube ; TGI Paris, n° 07/14171, 10 juillet 2009, RLDI 2009/52, n° 1723, p. 47 – 48, obs. Costes – Bayard Presse/YouTube.

[220] CA Paris, n° 10/00878, 4 avril 2012, RLDI 2012/82, n° 2754, obs. Trommeter – Groupement des brocanteurs de Saleya/eBay.

[221] CA Paris, n° 13/08052, 2 décembre 2014, RLDI 2015/111, n° 3658, obs. Costes – TF1/Dailymotion ; n° 09/12236, 13 octobre 2010, RLDI 2010/66, n° 2178 – Roland M./Dailymotion ; n° 2008/08604, 14 avril 2010, RLDI 2010/62, n° 2034 – Omar S., Fred T./Dailymotion ; n° 07/14097, 6 mai 2009 – Dailymotion/Nord-Ouest-Production ; TGI Paris, n° 09/08902, 3 juin 2011, RLDI 2011/73, n° 2429, obs. Costes – N.B./Dailymotion ; n° 07/05198, 13 juillet 2007 – Christian X. et Nord-Ouest Production/Dailymotion.

[222] CA Paris, n° 09/11737, 14 janvier 2011 – Google/Compagnie des phares et balises ; n° 09/11779, 14 janvier 2011 – Google/Bac Films et The Factory ; n° 09/11729, 14 janvier 2011 – Google/Bac Films ; TGI Paris, n° 08/03717, 24 juin 2009 – Lafesse/Google.

[223] CA Versailles, n° 07/01120, 12 décembre 2007, RLDI 2008/34, n° 1148, p. 45, obs. Saint Martin – Les arnaques.com/Éditions régionales de France.

[224] « *Considérant ceci rappelé, qu'il importe de restituer la nature exacte des prestations que les appelantes offrent sur leur site avant de déterminer si elles sont compatibles avec la qualification d'hébergeur* ; » CA Paris, n° 08/12820, 3 septembre 2010, RLDI 2010/64, n° 2121, obs. Costes – eBay/Louis Vuitton; également C. MANARA, « Responsabilité des hébergeurs : l'affaire est-elle dans le sac ? », D. 2012, p. 1261.

La cacophonie jurisprudentielle concernant la plateforme *eBay* en est un exemple. Une seule et même cour, la Cour d'appel de Paris, l'a qualifié d'hébergeur dans une affaire[225], d'éditeur dans d'autres[226]. La plateforme n'a pourtant pas changé son fonctionnement entre-temps. On pourrait alors écarter une même appréciation en raison des différentes matières de droit concernées : les arrêts de 2010 sont rendus en droit des marques ; l'affaire de 2012 concernait la concurrence déloyale.[227] Ceci méconnait pourtant que la question principale qui se posait, celle de savoir si la plateforme pouvait se prévaloir de la protection de l'article 14 de la directive « *e-commerce* », est entièrement détachée de la branche de droit applicable. Il n'est donc pas surprenant que les titulaires de droit, dans ces différentes affaires, arguaient que la plateforme assumait un rôle actif en favorisant les transactions, en incitant à l'acquisition par envoi de messages proposant des produits similaires et en structurant le site par la mise à disposition d'outils de classification des contenus. La Cour d'appel de Paris suit ce raisonnement en 2010 et qualifie l'activité d'eBay comme étant celle d'un courtier qui ne peut pas revendiquer l'application de l'article 14 de la directive « *e-commerce* ».[228] Elle le rejette deux ans plus tard en considérant que l'exploitation commerciale et l'organisation du site qui se déroulent de manière entièrement automatisée ne peuvent priver le site de la protection de l'article 14 de la directive « *e-commerce* ».[229] Quelques semaines après le prononcé de cet arrêt, la Cour de cassation a en revanche partagé le raisonnement selon lequel eBay ne pouvait pas être qualifié d'hébergeur en confirmant les arrêts de la Cour d'appel de Paris de 2010.[230]

36. **Exclusivité de la notion d'hébergeur ?** Le cafouillage jurisprudentiel ne s'arrête pas ici. On trouve également des arrêts qui qualifient un intermédiaire à la fois comme hébergeur et

---

[225] CA Paris, n° 10/00878, 4 avril 2012, RLDI 2012/82, n° 2754, obs. Trommeter – Groupement des brocanteurs de Saleya/eBay.

[226] CA Paris, n° 08/12820, 3 septembre 2010, D. 2010, 1997 – eBay/Louis Vuitton ; n° 08/12821, 3 septembre 2010, RLDI 2010/64, n° 2121, obs. Costes – eBay/Christian Dior ; n° 08/12822, 3 septembre 2010, RLDI 2010/64, n° 2121, obs. Costes – eBay/Parfums Christian Dior ; dans une affaire pénale CA Paris, n° 11/00746, 23 janvier 2012 – eBay/Burberry.

[227] M. TROMMETER, « eBay concour à la lutte contre le paracommercialisme et bénéficie du statut d'hébergeur » RLDI 2012/82, n° 2754, p. 44.

[228] « [...] *leur rôle ne se limite donc pas à classer et à faciliter la lisibilité des offres et des demandes mais consiste à les promouvoir activement et à les orienter pour optimiser les chances qu'elles aboutissent à des transactions effectives sur le montant desquelles elles percevront une commission; qu'ainsi l'hébergement des annonces placées par les utilisateurs est le moyen technique préalable, nécessaire à l'activité de vente à distance par voie électronique; qu'il n'a pas d'autre objet; […]Considérant qu'il suit que le rôle joué par les sociétés eBay n'est pas celui d'un prestataire dont le comportement serait purement technique, automatique et passif et qui, partant, n'aurait pas la connaissance ou le contrôle des données qu'il stocke, pour reprendre les termes de l'arrêt de la CJUE du 23 mars 2010 et du 42° considérant de la directive 2001/31;* », CA Paris, n° 08/12820, 3 septembre 2010, RLDI 2010/64, n° 2121, obs. Costes – eBay/Louis Vuitton.

[229] « […] *le fait de structurer le site et de mettre à disposition des outils de classification des contenus ne saurait priver le site de la protection d'un service d'hébergement alors que ces prestations d'optimisation de présentation des annonces si elles concourent à la promotion des offres de vente en facilitant la lisibilité des annonces, n'en demeurent pas moins automatisées et sans indice sur leur contenu, mais s'avèrent justifiées par la nécessité, en cohérence avec la fonction de prestataire technique, de rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès aux utilisateurs sans pour autant leur commander un quelconque choix en particulier quant au contenu qu'ils entendent mettre en ligne; […] aucun élément ne démontre que les intimées auraient un rôle actif de nature à leur conférer une connaissance ou un contrôle des annonces stockées mises en ligne par les vendeurs, étant observé que le fait de fixer les modalités de son service et de vouloir vérifier la situation d'un vendeur professionnel en lui demandant de fournir des éléments sur ce point ne saurait relever d'un acte d'édition* [...] », CA Paris, n° 10/00878, 4 avril 2012, RLDI 2012/82, n° 2754, obs. Trommeter – Groupement des brocanteurs de Saleya/eBay.

[230] Cass. com., n° 11-10.505, 3 mai 2012, RLDI 2012/82, n° 2751, p. 41, obs. Costes – eBay/Louis Vuitton ; n° 11-10.507, 3 mai 2012 – eBay/Christian Dior ; n° 11-10.508, 3 mai 2012, D. 2012, 1261, obs. Manara – eBay/Christian Dior.

éditeur.[231] Il va de soi que les plateformes qualifiées d'éditeur effectuent également un stockage de contenu. Si l'on entend la notion d'hébergeur en tant que qualification juridique ne contenant strictement que les activités normées au sein de l'article 14 de la directive « *e-commerce* », on ne peut cependant considérer que les notions d'hébergeur et d'éditeur coexistent.[232] Soit l'intermédiaire n'exerce qu'une activité de stockage et peut être qualifié d'hébergeur au sens de l'article 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, soit il la dépasse en effectuant un contrôle éditorial.[233] Ceci n'empêche toutefois pas qu'un intermédiaire propose différents services à la fois qui doivent alors être strictement distingués les uns des autres.[234] On ne saurait cependant pas « *artificiellement démembrer* »[235] l'activité d'une seule plateforme en une activité de stockage et une activité d'édition. Dans ces cas, il est impossible de scinder la notion d'hébergeur. L'opérateur de la plateforme peut soit être qualifié d'hébergeur dans son ensemble, soit d'éditeur.

37. **Évaluation.** Les apports jurisprudentiels dont l'analyse précédente donne un aperçu montrent une importante difficulté quant à l'application de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » en France. Ces difficultés ont à leur origine non pas la délimitation entre hébergeur et éditeur qui est, en y regardant de plus près, complètement obsolète. Ils proviennent d'une application pure et simple d'un article 14 de la directive « *e-commerce* » caduc face aux nouvelles technologies.[236] Soit l'intermédiaire profite alors de l'exonération de responsabilité, soit il dépasse l'activité de simple stockage et demeure responsable du fait des contenus postés par ses utilisateurs.

Section II Les injonctions de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* »

Les exemptions de responsabilité, prévoyant des cas spécifiques dans lesquels un intermédiaire ne peut être tenu responsable des faits commis par ses utilisateurs, influencent évidemment le champ d'application des régimes de responsabilité secondaire nationaux. L'acquis communautaire exige, de plus, que les États membres prévoient la possibilité d'obtenir des injonctions à l'encontre des intermédiaires dont le service est utilisé à des fins illicites. Ce principe, détaché des régimes de responsabilité (1.), a pourtant influencé les ordres juridiques nationaux en ce qui concerne la responsabilité secondaire des intermédiaires. Ceci devient évident à l'examen du maniement des ordonnances de blocage (2).

---

[231] Cass. civ. 1re, n° 06-18.855, 14 janvier 2010, D. 2010, p. 260, obs. C. Manara – Tiscali.

[232] A. ASTAIX, « Contenus protégés : Dailymotion n'est pas un contrefacteur », D. 2009, p. 1410 ; d'autre avis A. SAINT MARTIN, « Proposition d'une « responsabilité raisonnable » pour le Web 2.0 », RLDI 2007/32, n° 1070, p. 32, spéc. p. 35 ; B. VANDEVELDE, « Responsabilité des plates-formes de vidéos en ligne », RLDI 2012/88, n° 2948, p. 40.

[233] T. AZZI, « La responsabilité des nouvelles plates-formes : éditeurs, hébergeurs ou autre voie ? », *in Contrefaçon sur internet*, LexisNexis, 2009, p. 59, spéc. p. 72 s. ; M. VIVANT parle alors d'une « *fausse alternative* », M. VIVANT [éd.], *Le Lamy Droit du Numérique*, Wolters Kluwer, éd. 2016, n° 2494 ; également M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3 éd., 2016, n° 1152.

[234] Un exemple est la société Google qui non seulement opère le fameux moteur de recherche mais également la plateforme « YouTube » ou le service de « Blogger » ; cf. aussi M. VIVANT [éd.], *Le Lamy Droit du Numérique*, Wolters Kluwer, éd. 2016, n° 2495 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3 éd., 2016, n° 1152.

[235] CA Paris, n° 08/12820, 3 septembre 2010, RLDI 2010/64, n° 2121, obs. Costes – eBay/Louis Vuitton.

[236] T. AZZI, « La responsabilité des nouvelles plates-formes : éditeurs, hébergeurs ou autre voie ? », *in Contrefaçon sur internet*, LexisNexis, 2009, p. 59, spéc. p. 72 s. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3 éd., 2016, n° 1152.

1. Le concept des injonctions

38. **Le contenu de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ».** La directive « *Infosoc* » contient dans son article 8 § 3 l'obligation faite aux États membres de prévoir au profit des titulaires du droit d'auteur la possibilité d'obtenir une injonction en cessation à l'encontre d'un intermédiaire dont le service est utilisé à des fins illicites. L'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » ne prévoit pas un régime de responsabilité. Son idée sous-jacente est celle du « *cheapest cost avoider* »[237] : les intermédiaires sont les mieux placés afin de mettre fin aux atteintes.[238] La possibilité d'avoir recours aux intermédiaires (privilégiés ou non) n'engage pas leur éventuelle responsabilité mais concerne leur rôle dans la transmission de l'atteinte et la faculté qu'ils ont d'y mettre un terme.[239] Le considérant 59 de la directive « *Infosoc* » le souligne une fois de plus en précisant que le fait qu'une action fasse l'objet d'une exception au titre de l'article 5 de la directive « *Infosoc* » et que l'intermédiaire ne porte par la suite pas atteinte au droit d'auteur n'empêche pas une injonction à son encontre. Les injonctions de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » sont alors complètement détachées de toute question de responsabilité.[240] L'injonction est un moyen de mise en œuvre du droit d'auteur. Ses conditions et modalités relèvent du droit interne des États membres.[241] Le droit de l'Union exige uniquement en tant que condition de base la présence d'une atteinte (imminente) au droit d'auteur commise par un tiers, la qualification du défendeur comme « intermédiaire » et l'utilisation de ses services par le tiers pour porter atteinte au droit d'auteur.

39. **La notion d'« intermédiaire ».** Une injonction peut alors *a priori* être demandée à l'encontre de tout « intermédiaire ». La notion d'intermédiaire va, dans ce cadre, bien au-delà du champ d'application *ratione personae* des exemptions de responsabilité.[242] Au contraire de la directive « *e-commerce* », la notion d'intermédiaire n'est pas limitée à la fourniture d'un service de la société de l'information, voire de l'offre d'un service particulier.[243] Elle est interprétée de

[237] M. LEISTNER, « Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe », JIPLP 2014, p. 75, spéc. p. 77 ; A. OHLY, *Urheberrecht in der digitalen Welt*, C.H.Beck, 2014, p. 92 ; J. RIORDAN, *Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, 2016, n° 14.52.

[238] Cons. 59 phrase 2 de la directive « *Infosoc* ».

[239] On ne conçoit donc pas totalement à tort qu'il s'agit d'un devoir d'assistance des intermédiaires, cf. par exemple C. CARON, « Exploitant d'un réseau « Wi-Fi » : pas de responsabilité, mais une injonction ! », CCE 2016/11, comm. 88, p. 26, spéc. p. 27 ; C. CZYCHOWSKI et J.-B. NORDEMANN, « Grenzenloses Internet – entgrenzte Haftung? Leitlinien für ein Haftungsmodell der Vermittler », GRUR 2013, p. 986, spéc. p. 988 ss. ; F. HOFMANN, « Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärshaftung im Allgemeinen? », ZUM 2017, p. 102, spéc. p. 103 ; « Störerhaftung von Access-Providern für Urheberrechtsverletzungen Dritter », NJW 2016, p. 769, spéc. p. 771 ; M. HUSOVEC ET M. PEGUERA, « Much Ado about Little – Privately Litigated Internet Disconnection Injunctions. », IIC 2015, p. 10, spéc. p. 20 s. ; P. SIRINELLI, « Propriété littéraire et artistique », D. 2012, p. 2836 ; « La loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », PI 2006, n° 20, p. 332, spéc. p. 336.

[240] C. CZYCHOWSKI et J. B. NORDEMANN, « Grenzenloses Internet – entgrenzte Haftung? Leitlinien für ein Haftungsmodell der Vermittler », GRUR 2013, p. 986, spéc. p. 988 ; F. HOFMANN, « Störerhaftung von Access-Providern für Urheberrechtsverletzungen Dritter », NJW 2016, p. 769, spéc. p. 771 ; J. B. NORDEMANN, « Internet Copyright Infringement: Remedies against intermediaries », 59 Journal of the Copyright Society of the USA, p. 773, spéc. p. 776 (2011-2012) ; J. REINBOTHE, « Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft », GRUR Int. 2001, p. 733, spéc. p. 743.

[241] Cons. 59 phrase 5 de la directive « *Infosoc* ».

[242] En ce qui concerne l'étendue de la notion d'intermédiaire cf. également E. ROSATI, « Intermediary IP injunctions in the EU and UK experiences: when less (harmonization) is more? », GRUR Int. 2017, p. 206, spéc. p. 213.

[243] CJUE, aff. C- 494/15, EU:C:2016:528, Rec. num. 2016 – Tommy Hilfiger ; cette affaire concernait l'article 11 directive 2004/48/CE (cf. note de bas de page n° 364) qui contient pourtant la même obligation que l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » et la généralise pour la propriété intellectuelle. Ses conclusions sont alors également applicable en

manière large.[244] Il suffit que la personne propose un service « *susceptible d'être employé par une ou plusieurs autres personnes pour porter atteinte à un ou à plusieurs droits de propriété intellectuelle* »[245]. La transposition française à l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle va encore plus loin en établissant que l'injonction peut être prononcée à l'encontre de « *toute personne susceptible de contribuer à [...] remédier* » à l'atteinte. Il s'agit alors d'une transposition excédant les exigences européennes.[246]

40. **Rapport aux exemptions de responsabilité**. Étant donné les différents champs d'application *ratione personae* des exemptions de responsabilité et de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » d'un côté, et les différentes implications (exemptions d'une éventuelle responsabilité secondaire *versus* injonction détachée de toute responsabilité primaire ou secondaire) de l'autre, la question d'un rapport entre exemptions de responsabilité et régime d'injonctions ne devrait *a priori* pas se poser. Il s'agit de deux systèmes entièrement détachés.

La Cour de justice fait néanmoins part d'une certaine fusion des deux idées dans son arrêt « *Tommy Hilfiger* ».[247] Les faits de l'espèce concernaient une injonction à l'encontre d'un opérateur d'un marché sur lequels étaient vendus des produits contrefaisants. L'opérateur du marché étant bien un « intermédiaire », non pas du monde numérique mais plutôt du monde analogique, qui rentrait dans le champ d'application des injonctions. Il ne pouvait cependant pas se prévaloir d'une exemption de responsabilité. La Cour jugea tout de même qu'une injonction pouvait être ordonnée dans les mêmes conditions que dans l'affaire *L'Oréal/eBay*, notamment si l'opérateur du marché avait connaissance de l'activité illicite. Le raisonnement semble évident : celui qui a connaissance d'une atteinte doit apporter sa contribution raisonnable pour remédier à l'atteinte et ce, même si cela se fait seulement dans le cadre de son devoir d'assistance issu de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ».

En y regardant de plus près, on retrouve alors l'idée de « notification et d'action » qui figure initialement au sein de l'article 14 de la directive « *e-commerce* », dans le cadre d'une injonction.[248] La procédure de notification et de retrait se base sur l'exemption de responsabilité de l'hébergeur qui ne peut plus se prévaloir de cette protection lorsqu'il ne retire pas le contenu promptement à partir du moment où il en a connaissance.[249] En transférant cette idée sur le régime des injonctions, on peut percevoir un départ de l'idée du « *cheapest cost avoider* » vers un certain

---

droit d'auteur, M. HECHT et B. CLARK, « Landlord liability for IP infringements: CJEU holds that operators of physical marketplace are intermediaries under the Enforcement Directive in Tommy Hilfiger (C-494/15) », EIPR 2016, 38(11), p. 703, spéc. p. 705.

[244] E. ROSATI, « Intermediary IP injunctions in the EU and UK experiences: when less (harmonization) is more? », GRUR Int. 2017, p. 206, spéc. p. 213 ; dans l'environnement numérique la Cour de justice reconnaît tant le fournisseur d'accès que l'hébergeur en tant qu'intermédiaire, cf. pour le fournisseur d'accès cf. aff. C-557/07, EU:C:2009:107, Rec. 2009, I-1227, n° 43 – LSG/Tele2 ; aff. C-70/10, EU:C:2011:771, Rec. 2011, I-11959, n° 32 – Scarlet Extended ; aff. C-314/12, EU:C:2014:192, Rec. num. 2014, n^{os} 30 ss., 40 – UPC Telekabel ; pour l'opérateur d'un réseau social en tant qu'hébergeur cf. CJUE, aff. C-360/10, EU:C:2012:85, Rec. num. 2012, n° 30 – SABAM ; pour l'opérateur d'un marché en ligne CJUE, aff. C-324/09, EU:C:2011:474, Rec. 2011, I-6011, n° 131 – L'Oréal/eBay.

[245] CJUE, aff. C- 494/15, EU:C:2016:528, Rec. num. 2016, n° 23 – Tommy Hilfiger.

[246] C. CARON, « Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur », *in Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 107, spéc. p. 116 s.

[247] CJUE, aff. C- 494/15, EU:C:2016:528, Rec. num. 2016 – Tommy Hilfiger.

[248] La CJUE fait expressément référence aux principes ressortant de l'affaire *L'Oréal/eBay* (CJUE, aff. C-324/09, EU:C:2011:474, Rec. 2011, I-6011 – L'Oréal/eBay), cf. CJUE, aff. C- 494/15, EU:C:2016:528, Rec. num. 2016, n^{os} 31 ss. – Tommy Hilfiger.

[249] Cf. également infra n^{os} 52 s.

adossement au concept d'une obligation de faire déclenchée par la connaissance de l'atteinte.[250] La différence entre ordonnance et régime de responsabilité se trouve toutefois dans l'impact de la notification : elle déclenche une fois une obligation de vigilance, par exemple une obligation de suppression du contenu, elle permet une autre fois qu'un juge ordonne la suppression du contenu.

41. **Transpositions nationales.** À côté des trois conditions requise par la directive « *Infosoc* » (atteinte au droit d'auteur, caractère d'intermédiaire du requérant, utilisation de ses services par un tiers pour porter atteinte), son considérant 59 précise que les États membres sont libres d'introduire d'autres conditions et de prévoir les modalités de telles ordonnances.[251]

Le législateur allemand n'a pas reconnu de nécessité d'une transposition de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ». Il a fait référence à la responsabilité de nuisance qui couvrirait justement les cas en matière de droit d'auteur.[252] Son raisonemment était le suivant : l'idée des injonctions permet aux titulaires de droit d'obtenir la cessation d'une atteinte par le biais d'une injonction prononcée par un juge qui oblige l'intermédiaire à mettre fin à l'atteinte d'une manière ou d'une autre (par exemple par blocage du site en cause ou effacement d'un contenu contrefaisant). Le même résultat peut également être atteint par le biais de la *Störerhaftung* qui oblige l'intermédiaire à cesser ou omettre le trouble.[253] Superficiellement, ce raisonnement est alors tout à fait compréhensible. Une incohérence manifeste peut tout de même être constatée ; à l'époque de la transposition de la directive « *Infosoc* » le *Bundesgerichtshof* avait déjà dénaturé la *Störerhaftung* en un régime de responsabilité délictuelle, en introduisant avec la violation d'une obligation de contrôle une condition supplémentaire.[254] Cette condition ne s'intègre cependant pas dans la logique des injonctions qui sont complèment détachées d'une éventuelle responsabilité de l'intermédiaire en cause. En dépit de critiques doctrinales[255], le *Bundesgerichtshof* refuse de reconnaître qu'il se sert de la *Störerhaftung* pour régler deux situations bien distinctes : une responsabilité délictuelle pour manquement à une obligation de contrôle, d'un côté, et un régime de mise en œuvre de droit d'un autre. Cet enchevêtrement de deux régimes juridiques complètement différents au sein de la *Störerhaftung* entraîne évidemment des problèmes d'application. Afin de prononcer une injonction, le *Bundesgerichtshof* reste contraint d'exiger une violation d'une obligation de contrôle qui cause une atteinte – un principe étranger à la mise en œuvre des droits par le biais d'injonctions.[256]

Au Royaume-Uni et en France il existe à l'inverse des vraies normes de transposition de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ». L'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle précise que le Tribunal de Grande Instance peut, à la demande non seulement des titulaires du droit d'auteur, mais également de leurs ayants droit et des organismes de gestion collective, ordonner en référé « *toute mesure propre à prévenir ou à faire cesser* » une atteinte au droit d'auteur. Il est

[250] F. HOFMANN, « Anmerkung », GRUR 2016, p. 1064, spéc. p. 1065.
[251] Cons. 59 phrase 5 de la directive « *Infosoc* ».
[252] BT-Drs. 15/38, p. 39 s.; également BGH, I ZR 35/04, BGHZ 172, 119 = GRUR 2007, 708, n^{os} 36 s. – Internet-Versteigerung II.
[253] Cf. supra n° 17.
[254] Cf. supra n° 18.
[255] Cf. la critique par F. HOFMANN, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, Mohr Siebeck, 2017, p. 91 ss. ; « Störerhaftung von Access-Providern für Urheberrechtsverletzungen Dritter », NJW 2016, p. 769, spéc. p. 771 ; J. KROPP, *Haftung von Host- und Access-Providern bei Urheberrechtsverletzungen*, Lang, 2012, p. 170.
[256] Les problèmes d'application sont le plus évidents en ce qui concerne les ordonnance de blocage, cf. à ce sujet infra n° 44.

également reconnu que la norme, interprétée à la lumière de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* », permet d'ordonner des mesures en cas d'atteinte imminente.[257] En outre, les ordonnances de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle ne sont pas subordonnées à la mise en demeure de l'auteur principal ou d'un intermédiaire plus proche de l'atteinte.[258]

Au Royaume-Uni le législateur a transposé l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » par la section 97A § 1 du Code de propriété intellectuelle. Cette section s'inscrit dans un développement historique de la « *law of equity* » qui a fait surgir une compétence extrêmement large des magistrats pour prononcer des injonctions, seulement limitée par des considérations de proportionnalité.[259] La section 97A § 1 du Code de propriété intellectuelle britannique pose toutefois une condition supplémentaire : les magistrats ne peuvent qu'ordonner une mesure qu'ils estiment proportionnée à l'encontre d'un intermédiaire lorsque celui-ci a une connaissance réelle de l'atteinte.

2. Les ordonnances de blocage et leur influence sur les régimes de responsabilité

42. **Ordonnances de blocage en France.** Les différences entre les ordres juridiques analysés deviennent encore plus apparentes lorsqu'on étudie les modalités et limites des injonctions et notamment la possibilité d'obtenir des injonctions de blocage.

En France, l'obtention d'une ordonnance de blocage à l'encontre d'un fournisseur d'accès ou de dé-indexation à l'encontre d'un opérateur de moteur de recherche ne pose pas de problèmes. Ces mesures sont considérées comme efficaces. Ni la Cour de justice, ni l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle ne requièrent d'ailleurs une efficacité garantissant la suppression définitive de l'atteinte.[260] On peut au surplus présumer qu'au moins une partie des internautes sera inhibée suite à un blocage et ne recourra pas à des techniques de contournement du blocage.[261] Le Conseil constitutionnel a, de plus, précisé que les mesures ordonnées doivent être « *strictement nécessaires à la préservation des droits en cause* »[262]. Le droit d'auteur ne peut alors limiter la liberté d'expression que dans les cas où la mesure est strictement nécessaire à sa préservation. Les opérateurs de moteurs de recherche et certains fournisseurs d'accès ont alors cherché à introduire une subsidiarité, arguant qu'une mesure de dé-indexation ou de blocage n'était pas strictement nécessaire à la préservation du droit tant qu'une ordonnance de suppression à l'encontre de l'hébergeur demeure possible, ce qui fut justement rejeté par la jurisprudence.[263] Les injonctions

---

[257] C. CARON, « Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur », *in Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 107, spéc. p. 113 s. ; CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE (CSPLA), *Le référencement des œuvres sur Internet*, p. 72 s.

[258] CA Paris, n° 14/01359, 15 mars 2016, p. 22 – APC/Orange [affaire Allostreaming]; TGI Paris, ord. réf., n° 11/60013, 28 novembre 2013, PI 2014 n° 50, 91, obs. Bruguière – APC/Auchan Telecom ; critiqué par P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, t. 2, Larcier, 2015, n° 959.

[259] L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 4 éd., 2014, p. 1250 ; I.C.F. SPRY, *Equitable Remedies*, Sweet&Maxwell, 4 éd., 1990, p. 326.

[260] CJUE, aff. C-314/12, EU:C:2014:192, Rec. num. 2014, n° 62 – UPC Telekabel ; CA Paris, n° 14/01359, 15 mars 2016, p. 32 – APC/Orange ; d'autre avis encore CA Paris, n° 10/19845, 3 mai 2011, RLDI 2011/72, n° 2385, p. 26, obs. Costes – SNEP/Google France, qui ne considérait que des mesures finales comme adéquates selon l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle. Cet arrêt fut justement cassé, cf. Cass. civ. 1re, n° 11-20.358, 12 juillet 2012, RLDI 2012/85, n° 2851, p. 36, obs. Costes = D. 2012, p. 1880, obs. Manara – SNEP/Google France.

[261] Avec référence expresse à la jurisprudence de la CJUE : TGI Paris, ord. réf., n° 14/03236, 4 décembre 2014, JAC n° 21/2015, p. 13, note Scaramozzino – SCPP/Orange.

[262] Cons. const., n° 2009-580-DC, 10 juin 2009 – Hadopi I.

[263] CA Paris, n° 14/01359, 15 mars 2016, p. 31 ss – APC/Orange ; TGI Paris, ord. réf., n° 14/03236, 4 décembre 2014, JAC n° 21/2015, p. 13, note Scaramozzino – SCPP/Orange.

prononcées contiennent une obligation de résultat, sans pour autant prévoir des mesures particulières pas le biais desquelles le blocage doit être obtenu.[264] Une fois prononcées, elles ne peuvent être adaptées sans nouvelle intervention du juge.[265] En ce qui concerne les coûts de transposition des injonctions, la jurisprudence récente suit le raisonnement de la Cour de justice dans l'arrêt *McFadden* : les intermédiaires en supportent la charge.[266]

43. **Blocage et « *duty of care* » au Royaume-Uni.** Le régime britannique diffère en plusieurs points par rapport aux modalités françaises. Premièrement, les magistrats se montrent sceptiques envers l'ordonnance de mesures de dé-indexation à l'encontre des opérateurs de moteurs de recherche.[267] Ils précisent ensuite les mesures exactes à prendre de la part des intermédiaires au sein des ordonnances.[268] L'ajustement ultérieur des injonctions se fait par simple notification des titulaires de droit, sans recours aux tribunaux.[269] L'actualisation de l'ordonnance peut même se faire de manière hebdomadaire.[270] À travers les différentes possibilités de limitation des effets d'une injonction, les juges britanniques se sont montrés pragmatiques et flexibles.[271] Selon la jurisprudence récente du *Supreme Court*, et contrairement à la situation en France, les intermédiaires ne portent pas la charge des coûts des ordonnances.[272] Le principe de droit britannique est qu'une personne ne doit que porter la charge des coûts si elle est également tenue responsable de l'acte en cause.[273]

Compte tenu de la flexibilité accordée aux juges, les ordonnances de blocage sont devenues le recours principal à l'encontre des fournisseurs d'accès.[274] Elles ont également influencé le droit

---

[264] Cf. par exemple TGI Paris : « [...] *par tout moyen efficace et notamment par le blocage des noms de domaines* » ; affirmé par la CA Paris, n° 14/01359, 15 mars 2016 – APC/Orange.

[265] TGI Paris, ord. réf., n° 14/03236, 4 décembre 2014, JAC n° 21/2015, p. 13, note Scaramozzino – SCPP/Orange ; ord. réf., n° 11/60013, 28 novembre 2013, PI 2014 n° 50, p. 91, obs. Bruguière – APC/Auchan Telecom ; C. CARON, « Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur », *in Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 107 (111).

[266] Cass. civ. 1re, nos 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348 et 16-18.595, 6 juillet 2017 – Allostreaming ; CA Paris, n° 14/01359, 15 mars 2016 – APC/Orange.

[267] ARNOLD J, Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd [2014] EWHC 3354 (Ch), n° 212 ; également sceptique E. ROSATI, « Intermediary IP injunctions in the EU and UK experiences: when less (harmonization) is more? », GRUR Int. 2017, p. 206, spéc. p. 211.

[268] ARNOLD J, Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd [2014] EWHC 3354 (Ch), nos 38 à 51 ; Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications Plc [2011] EWHC 2714 (Ch), n° 56 ; également BIRSS J, Twentieth Century Fox Film Corporation v Sky UK Ltd [2015] EWHC 1082 (Ch), Schedule 2.

[269] BIRSS J, Twentieth Century Fox Film Corporation v Sky UK Ltd [2015] EWHC 1082 (Ch), n° 64 ; Cartier International AG & Ors v British Sky Broadcasting & Ors [2014] EWHC 3915 (Ch) ; un tel recours se fait uniquement en cas de désaccord sur l'ajustement, Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications Plc [2011] EWHC 2714 (Ch), nos 10 à 12.

[270] Par exemple pour le cas de blocage de sites diffusant les matchs de football hebdomadaires de la Premier League anglaise, ARNOLD J, Football Association Premier League Limited v British Telecommunication PLC [2017] EWHC 480 (Ch), n° 25.

[271] Football Association Premier League Limited v British Telecommunication PLC [2017] EWHC 480 (Ch) ; cf. également J. SMITH et L. DEACON, « Live blocking orders: the next step for the protection of copyright in the online world », EIPR 2017, 39(7), p. 438, spéc. p. 440.

[272] Cartier International v. British Telecommunications Plc [2018] UKSC 28 ; cet arrêt romp avec une jurisprudence bien établie que les intermédiaires portent la charge des coûts de transposition de l'ordonnance, cf. Cartier International AG v British Sky Broadcasting [2016] EWCA Civ 658, n° 150 ; ARNOLD J, Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications Plc [2011] EWHC 2714 (Ch), n° 32 ; également K. GRISSE, *Internetangebotssperren*, Mohr Siebeck, 2018, p. 169 ss.

[273] Cartier International v. British Telecommunications Plc [2018] UKSC 28, n° 33 ; la Cour suprème reconnaît ici la principale différence au droit français qui ne permet le remboursement des coûts que s'il existe une base légale pour un tel remboursement.

[274] Cf. par exemple The Football Association Premier League Limited v British Telecommunication PLC [2017] EWHC 480 (Ch) ; Twentieth Century Fox Film Corporation v Sky UK Ltd [2015] EWHC 1082 (Ch) ; Paramount v British Sky Broadcasting (No 1) [2013] EWHC 3479 (Ch) ; EMI Records Ltd. v British Sky Broadcasting Ltd. [2013] EWHC 379 (Ch) ; Football Association Premier League Limited v British Sky Broadcasting [2013] EWHC 2058 (Ch) ; Dramatico

britannique concernant la reconnaissance d'une obligation de vigilance (« *duty of care* »). Il convient de rappeler que les obligations de vigilance sont strictement repoussées en matière de responsabilité civile qui ressort du droit commun (*common law*).[275] Il paraît néanmoins que l'article 97A du Code de propriété intellectuelle britannique est influencée par la conception de telles obligations. Les injonctions dérivent non pas du droit commun, mais du droit d'équité (*law of equity*). Ici, l'arrêt *Norwhich Pharmacal* a instauré un principe selon lequel la personne qui est, d'une manière ou d'une autre, reliée à une atteinte, a un devoir d'assistance qui se traduit par un devoir d'information envers le titulaire de droit lésé.[276] Cette obligation naît avec la possibilité de contrôle. Ceci rappelle les obligations de vigilances du droit commun en France et en Allemagne.[277] Contrairement aux régimes de responsabilité, l'obligation d'équité est cependant mise en œuvre par le biais des injonctions.[278]

Alors que la jurisprudence britannique précise que cette obligation (d'équité) de renseignement ne revient justement pas à l'affirmation d'une obligation de vigilance de droit commun[279], elle se montre toutefois ouverte à l'idée d'une obligation de faire provenant de la transposition de l'art 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » à la section 97A du Code de propriété intellectuelle britannique.[280] On peut alors constater qu'il existe, dans le cadre de la section 97A du Code de propriété intellectuelle britannique, un principe que la personne étant impliquée dans une atteinte sans en être l'auteur (direct ou indirect) est sous une obligation d'assistance.[281]

Ceci d'autant plus que les injonctions de la section 97A du Code de propriété intellectuelle britannique dépendent de la connaissance de l'intermédiaire de l'atteinte. Selon la section 97A § 2 du Code de propriété intellectuelle britannique, en évaluant la connaissance, le juge doit prendre en considération si l'intermédiaire a reçu une notification et si celle-ci contient certaines informations précises comme le nom, le prénom et l'adresse du notifiant et les spécificités de l'atteinte en cause. Bien qu'il n'existe pas de responsabilité secondaire pour manquement à une obligation au Royaume-Uni, il apparaît toutefois l'idée que l'intermédiaire qui, par notification du titulaire de droit, obtient connaissance d'une atteinte au droit d'auteur se voit imposer une obligation de faire, notamment d'effacer l'œuvre contrefaisante ou d'y bloquer l'accès dans le cadre des injonctions.

Entertainment Ltd v British Sky Broadcasting Ltd [2012] EWHC 268 (Ch) ; il reste à voir si cette pratique changera en vue de la nouvelle décision de la Cour suprême qui impose la charge des coûts aux titulaires de droit.

[275] Cf. supra n° 19.

[276] En l'espèce il s'agissait d'une information requise des services de douanes concernant les noms d'importateurs de produits contrefaisants, Norwich Pharmacal Co v Customs and Excise Commissioners [1973] AC 133 (133 s., 174).

[277] Cf. supra n^{os} 15 ss.

[278] Norwich Pharmacal Co v Customs and Excise Commissioners [1973] AC 133 (146).

[279] C.B.S. Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics pls [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 15 ss. ; KITCHIN LJ, Cartier International AG v British Sky Broadcasting [2016] EWCA Civ 658, n° 54 ; M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaires*, Cambridge University Press, 2017, p. 207 s.

[280] « *Although this* [Norwich Pharmacal] *principle is inapplicable to the circumstances of the present case, it is not a long step from this to conclude that, once an ISP becomes aware that its services are being used by third parties to infringe an intellectual property right, then it becomes subject to a* ***duty to take proportionate measures to prevent or reduce such infringements even though it is not itself liable for infringement****.* » Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd [2014] EWHC 3354 (Ch), n° 106 [souligné par l'auteur].

[281] « *As Lord Woolf explained, the preferable analysis involves a recognition of the* ***great width of those equitable powers****, an historical appraisal of the categories of injunctions that have been established and an* ***acceptance that pursuant to general equitable principles injunctions may issue in new categories when this course appears appropriate*** » Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd [2016] EWCA Civ 658, n^{os} 52 s. [souligné par l'auteur] ; M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaires*, Cambridge University Press, 2017, p. 207 s. ; M. LEISTNER, « Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe », JIPLP 2014, p. 75, spéc. p. 86.

***44*. Blocage et « Störerhaftung ».** Contrairement à ce qui a été constaté en France et au Royaume-Uni, il n'est quasiment pas possible d'obtenir une injonction de blocage à l'encontre d'un fournisseur d'accès « classique » en Allemagne.[282] Alors que l'idée communautaire exige la possibilité d'obtenir une injonction en cessation ou élimination à l'encontre de tout intermédiaire, les conditions de la *Störerhaftung* ne permettent pas leur prononcé. Comme il a été démontré, le *Bundesgerichtshof* refuse l'imposition d'une obligation de contrôle aux fournisseurs d'accès « classiques » en raison de leur grande distance à l'infraction.[283] Il se fonde sur le principe de proportionnalité qui obligerait les titulaires de droits de se tourner d'abord vers les auteurs directs ou les fournisseurs d'hébergement avant de déclencher une obligation du fournisseur d'accès, dont la violation est nécessaire dans le cadre de la *Störerhaftung*.[284] Cela signifie, dans le cadre de la *Störerhaftung*, que les fournisseurs d'accès « classiques » – autres que les titulaires d'accès à Internet WiFi – n'ont aucune obligation de contrôle tant que les titulaires de droit peuvent se tourner vers un autre intermédiaire, voire le contrefacteur direct. Les exigences afférentes aux tentatives de mise en demeure d'une personne plus proche de l'infraction sont d'ailleurs élevées.[285] D'ailleurs, le législateur allemand a, en 2017, exclu toute responsabilité des fournisseurs d'accès – « classiques » ou en tant que titulaires d'un accès à Internet WiFi – ce qui exclut également leur responsabilité en tant que perturbateur (*Störer*).[286] En manque d'un autre fondement légal des injonctions que le régime de responsabilité de nuisance, il demeure alors impossible d'obtenir une ordonnance de blocage à l'encontre d'un fournisseur d'accès « classique » en Allemagne.

Suite à une critique fondamentale de la part de la doctrine, le législateur allemand a enfin réagi au manque de base légale en introduisant l'article 7 § 4 de la loi sur les télémédias à l'occasion des réformes de cette loi. Celles-ci visaient une amélioration de la situation légale des titulaires d'accès à Internet WiFi souvent mis en demeure par les titulaires de droit en Allemagne.[287] L'article 7 § 4 de la loi sur les télémédias prévoit alors, dans les termes de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* »[288], que des injonctions peuvent être demandées à l'encontre d'un titulaire d'accès à Internet WiFi à titre subsidiaire qui n'aura cependant pas à supporter les coûts de mise en demeure et de justice exposés à cette occasion.[289] S'il faut accueillir une transposition

---

[282] Aucune injonction à été affirmée à ce jour ; il est alors autant plus étonnant que la jurisprudence condamne le titulaire d'un accès à Internet WiFi pour contrefaçon directe lorsqu'il ne suffit pas à sa charge de preuve secondaire, dans le cadre de laquelle il peut être obligé à rechercher l'identité de l'auteur direct, cf. BGH, I ZR 19/16, BeckRS 2017, 108569, n° 15 – Loud, qui oblige le titulaire d'accès de communiquer le nom de son enfant ayant participé au partage de fichier afin d'éviter sa propre responsabilité directe (!) pour contrefaçon ; cf. becklink 2006228 ; également LG Bochum, 8 S 7/14, GRUR-RS 2016, 1444, n^{os} 15 s. – Tannöd; autrement encore BGH, I ZR 154/15, ZUM 2017, 503, n° 17 – Afterlife, où le BGH précise expressément que le titulaire ne peut pas être obligé à communiquer le nom de l'auteur direct.

[283] Cf. supra n° 24.

[284] Le BGH instaure alors par la voie de la proportionnalité un critère de subsidiarité qui, en soi, est complètement étranger à la « Störerhaftung », cf. BGH, I ZR 174/14, GRUR 2016, 268, n^{os} 82 s. – Goldesel ; I ZR 3/14, MMR 2016, 188, n^{os} 70 ss. – 3dl.am ; ce critiquant J. EICHELBERGER, « Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2) », WRP 2016, p. 1060 ; D. HOLZNAGEL, « Die Urteile in Tiffany v. eBay (USA) – zugleich zu aktuellen Problemen der europäischen Providerhaftung », GRUR Int. 2010, p. 654, spéc. p. 662 ; G. SPINDLER et C. VOLKMANN, « Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider », WRP 2003, p. 1, spéc. p. 11.

[285] BGH, I ZR 3/14, MMR 2016, 188, n^{os} 72 ss. – 3dl.am ; I ZR 174/14, GRUR 2016, 268, n° 87 – Goldesel.

[286] Cf. la deuxième phrase de l'article 8 § 1 de la loi sur les télémédias; également OLG München, 6 U 1741/17, GRUR 2018, 721, n° 36 – Freies W-LAN.

[287] Cf. supra n° 29.

[288] Cf. BT-Drs. 18/12202, p. 12

[289] Ceci correspond justement au contraire de ce qu'a décidé la Cour de justice dans l'affaire *McFadden*, cf. CJUE, aff. C-484/14, EU:C:2016:689, Rec. num. 2016, n° 79 – McFadden ; il devient alors apparent que le législateur fondait sa deuxième loi modificative sur les conclusions de l'avocat général ce qui conduisit à nouveau à une action requise selon le législateur lorsque la Cour de justice décida contrairement à l'avis de l'AG.

propre de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* », distincte du régime de la *Störerhaftung*, il reste incompréhensible que le législateur l'ait limité aux titulaires d'accès à Internet WiFi – d'autant plus que l'article 7 de la loi sur les télémédias est intitulé « *principes généraux* ».[290] Cette limitation ne paraît pas être conforme au droit de l'Union étant donné qu'il manque une base légale adéquate d'injonctions à l'encontre des autres intermédiaires.[291] La situation des titulaires de droit n'a alors en rien changé face aux fournisseurs d'accès « classiques » à l'encontre desquels ils ne peuvent à ce jour pas mettre en œuvre leurs droits.

Conclusion du Chapitre II

Les régimes de responsabilité secondaire, censés être purement nationaux, sont influencés par le droit de l'Union européenne sous deux aspects. D'un côté, les exemptions de responsabilité réduisent leur champ d'application. La rédaction négative des articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* », au surplus dépassés par le progrès technique, a cependant montré ses désavantages à travers des difficultés d'application des exemptions. De l'autre côte, se trouvent les injonctions de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ». Leur application, qui se formalise principalement en des ordonnances de blocage à l'encontre des fournisseurs d'accès, est complètement détachée d'une éventuelle responsabilité des intermédiaires. La directive précise uniquement l'obligation de prévoir la possibilité des injonctions. Les conditions et modalités concrètes relèvent alors du droit national, ce qui explique les différences de maniement des injonctions dans les États membres analysés. Une caractéristique commune qu'a fait émerger l'application nationale du régime des injonctions se trouve dans l'idée d'une obligation d'assistance à la charge des intermédiaires. Celle-ci résulte, en Allemagne, d'un mélange malheureux du régime de responsabilité de nuisance et du régime des injonctions.

Conclusion du Titre premier

La responsabilité secondaire des intermédiaires peut découler d'une contribution à l'atteinte primaire ou d'un manquement à une obligation. Au vu du manque d'harmonisation de la matière, les régimes nationaux diffèrent de manière considérable. Alors qu'au Royaume-Uni la responsabilité secondaire ne découle que d'une contribution à l'atteinte en forme de *joint tortfeasance*, les obligations de surveillance gagnent en importance en France et en Allemagne. Le

[290] Également K. GRISSE, « Was bleibt von der Störerhaftung? Bedeutung der 3. Änderung des TMG für die zivilrechtliche Systematik und Umsetzung der Vermittlerhaftung in Deutschland », GRUR 2017, p. 1073, spéc. p. 1078 ; G. SPINDLER, « Das neue Telemediengesetz – WLAN-Störerhaftung endgültig adé? », NJW 2017, p. 2305.

[291] S. APPEL et A. STOLZ, « Letzter Halt vor einer Zeitenwende im WLAN-Störerhaftungsregime – Anmerkung zu BGH ZUM 2017, 672 – WLAN-Schlüssel », ZUM 2017, p. 674, spéc. p. 678 ; T. CONRATH et S. PEINTINGER, « Der neue § 8 TMG: Kein Wegfall der Störerhaftung von W-LAN-Betreibern », GRUR-Prax 2017, p. 206, spéc. p. 208 ; K. GRISSE, *Internetangebotssperren*, Mohr Siebeck, 2018, p. 554 s. ; « Was bleibt von der Störerhaftung? Bedeutung der 3. Änderung des TMG für die zivilrechtliche Systematik und Umsetzung der Vermittlerhaftung in Deutschland », GRUR 2017, p. 1073, spéc. p. 1080 ; G. SPINDLER, « Das neue Telemediengesetz – WLAN-Störerhaftung endgültig adé? », NJW 2017, p. 2305 ; d'autre avis R. MANTZ, « Die (neue) Haftung des (WLAN-)Access-Providers nach § 8 TMG », GRUR 2017, p. 969, spéc. p. 977, selon lequel il ressortirait de l'arrêt *McFadden* que les États membres peuvent – et non pas doivent – prévoir des injonctions à l'encontre des founisseurs d'accès « classiques ».

législateur et la jurisprudence allemands mélangent toutefois l'idée de responsabilité avec celle des injonctions en faisant de la *Störerhaftung* un régime de responsabilité dont la condition cruciale est la violation d'une obligation de contrôle, qui reste cependant limité à la cessation de l'atteinte. L'ordre juridique allemand devrait ici prendre exemple sur la distinction rigoureuse des fondements légaux de l'article 1240 du Code civil et de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle en France. Si en France ce n'est pas l'attribution de bases légales aux différents concepts qui pose un problème, la jurisprudence a témoigné d'un embarras sans pareil en ce qui concerne l'application des exemptions de responsabilité et surtout de la notion d'hébergeur. L'application des normes de transposition de la directive « *e-commerce* », qui avait pourtant pour but d'améliorer la sécurité juridique, a donc contribué à une insécurité juridique grandissante. La cause des problèmes révélés au niveau national se trouve, d'un côté, dans la rédaction négative des exemptions de responsabilité au lieu d'instaurer de manière positive un régime de responsabilité secondaire des intermédiaires. De l'autre côté, c'est bien le fait que la directive lie les exemptions de responsabilité à certaines activités concrètes conçues dans les années 1990 qui a mené à son caractère dépassé. Les valeurs contenues dans la directive « *e-commerce* » et exposées ci-dessus pourraient toutefois représenter le fondement d'un projet d'harmonisation de la responsabilité secondaire des intermédiaires, ce qui doit être analysé désormais.

Titre second Vers une harmonisation du régime de responsabilité secondaire à l'aide de la directive pour la confiance dans l'économie numérique

Les différences parmi les principes nationaux du droit des délits gênent une éventuelle harmonisation qui serait pourtant nécessaire. L'harmonisation d'un régime de responsabilité secondaire améliorerait la sécurité juridique pour toutes les personnes concernées : titulaires du droit d'auteur, intermédiaires et utilisateurs. De plus, elle pourrait pallier les incohérences nationales qui ont été révélées. Si l'harmonisation d'un régime de responsabilité secondaire en matière de droit d'auteur ne représente pas un projet facilement réalisable, elle reste tout de même possible. D'autant plus qu'elle est déjà enracinée dans l'acquis communautaire. Les valeurs comprises dans les exemptions de responsabilité peuvent représenter le point de départ d'une harmonisation d'un régime européen de responsabilité secondaire (Chapitre I). Une fois ses conditions clarifiées, il faudra s'intéresser à sa portée (Chapitre II).

Chapitre I Les valeurs intrinsèques des exemptions de responsabilité : métamorphose en conditions de responsabilité

Les différences des régimes de responsabilité secondaire, combinées avec les problèmes de transposition et d'application des exemptions de responsabilité, pourraient justifier la nécessité d'une harmonisation à l'échelle européenne afin d'affronter les problèmes de manière globale. À la fin des années 1990 le législateur européen éludait une telle harmonisation en introduisant des exemptions de responsabilité par le biais de la directive « *e-commerce* ». Celles-ci ne sont cependant plus adaptées à l'Internet de nos jours. Leur application par les États membres fait néanmoins apparaître l'idée d'une responsabilité conditionnelle, qui pourrait servir de point de départ à une harmonisation (Section I). Les valeurs qui pourraient être prises en compte dans le cadre d'une harmonisation résultent ensuite d'une idée globale de procéduralisation du droit d'auteur par l'instauration d'une procédure de notification et de retrait (Section II).

Section I L'application des exemptions de responsabilité en tant que conditions de responsabilité

Les exemptions de responsabilité instaurées par la directive « *e-commerce* » avaient pour but de renforcer la sécurité juridique en excluant la responsabilité de certains acteurs pour les infractions commises par leurs utilisateurs. Leur rapport imprécis avec les injonctions de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » et leur manque d'adaptation aux nouveautés technologiques remirent toutefois en cause leur champ d'application. Il faut alors s'interroger sur la possibilité et la nécessité d'une réforme (1.). Celle-ci repoussée, il convient de constater l'interprétation des exemptions de responsabilité en tant que conditions de responsabilité au niveau national. Il en

ressort la qualification des exemptions de responsabilité comme fondement d'une harmonisation effective (2.).

1. La mise en cause du champ d'application des exemptions de responsabilité

45. **Champ d'application non limité.** En ce qui concerne la portée des limitations de responsabilité prévues aux articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* », il convient de rappeler que leur application n'affecte en rien la possibilité d'une injonction à l'encontre de l'intermédiaire privilégié suivant l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ». Les exemptions de responsabilité précisent elles-mêmes en leurs derniers paragraphes qu'une injonction demeure possible à l'encontre d'un intermédiaire privilégié.[292] Comme il a été démontré, cela ne signifie pas (contrairement à leur interprétation par la jurisprudence allemande) que les exemptions de responsabilité ne seraient pas applicables dans les cas où les titulaires de droit ne demande que la cessation d'une atteinte, si cette demande est fondée sur une éventuelle responsabilité secondaire de l'intermédiaire.[293] La question de l'applicabilité des exonérations de responsabilité et celle de la possibilité d'injonctions doivent être traitées séparément.[294] Le régime des injonctions quant à lui n'influence pas la portée des exemptions de responsabilité. Ces dernières restent applicables dans tous les cas d'activités concernées par les articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* » pour lesquelles une éventuelle responsabilité secondaire serait engagée.

46. **Nécessité de réforme?** Si alors le champ d'application des exemptions de responsabilité est, en principe, clair et précis, il a pu être démontré que leur application a été à l'origine des difficultés considérables tant en France qu'en Allemagne.[295] Ces difficultés sont dues à une mauvaise compréhension du champ d'application des exemptions de responsabilité de la part de la jurisprudence allemande et d'un manque d'adaptation à l'Internet de nos jours. La doctrine appelle alors de plus en plus de ses vœux une éventuelle réforme des articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* ».

Une première réforme est proposée par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, qui, dans un rapport sous la direction du professeur P. SIRINELLI, propose de clarifier le contenu de l'article 14 de la directive « *e-commerce* », celui-ci étant à l'origine des difficultés de qualification des plateformes en tant qu'hébergeurs. La proposition suggère alors une réforme de la directive « *Infosoc* ». Celle-ci serait complétée par un article 9a qui ferait sortir du champ d'application de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » tout fournisseur de services qui donne

[292] Cf. articles 12 § 3, 13 § 2 et 14 § 3 de la directive « *e-commerce* ».
[293] S. EHRET, « Internet-Auktionshäuser auf dem haftungsrechtlichen Prüfstand », CR 2003, p. 754, spéc. p. 759 s. ; F. HACKER, « „L'Oréal/eBay": Die Host-Provider-Haftung vor dem EuGH », GRUR-Prax. 2011, p. 391, spéc. p. 393 ; F. HOFMANN, « Markenrechtliche Sperranordnungen gegen nicht verantwortliche Intermediäre », GRUR 2015, p. 123, spéc. p. 127 ; A. OHLY, *Urheberrecht in der digitalen Welt*, C.H.Beck, 2014, p. 95 ; J. VON UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2014 », GRUR 2015, p. 205, spéc. p. 215 s. ; cf. également supra n° 41.
[294] CJUE, aff. C-324/09, EU:C:2011:474, Rec. 2011, I-6011, n^{os} 106 ss. et n^{os} 125 ss. – L'Oréal/eBay ; F. POLLAUD-DULIAN, « Fournisseur d'accès. Injonction. Obligation de filtrage ou de blocage des échanges contrefaisants. Obligation générale de surveillance », RTD Com. 2008, p. 306.
[295] Cf. à ce sujet supra n^{os} 30 ss, 41.

accès aux œuvres protégées (de manière automatisée ou non).[296] Cette clarification est censée faire rentrer ces actions dans le champ d'application d'une atteinte directe aux droits patrimoniaux, notamment par communication de l'œuvre au public, voire par reproduction.[297]

Alors qu'il faut apprécier les efforts du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique de fournir une proposition de réforme réalisable et transposable, la solution proposée ne convainc pas pour deux raisons. Premièrement, il ne paraît pas logique de réformer la directive « *e-commerce* » en introduisant un article à la directive « *Infosoc* ». Toute réforme des exemptions de responsabilité devrait plutôt se faire au sein de la directive « *e-commerce* » elle-même. Deuxièmement, les activités ôtées du champ d'application de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » ne correspondaient jamais à une activité d'hébergement. Comme nous avons pu le souligner, les exonérations de responsabilité ne touchaient jamais l'exemption d'une éventuelle responsabilité directe pour contrefaçon.[298] Leur applicabilité requiert une information fournie par le destinataire du service. Au moment de leur introduction dans l'année 2000, il n'existait cependant aucune responsabilité directe de droit d'auteur découlant d'une telle information.[299] Le régime de responsabilité applicable dans les cas d'atteintes commises par un tiers était celui d'une responsabilité secondaire. Le sens des exemptions de responsabilité était justement d'éviter des risques de responsabilité du côté des intermédiaires privilégiés découlant d'un comportement contrefaisant de la part de leurs utilisateurs. L'intermédiaire devait naturellement rester responsable des atteintes directes qu'il commettait lui-même. Si le fournisseur de services qui donne accès aux œuvres protégées commet, selon la proposition avancée par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, une atteinte directe au droit d'auteur, il devient alors absurde de le sortir du champ d'application de l'article 14 de la directive « *e-commerce* », texte au sein duquel il ne figure pas.

Une critique similaire peut être formulée à l'encontre de la proposition de directive avancée par la Commission européenne.[300] Celle-ci prévoit dans son considérant 38 § 2 une codification de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice qui exclut du champ d'application de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » tout intermédiaire qui optimise la présentation de l'œuvre ou en assure la promotion.[301] Une telle stipulation est inutile car le fournisseur de services qui optimise la présentation de l'œuvre et en assure sa promotion joue évidemment un rôle actif qui exclut l'application de l'article 14 de la directive « *e-commerce* ». Malheureusement la Commission ne se

[296] CSPLA, *Mission Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29 – Rapport et propositions (« Rapport Sirinelli »)*, p. 11.
[297] Cf. à ce sujet infra n^{os} 75 ss.
[298] Également E. ROSATI, « Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law », EIPR 2016, 38(11), p. 668, spéc. p. 673 s. ; cf. supra n° 26.
[299] Il sera encore analysé si une telle responsabilité directe peut être engagée dans certains cas d'informations tierces aujourd'hui, cf. notamment infra n^{os} 75 ss.
[300] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM (2016) 593 final, du 14 septembre 2016 (« proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique »).
[301] Cons. 38 § 2 proposition de directive ; critiqué par E. ROSATI, « The CJEU Pirate Bay judgement and its impact on the liability of online platforms », EIPR 2017, 39(12), p. 737, spéc. p. 746 s. ; également S. V. LEWINSKI, « Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum so genannten „Value Gap" », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 381, spéc. p. 384 ; le rapport « Comodini » supprime alors à juste titre le paragraphe, cf. T. COMODINI CACHIA, *Proposal for a directive COM(2016)0593 - C8-0383/2016 – 2016/0280(COD) (« Comodini Report »)*, 7 mars 2017, Amendment 21.

pose d'avantage pas la question d'une véritable réforme des exemptions de responsabilité en vue d'une adaption au fonctionnement technique de l'Internet.[302]

47. **Nécessité des exemptions ?** Toute réforme des exemptions de responsabilité serait à son tour confrontée à une technologie qui continuera un développement rapide. Avant de se lancer dans une réforme difficile, il s'avère alors utile de s'interroger sur la nécessité d'une telle réforme. Afin de pouvoir affirmer la nécessité des exemptions de responsabilité, il faudrait qu'il existe une responsabilité secondaire des intermédiaires pour les activités privilégiés. En l'absence d'une telle responsabilité, il est évident que les exemptions de responsabilité ne réalisent aucun rôle matériel en matière de droit d'auteur. Comme il a pu être démontré, les régimes nationaux de responsabilité secondaire ne permettent pas l'engagement de la responsabilité secondaire d'un intermédiaire purement passif. La simple fourniture d'accès telle que prévue à l'article 12 de la directive « *e-commerce* » ne peut engager la responsabilité du fournisseur dans aucun des trois pays analysés.[303] Il manquerait la violation d'une obligation ou une certaine proximité de l'atteinte. Il en va de même pour le fournisseur de cache ou l'hébergeur sans contrôle sur le contenu qui, à partir du moment où il acquiert connaissance d'une atteinte, supprime le contenu. Le champ d'application des exonérations de responsabilité, interprété strictement selon la conception du législateur au début du XXI^{e} siècle, vise alors des activités qui se trouvent en dessous du seuil d'une éventuelle responsabilité secondaire selon les régimes nationaux.[304]

Si la mise au point introduite par les exemptions de responsabilité a fait prospérer les divers modèles économiques sur Internet et s'est avérée utile à cette fin, il faut toutefois reconnaître qu'il n'existe aucune nécessité des exemptions de responsabilité de nos jours – tout au moins en matière de droit d'auteur. De plus, elles ne réalisent plus leur but de garant d'une sécurité juridique ce que montrent les difficultés qui ressortent de leur application. La clarification initiale au sein des articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* » est devenue la source d'une insécurité juridique non négligeable. Ce constat impose la question d'une harmonisation effective d'un régime de responsabilité secondaire européen à la place des exemptions de responsabilité.

2. Les exonérations de responsabilité, fondement d'une harmonisation effective

48. **L'idée d'une responsabilité atténuée.** La fonction des exemptions de responsabilité est, en principe, d'exonérer l'intermédiaire privilégié de toute responsabilité. Elles sont alors considérées comme étant un écran de protection contre une éventuelle responsabilité.[305] La condition posée est celle d'une passivité de la part de l'intermédiaire qui effectue une des trois

[302] La même critique se fait en ce qui concerne la proposition de directive du droit d'auteur dans le marché unique numérique avancée par le Parlement européen (P8_TA-PROV(2018)0337 du 12 septembre 2018, cf. note de bas de page n° 608), qui supprime le considérant 38 § 2 mais contient essentiellement la même déclaration dans son considérant 37*bis*.

[303] Ceci ne vaut pas pour les fournisseurs d'un accès à Internet WiFi privés, cf. supra n^{os} 21 et 24. Ils ne rentrent pourtant pas dans le champ d'application de la directive « *e-commerce* » en raison d'un manque d'une activité contre rémunération, cf. supra n° 26.

[304] D. FRIEDMANN, « Sinking the safe harbour with the legal certainty of strict liability in sight », JIPLP 2014, p. 148 ; E. ROSATI, « Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law », EIPR 2016, 38(11), p. 668, spéc. p. 671.

[305] Cf. à ce sujet supra n° 25.

activités enoncées aux articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* ».[306] Les fournisseurs d'accès sont donc exonérés de toute responsabilité tant qu'ils demeurent passifs. Les fournisseurs de cache et les fournisseurs d'hébergement ne sont cependant exonérés qu'à condition qu'ils n'aient pas eu de connaissance du contenu illicite ou si, à partir du moment où ils en ont acquis une telle connaissance, ils ont promptement effacé le contenu.[307] Dans les trois pays étudiés dans le cadre du présent travail, la conception des exemptions de responsabilité a bien été comprise par les législateurs nationaux. Au Royaume-Uni, le législateur a réduit le champ d'application des sections 17 à 19 de la loi sur le commerce éléctronique aux sanctions pénales et recours pécuniaires.[308] Par ailleurs, les exemptions de responsabilité n'y ont quasiment aucune importance, ce qui est certainement dû au rôle restreint des régimes de responsabilité secondaire en ce qui concerne les intermédiaires en ligne.[309] Les législateurs allemand et français ont, quant à eux, conçu les articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* » comme limites à toute responsabilité.

On peut néanmoins remarquer une tendance en Allemagne et en France qui consiste à faire des exemptions de responsabilité des conditions de fond de la responsabilité secondaire. Le titre du quatrième chapitre de la directive « *e-commerce* », intitulé « *Responsabilité des prestataires intermédiaires* » pourrait également indiquer qu'il ressort des exemptions de responsabilité un régime de responsabilité. Si ce n'était pas l'idée du législateur européen au moment de l'adoption de la directive « *e-commerce* », cette idée s'est imposée de plus en plus dans les États membres.

49. **La faute caractérisée.** En ce qui concerne les articles 14 de la directive « *e-commerce* » et 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, tant la jurisprudence que la doctrine française n'y reconnaissent que rarement un régime d'irresponsabilité et ce bien que le Conseil constitutionnel l'ait clairement précisé.[310] La compréhension générale des deux normes va dans le sens d'un régime de responsabilité conditionnelle.[311] L'exemption de responsabilité des articles 14 de la directive « *e-commerce* » et 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique instaure alors, selon la conception française, un régime de responsabilité secondaire

---

[306] Cf. à ce sujet supra n[os] 26 ss.

[307] Articles 13 § 1 e et 14 § 1 b de la directive « *e-commerce* ».

[308] « [...] *the service provider (if he otherwise would) shall not be liable for damages or for any other pecuniary remedy or for any criminal sanction as a result of that transmission* », section 17 (1) et 18 (1) de la loi sur le commerce éléctronique, respectivement « *of that storage* », section 19 (1) de la loi précitée.

[309] ARNOLD J, Twentieth Century Fox Film Corp & Ors v British Telecommunications Plc [2011] EWHC 1981 (Ch), n° 83 ; S. STALLA-BOURDILLON, « Liability Exemptions Wanted! Internet Intermediaries' Liability under UK Law », (2012) JICLT, p. 289, spéc. p. 290 ; seule la conception des exemptions de responsabilité en tant que pré-filtre à la responsabilité n'est pas transposé au Royaume-Uni où les exonérations constituent des objections à la responsabilité, cf. BALDWIN QC, Cosmetic Warriors Ltd v Amazon.co.uk Ltd [2014] EWHC 181 (Ch), n° 20 ; S. KARAPAPA et M. BORGHI, « Search engine liability for autocomplete suggestions: personality, privacy and the power of the algorithm », IJLIT 2015, p. 261, spéc. p. 274 ; D. LIEVENS, « L'Oréal v. eBay - Welcomed in France, Resented in England », IIC 2012, p. 68 ; critiqué par J. RIORDAN, *Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, 2016, n° 12.11 – 12.14.

[310] Cons. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004 : « *Considérant que les 2 et 3 du I de l'article 6 de la loi déférée ont pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent* » ; également C. FERAL-SCHUHL, *Cyberdroit*, Dalloz, 7 éd., 2018, n° 615.32 ; différemment CSPLA, *Mission économie numérique et financement de la création*, p. 7 ; C. CASTETS-RENARD, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », D. 2012, p. 827 parle d'un « régime d'irresponsabilité conditionnelle » ; G. LOISEAU, « Responsable à tout prix », CCE 2016/9, comm. 70, p. 30 ; de même T.-E. SYNODINOU, « Régulation et autorégulation du droit d'auteur sur Internet », *in Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis 2014, p. 719 (727).

[311] « *Il est regrettable que la Cour de cassation ne se soit pas prononcée sur cette nouvelle obligation jurisprudentielle. Elle méritait pourtant l'attention car elle s'impose à des opérateurs qualifiés d'hébergeurs et vient s'ajouter à* ***un régime légal de responsabilité posé à l'article 14 de la directive n° 2000/31/CE****.* », C. CASTETS-RENARD, « Revirement de l'arrêt *Tiscali* et conformation de la qualité d'hébergeur pour DailyMotion », RLDI 2011/69, n° 2258, p. 10, spéc. p. 13 [souligné par l'auteur] ; également C. FERAL-SCHUHL, *Cyberdroit*, Dalloz, 6 éd., 2010, n° 114.35.

particulier qui vise les hébergeurs. Il est atténué par l'exigence d'une faute caractérisée.[312] L'idée sous-jacente de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » est celle que l'hébergeur doit effacer tout contenu illicite dont il a la connaissance.[313] La faute de l'hébergeur ne peut alors être affirmée qu'en cas de connaissance du contenu illicite et manque d'intervention immédiate. Ce devoir de suppression du contenu illicite dont il a connaissance se rajoute alors aux obligations légales de l'hébergeur. Le manquement à cette obligation particulière est par conséquent une condition de fond du régime de responsabilité secondaire des hébergeurs. Elle s'intègre dans le régime de responsabilité secondaire pour violation d'une obligation, dont le fondement se trouve à l'article 1240 du Code civil, et rappelle d'ailleurs l'idée du triptyque « *pouvoir – savoir – inertie* ».[314] L'hébergeur n'a pas d'obligation supplémentaire de vigilance et ne doit pas empêcher la réapparition d'un contenu supprimé.[315] Dans les mots de la Cour de cassation :

> « *Attendu qu'en se prononçant ainsi, quand la prévention imposée aux sociétés Google pour empêcher toute nouvelle mise en ligne des vidéos contrefaisantes, sans même qu'elles en aient été avisées par une autre notification régulière pourtant requise pour qu'elles aient effectivement connaissance de son caractère illicite et de sa localisation et soient alors tenues d'agir promptement pour la retirer ou en rendre l'accès impossible, aboutit à les soumettre, au-delà de la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des mises en ligne illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ;* ».[316]

50. **Apports de la « *Störerhaftung* ».** On peut également observer une certaine perception de l'exemption de responsabilité de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » en tant que propre régime de responsabilité dans le cadre de la *Störerhaftung*. L'analyse de ce régime a montré que la violation d'une obligation de contrôle par l'intermédiaire est une condition de fond pour engager sa responsabilité. De manière générale c'est la connaissance de l'infraction qui déclenche l'obligation de contrôle de l'intermédiaire. Cette obligation peut ensuite être approfondie selon sa proximité de l'atteinte. Pour résumer, est responsable selon la *Störerhaftung* l'intermédiaire qui, privilégié ou non, demeure inactif à partir de sa connaissance de l'atteinte et viole par conséquent une obligation de contrôle. On retrouve alors l'idée sous-jacente de notification et de retrait de l'article 14 de la

---

[312] J.-A. BENAZERAF, « Qualification et responsabilité des sites contributifs », Dalloz IP/IT 2016, p. 173 ; A. DIMEGLIO, « Notification des hébergeurs : obligatoire ou facultative ? », Légipresse 2016/2, n° 335, p. 90 ; P.-Y. GAUTIER, « De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », D. 2011, p. 2054 ; L. GRYNBAUM, « LCEN. Une immunité relative des prestataires de services Internet », CCE 2004/9, étude 28, p. 36.

[313] Certes, la directive « *e-commerce* » prévoit comme sanction d'un manque d'action prompte l'inapplicabilité de l'exemption de responsabilité et non pas la responsabilité de l'hébergeur.

[314] A. BENSAMOUN et J. GROFFE, *Répertoire de droit civil, Création numérique*, Dalloz, éd. 2014, n° 187.

[315] TGI Paris, n° 13/09290, 29 janvier 2015, PI 2015, n° 55, 202, obs. Bernault – KARE Productions/YouTube ; autrement encore TGI Paris, n° 06/11874, 19 octobre 2007, JurisData n° 2007-344344 = CCE 2007/12, comm. 143 – Zadig Productions/Google : « [...] *l'argumentation selon laquelle chaque remise en ligne constitue un fait nouveau nécessitant une nouvelle notification doit être écartée dans la mesure où, si les diffusions successives sont imputables à des utilisateurs différents, leur contenu, et les droits de propriété intellectuelle y afférents, sont identiques;* » ; également CA Paris, n° 09/21941, 4 février 2011 – Google/aufeminin.com ; TGI Paris, n° 06/18473, 10 avril 2009 – Zadig Productions/Dailymotion.

[316] Cass. civ. 1re, n° 11-13.666, 12 juillet 2012, JurisData n° 2012-015877 = RLDI 2012/85, n° 2866, p. 77 s., obs. Costes – Google France/Bac Films ; d'autre avis T. com. Paris, 20 février 2008 – Flach Film/Google France : « [...] *si l'hébergeur n'est pas tenu à une obligation de surveillance générale, il est tenu à une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière, à partir du moment où il a eu connaissance du caractère illicite du contenu,* [...] » ; également C. CARON, « Responsabilité des hébergeurs : requiem pour le « take down, stay down » », CCE 2012/9, comm. 91, p. 28.

directive « *e-commerce* » qui est devenue une condition matérielle de responsabilité comme en France. Contrairement au régime de responsabilité atténuée français, le champ d'application *ratione personae* de la responsabilité de nuisance n'est cependant pas limité au fournisseur d'hébergement. Sont également touchés le fournisseur de cache et le fournisseur d'accès. Ce dernier devrait pourtant, selon l'article 12 de la directive « *e-commerce* », pouvoir s'exonérer de toute responsabilité civile et pénale à partir du moment où il n'influence pas la transmission. Il se pose alors la question de savoir si l'on peut réellement créer des obligations à la charge du fournisseur d'accès dont la violation engagerait sa responsabilité.[317] Cela risquerait la création de conditions supplémentaires de l'exonération de responsabilité, contraires au droit de l'Union.[318]

Cette question souligne le désavantage de la rédaction négative des exemptions de responsabilité. Il est primordial de bien cerner leur contenu : elles codifient des cas précis dans lesquels un intermédiaire ne peut être tenu responsable du fait de l'atteinte à un droit d'auteur commis par un utilisateur. Si les exonérations de responsabilité présument alors l'existence d'une responsabilité secondaire, elles ne peuvent avoir comme résultat le fait que cette responsabilité ne puisse avoir des conditions supplémentaires. Tout au contraire : les États membres sont libres de conceptualiser leurs propres régimes de responsabilité. Le fait que la *Störerhaftung* impose aux fournisseurs d'accès une obligation de contrôle légère n'est alors pas en conflit avec le droit de l'Union. En revanche, le refus d'application de l'article 8 de la loi sur les télémédias, qui prévoit l'exonération du fournisseur d'accès, à la *Störerhaftung*, qui elle est devenue un régime de responsabilité secondaire en matière de droit d'auteur, est bien contraire au droit de l'Union.

Toutefois ce refus d'application doit être analysé dans le contexte de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » « transposé » par la responsabilité de nuisance. L'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » et sa transposition nationale doivent, quant à eux, être envisagés de manière totalement indépendante des exonérations de responsabilité.[319] En ce qui concerne le régime des injonctions, il convient de rappeler que les États membres sont libre d'instaurer des conditions supplémentaires à celles stipulées par l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ».[320] La *Störerhaftung* prise en sa qualité de transposition de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » peut alors exiger la violation d'une obligation de contrôle de la part du fournisseur d'accès. De nouveau le véritable problème consiste en la dénaturation du régime de responsabilité de nuisance qui couvre tant les cas d'une responsabilité délictuelle secondaire que les cas d'injonctions.[321]

51. **Conclusions.** La compréhension correcte des exemptions de responsabilité est celle d'une exonération pure et simple examinée avant le constat d'une éventuelle responsabilité. On ne

[317] Le seul fait que la jurisprudence allemande n'a, à ce jour, pas affirmé une violation d'une telle obligation de la part d'un fournisseur d'accès « classique » ne les exclut pas du champ d'application *ratione personae* de la *Störerhaftung*. Jusqu'à présent, aucun titulaire de droit a correspondu aux exigences de subsidiarité instaurées par le *Bundesgerichtshof*, cf. à ce sujet supra n° 24 et n° 44.

[318] On peut inversement déduire de la « Störerhaftung » que le fournisseur d'accès n'est que protégé d'une éventuelle responsabilité s'il respecte son obligation ; même le législateur allemand en a tiré la conclusion qu'une instauration (légale) de l'obligation de contrôle pour le fournisseur d'accès serait contraire au droit de l'Union, cf. BT-Drs. 18/8645, p. 10.

[319] Cf. supra n^{os} 38 ss.

[320] Cf. le considérant 59, phrase 5 de la directive « *InfoSoc* ».

[321] « *Il est alors surprenant que la nature fondamentalement différente des mesures européennes de mise en œuvre des droits est complètement ignorée par la jurisprudence allemande.* » [traduction par l'auteur] F. HOFMANN, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, Mohr Siebeck, 2017, p. 89 ; « Störerhaftung von Access-Providern für Urheberrechtsverletzungen Dritter » NJW 2016, p. 769, spéc. p. 771 ; J. KROPP, *Haftung von Host- und Access-Providern bei Urheberrechtsverletzungen*, Lang, 2012, p. 170.

peut toutefois y repérer un obstacle à la création de conditions de responsabilité des régimes nationaux. La conception française qui interprète l'article 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique en tant que régime de responsabilité (secondaire) atténuée de l'hébergeur pour faute, pareille faute constistant à ne pas avoir supprimé un contenu illicite dont il avait connaissance, n'est donc pas contraire au droit de l'Union. Une codification explicite en tant que régime de responsabilité aurait toutefois été souhaitable. La « *Störerhaftung* » allemande, si l'on admet sa conformité aux exigences européennes, montre cependant plusieurs défauts qui résultent – entre autres – d'une incompréhension des exemptions de responsabilité. Il est en tout cas notable que la compréhension nationale des exemptions de responsabilité suggère une certaine harmonisation des obligations des intermédiaires dont la violation représente une condition de fond à leur responsabilité secondaire. Cela devient d'autant plus clair lorsqu'on s'intéresse à l'idée sous-jacente des articles 13 et 14 de la directive « *e-commerce* » qui est celle d'une procédure de notification et de retrait.

Section II La procédure de notification et de retrait

Les transpositions des exemptions de responsabilité en général et de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » en particulier ont obligé les États membres à faire face à l'idée d'une procédure de notification et de retrait esquissée par la directive « *e-commerce* ». Les conceptions nationales d'une telle procédure (1.) fournissent des apports à son élaboration européenne (2.).

1. La procédure de notification et de retrait dans les juridictions des États membres

52. **La connaissance du contenu illicite : contenu et degré.** Au niveau européen, la connaissance du contenu illicite entraîne la privation de l'exemption de responsabilité du fournisseur de cache et de l'hébergeur, à condition que l'intermédiaire n'agisse pas promptement pour retirer les informations. La connaissance établie alors l'obligation du fournisseur de cache ou d'hébergement « d'agir promptement » afin de pouvoir se prévaloir de son exemption de responsabilité. Dans les conceptions nationales d'une responsabilité secondaire des intermédiaires démontrées ci-dessus, la connaissance joue un rôle similaire. Tant la jurisprudence française qu'allemande ont fait de la connaissance du contenu précis et de son caractère (manifestement[322]) illicite un déclencheur d'une obligation de faire. La connaissance de l'infraction primaire représente de surcroît traditionnellement un élément de la responsabilité secondaire comme il a été montré dans le cadre de la « *joint tortfeasance* » ou de la participation.[323]

La connaissance est à distinguer de l'intention. Elle se divise en connaissance effective et connaissance construite. Cette dernière correspond à l'ignorance négligente. Suffit-elle pour déclencher des obligations de faire ? Dans le cadre de la *joint tortfeasance* la connaissance

[322] « [...] *ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ;* » Cons. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004 – LCEN ; BGH, I ZR 57/09, BGHZ 191, 19 = GRUR 2011, 1038, n° 21 – Stiftparfüm ; I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 (706) – Internet-Versteigerung III.

[323] C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright*, Wolters Kluwer, 2017, p. 265.

construite ne suffisait pas pour déclencher la responsabilité. La Cour de justice commence toutefois de toute évidence à élargir la notion de connaissance. Dans ses arrêts *GS Media*[324], *Filmspeler*[325], et *Ziggo BV*[326], elle se penche sur la connaissance de l'intermédiaire et affirme la satisfaction d'une connaissance construite. Ces arrêts ne sont pourtant pas rendus en matière d'exemption de responsabilité, mais concernent le régime de responsabilité directe.[327] Ils ne permettent pas d'en tirer des conclusions en ce qui concerne la connaissance requise par les articles 13 s. de la directive « *e-commerce* ». Puisque la directive impose elle-même aux intermédiaires concernés qu'ils agissent et suppriment le contenu pertinent, on ne peut admettre qu'une connaissance construite soit suffisante. La connaissance, limite supérieure d'une éventuelle responsabilité pour négligence, requise dans ce cadre est alors une connaissance effective de l'atteinte.[328]

53. **Présomption de connaissance.** La directive « *e-commerce* » n'instaure pas au-delà un système procéduralisé de notification et de retrait. Elle ne répond pas non plus à la question de savoir si la connaissance peut être présumée. Tant le législateur anglais que français ont saisi l'occasion de transposition de la directive « *e-commerce* » afin d'introduire une norme selon laquelle la connaissance est présumée ou au moins attendue si l'intermédiaire a reçu une notification contenant des informations précises concernant la personne du notifiant, des détails permettant la localisation du contenu illicite et des détails de l'infraction des droits.[329] Alors que la norme anglaise, précisément la section 22 de la loi sur le commerce éléctronique, considère une telle notification complète comme indice de la connaissance, le législateur français a instauré à l'article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique une présomption de connaissance du contenu illicite lorsque l'hébergeur reçoit une notification contenant les informations indiquées.[330]

La Cour de justice est allée encore plus loin en introduisant une présomption réfragable de connaissance de l'intermédiaire, indépendante d'une notification préalable de la part du titulaire de droit.[331] Dans l'arrêt *GS Media*, la Cour présume que celui qui fournit un lien renvoyant à une source illicite à titre lucratif connaît la nature illicite du site de source et, par conséquent, est directement responsable pour contrefaçon.[332] Cette présomption peut-elle être généralisée et appliquée en ce qui concerne une responsabilité secondaire harmonisée des intermédiaires ? Étant

[324] « *Il convient […] de tenir compte de la circonstance que cette personne* ***ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir****, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur* » CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, n° 47 – GS Media [souligné par l'auteur].

[325] « *Lorsqu'il est établi qu'une personne qui offre un accès direct à des œuvres protégées* ***savait ou devait savoir*** *que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une « communication au public* » CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n° 49 – Filmspeler [souligné par l'auteur].

[326] « *En tout état de cause, il ressort de la décision de renvoi que les administrateurs de la plateforme en ligne TPB* ***ne pouvaient ignorer que cette plateforme donne accès à des œuvres publiées sans l'autorisation des titulaires de droits****, eu égard à la circonstance, expressément soulignée par la juridiction de renvoi, qu'une très grande partie des fichiers torrents figurant sur la plateforme de partage en ligne TPB renvoient à des œuvres publiées sans l'autorisation des titulaires de droits* », CJUE, aff. C-610/10, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n° 45 – Ziggo BV [souligné par l'auteur].

[327] À cet égard cf. également E. ROSATI, « The CJEU Pirate Bay judgement and its impact on the liability of online platforms », EIPR 2017, 39(12), p. 737, spéc. p. 740 ss.

[328] C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright*, Wolters Kluwer, 2017, p. 272 ; cf. également Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR, aff. C-610/15, EU:C:2017:99, n° 52 – Ziggo BV.

[329] Section 22 de la loi sur le commerce éléctronique ; article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique ; EADY J, Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB) ; EADY J, Tamiz v Google [2012] EWHC 449 (QB), n° 59.

[330] Article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique : « *La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants […]* ».

[331] CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n° 51 – GS Media.

[332] Cf. à ce sujet infra n^{os} 82 s.

donné que la directive « *e-commerce* » serait la base d'une telle harmonisation et que les intermédiaires visés par celle-ci fournissent leurs services « *normalement contre rémunération* »[333], cette présomption serait toujours applicable. Les intermédiaires concernés par les articles 13 et 14 de la directive « *e-commerce* » seraient alors toujours responsables d'une information illicite car leur connaissance serait toujours présumée et ils auraient à la suite violé l'obligation d'effacer le contenu en cause. Cela viderait l'article 14 de la directive « *e-commerce* » de sens dont l'idée sous-jacente est plutôt celle d'une procédure de notification et de retrait et non pas celle d'une responsabilité automatique. Il apparaît alors insensé d'introduire une telle présomption dans le cadre d'une métamorphose des exemptions de responsabilité en conditions de fond d'une responsabilité secondaire. Cela viendrait, par ailleurs, également à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice qui a bien précisé que, en ce qui concerne l'applicabilité des exemptions de responsabilité, des considérations économiques ne jouent aucun rôle.[334] L'arrêt *GS Media*, qui fut de surcroît rendu en matière de responsabilité directe du fournisseur de liens, ne se prête donc pas à une généralisation dans le cadre de l'harmonisation d'une responsabilité secondaire.[335]

54. **« Notification et retrait » en matière criminelle.** Concernant la commission de certains crimes en ligne comme la pédopornographie, à la fois le législateur français et le législateur britannique sont allés au-delà des réquisitions de la directive « *e-commerce* » et ont instauré des procédures de notification et de retrait légales.

Au Royaume-Uni, la « *Internet Watch Foundation* », une société surveillant l'Internet et son absence de contenus pédopornographiques, offre la possibilité à tout internaute de lui notifier de tels contenus. Suite à une notification, elle inclut l'adresse URL dudit contenu sur une liste qu'elle actualise plusieurs fois par jour et la transmet aux fournisseurs d'accès. Ces derniers fournissent des moyens automatisés pour empêcher ou compliquer l'accès aux contenus.[336] De plus, les fournisseurs d'hébergement sont obligés par la section 3 (2), (3) de la loi sur le terrorisme[337] de modifier tout contenu représentant un crime qui leur est indiqué par les autorités policières. Ce système ressemble à l'obligation de prévention contenue dans les articles 6-I-7 et 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique présentés ci-dessus, lesquels n'instaurent toutefois pas de procédure de notification et de retrait.

55. **Idée de « procéduralisation » en matière civile.** Ailleurs qu'en matière criminelle, il n'existe pas de « procéduralisation » des droits en matière civile. On entend par « procéduralisation » l'instauration d'une procédure particulière concernant la mise en œuvre des droits que les titulaires de droit doivent suivrent nécessairement afin de pouvoir agir contre l'intermédiaire. La procéduralisation a donc pour objet de décharger les intermédiaires du risque de

[333] Article 1er § 2 de la directive 98/48/CE telle que modifiée par la directive 98/48/CE.
[334] CJUE, aff. C-236/08 – C-238/08, EU:C:2010:159, Rec. 2010 I-02417, n° 116 – Google France et Google ; aff. C-291/13, EU:C:2014:2209, Rec. num. 2014, n° 42 – Papasavvas/O Fileleftheros Dimosia Etaireia.
[335] On peut d'ailleurs observer que la Cour de justice se distancie elle-même de cette présomption de connaissance vu qu'elle n'y fait plus référence dans ses arrêts *Filmspeler* et *Ziggo BV*, cf. également A. OHLY, « Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen »GS Media«, »Filmspeler« und »The Pirate Bay«: Abenddämmerung für die Störerhaftung? », ZUM 2017, p. 793, spéc. p. 800 ; à ce sujet infra n° 87.
[336] Twentieth Century Fox Film Corp & Ors v British Telecommunications Plc [2011] EWHC 1981 (Ch), nos 65 s.
[337] Terrorism Act 2006, c.11.

responsabilité et d'augmenter la sécurité juridique en clarifiant que l'intermédiaire ne doit agir que dans le cadre d'une procédure concrète.[338]

56. **Procéduralisation française.** Alors qu'elle n'est pas prévue au niveau européen, l'ordre juridique français connaît une certaine procéduralisation des droits d'auteur. Selon le libellé de l'article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, la notification d'un contenu illicite ne présente qu'un caractère facultatif. Toutefois, la question est survenue de savoir si la connaissance pouvait uniquement être atteinte par le biais d'une notification complète ou si l'intermédiaire pouvait également acquérir connaissance par un autre moyen.[339] La jurisprudence s'est généralement montrée sévère et n'a que reconnu la notification complète comme déclencheur de connaissance.[340] La simple référence à des contenus contrefaisants ne suffit pas.[341] Au fur et à mesure, la jurisprudence a alors transformé la présomption de connaissance de l'article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique en une condition de fond.[342] Cette compréhension de l'article 6-I-5 de la loi précitée entraîne une sorte de procéduralisation. Les intermédiaires concernés ne doivent agir qu'à partir de la réception d'une notification complète. Cette conception *contra legem* a un avantage important : si l'intermédiaire ne peut acquérir connaissance que par une notification complète de la part des titulaires de droit, cela ne le décourage pas de conduire à des contrôles et filtrages facultatifs sur son site étant donné qu'il ne pourra pas acquérir connaissance au sens de l'article 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique dans le cadre de tels contrôles.[343]

57. **Procéduralisation allemande.** Alors qu'il n'existe pas de norme comparable en Allemagne, le *Bundesgerichtshof* a également montré une tendance à la procéduralisation. Sa VI^{ème} section, compétente en matière de diffamation, a instauré dans le cadre des obligations de contrôle de la responsabilité de nuisance un processus de participation sophistiqué qui oblige l'intermédiaire (notamment l'opérateur d'une plateforme d'évaluation) à transmettre la notification à l'utilisateur ayant posté le contenu sur la plateforme pour lui donner l'occasion de justifier son contenu vis-à-vis de l'intermédiaire.[344] L'obligation de ce dernier, déclenchée par la reception d'une notification,

---

[338] F. HOFMANN, « Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärshaftung im Allgemeinen? », ZUM 2017, p. 102, spéc. p. 104 ; M. GRÜNBERGER, « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 916.

[339] C. CASTETS-RENARD, « Revirement de l'arrêt *Tiscali* et conformation de la qualité d'hébergeur pour DailyMotion », RLDI 2011/69, n° 2258, p. 10, spéc. p. 12 ; L. THOUMYRE, « L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0 », CCE 2008/2, étude 5, n° 4.

[340] Cass. civ. 1re, n° 09-15.857, 17 février 2011 – X/Amen ; n° 09-67.896, 17 février 2011, RLDI, 2011/69, n° 2281, p. 46 s., obs. Costes = D. 2011, 1113, obs. Manara – Nord-Ouest films/Dailymotion ; TGI Paris, n° 08/03717, 24 juin 2009 – Lafesse/Google ; n° 08/08771, 13 octobre 2008, RLDI 2008/43, n° 1424, p. 50 – 20 minutes ; toutefois, certains arrêts affirment expressément une possibilité d'acquérir la connaissance différemment que par notification, cf. CA Paris, n° 09/11729, 14 janvier 2011 – Google/Bac Films ; n° 2008/08604, 14 avril 2010, RLDI 2010/62, n° 2034 – Omar S., Fred T./Dailymotion ; TGI Paris, n° 07/14171, 10 juillet 2009, RLDI 2009/52, n° 1723, p. 47, obs. Costes – Bayard Presse/YouTube.

[341] TGI Paris, ord. réf., n° 07/58913, 9 janvier 2008 – Mezrahi/YouTube.

[342] C. CASTETS-RENARD, « Revirement de l'arrêt *Tiscali* et conformation de la qualité d'hébergeur pour DailyMotion », RLDI 2011/69, n° 2258, p. 10, spéc. p. 12 ; A. DIMEGLIO, « Notification des hébergeurs : obligatoire ou facultative ? », Légipresse 2016/2, n° 335, p. 90 ; J.-L. FANDIARI, « Le formalisme de la procédure de notification des contenus litigieux aux hébergeurs doit être respecté », RLDI 2008/44, n° 1454, p. 32.

[343] L. THOUMYRE indique justement que la notification complète permet également aux intermédiaires de réagir de manière rapide, cf. L. THOUMYRE, « L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0 », CCE 2008/2, étude 5, n° 4.

[344] BGH, VI ZR 34/15, ZUM-RD 2016, 355 – jameda ; VI ZR 93/10, BGHZ 191, 219 = NJW 2012, 148 – Blog-Eintrag.

est alors celle d'un renseignement sérieux auprès de son utilisateur.[345] Il doit ensuite transmettre les renseignements de l'utilisateur à la partie lésée après avoir noirci les informations confidentielles. Une obligation de supprimer le contenu n'est déclenchée à la charge de l'intermédiaire que si l'utilisateur ne réagit pas ou s'il réagit de manière insuffisante.[346] Ce système sans base légale n'est appliqué qu'en matière de diffamation.[347] Se pose alors la question de savoir si une telle procéduralisation est souhaitable en droit d'auteur.

2. Approbation d'une procédure harmonisée

58. **Les risques d'une procéduralisation.** La procéduralisation se trouve entre deux pôles : celui dit du « *underenforcement* » en cas d'absence totale d'une procéduralisation, et celui dit des « *chilling effects* » en cas de procéduralisation trop élaborée.[348] Dans le cas du *underenforcement*, la notification d'un contenu illicite n'entrainerait aucune obligation de faire de l'intermédiaire. L'épée de Damoclès qui est justement son éventuelle responsabilité pour réaction inadéquate à la notification manquerait. Il faut alors s'attendre à une suppression trop laxiste des contenus illicites ce qui induit le risque d'une mise en œuvre des droits sous-développée (« *underenforcement* »). De l'autre côté, il existe le risque des *chilling effects*, notamment d'une suppression sans véritables hésitations de la part de l'intermédiaire s'il voit sa responsabilité automatiquement engagée pour manque de réaction à une notifiaction de la part du titulaire de droit.[349] Cela mènerait à la suppression accrue des contenus protégés par la liberté d'expression au-delà des contenus contrefaisants.[350]

Ces deux pôles désignent ainsi les extrêmes d'une procéduralisation. Les risques font cependant émerger une marge de manœuvre entre ces deux pôles qui pourrait aboutir à une procéduralisation raisonnable.

59. **Charge de surveillance et notification.** Si la procéduralisation veut trouver une voie moyenne entre ses deux extrêmes, il faut limiter les risques prévisionnels au détriment des intermédiaires.[351] Cela se fait tout d'abord par l'imposition de la charge de rechercher les contenus illicites aux titulaires de droit. Au vu de l'absence d'obligation générale de surveillance, instaurée par l'article 15 de la directive « *e-commerce* », se sont les titulaires de droit qui doivent indiquer

[345] BGH, VI ZR 34/15, ZUM-RD 2016, 355, n° 42 – jameda.

[346] Critiquant le système L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 121.

[347] Il a d'ailleurs servi comme base pour une nouvelle loi sur l'amélioration de la mise en œuvre de droits dans les réseaux sociaux (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) du 1er septembre 2017, BGBl. 2017, I p. 3352, qui instaure un système de notification et de retrait à l'encontre des réseaux sociaux pour certains crimes comme la diffamation, cf. N. GUGGENBERGER, « Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung », NJW 2017, p. 2577 ; « Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht », ZRP 2017, p. 98 ; cette loi ne touche pourtant pas la mise en œuvre du droit d'auteur.

[348] F. HOFMANN, « Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärshaftung im Allgemeinen? », ZUM 2017, p. 102, spéc. p. 105 ; A. OHLY, « Die Haftung von Internet-Dienstleistern für die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten », GRUR 2017, p. 441, spéc. p. 450.

[349] L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 120 s.

[350] Également L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 120 s.

[351] F. HOFMANN, « Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärshaftung im Allgemeinen? », ZUM 2017, p. 102, spéc. p. 106.

aux intermédiaires les contenus précis considérés comme illicites. Ensuite, le contenu de la notification nécessite une standardisation concrète. Celle-ci doit comporter des informations assez précises afin de pouvoir localiser et évaluer l'atteinte et son caractère manifestement illicite, comme l'indiquent le modèle français et britannique.

60. **Obligations de suppression indirectes**. Par ailleurs, il est utile de réfléchir à l'instauration d'un système de participation de l'utilisateur, comme l'a fait la VI[ème] section du *Bundesgerichtshof*, qui ne déclencherait l'obligation de suppression qu'indirectement.[352] Ce système prévoit que l'intermédiaire doit, après reception d'une notification, se renseigner auprès de son utilisateur, contrefacteur présumé des faits de l'espèce. Il a pour but de décharger les intermédiaires qui ne doivent pas vérifier si le contenu notifié est illicite ou non, mais « simplement » contacter l'utilisateur ayant posté ledit contenu. Toutefois, cette participation de l'utilisateur impose un effort considérable aux intermédiaires.[353] À moins que l'utilisateur réagisse à la notification transmise, l'intermédiaire ne peut pas se libérer d'une telle vérification mais doit supprimer le contenu à condition qu'il soit illicite.

Certains auteurs exigent une participation similaire de l'utilisateur, auteur du contenu, en matière de droit d'auteur. L'article 42 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce[354], selon ces auteurs, requerrait une telle participation.[355] Cependant, contrairement à cette interprétation de l'article, celui-ci ne stipule pas d'obligation de faire participer l'auteur d'un contenu au processus de suppression ou de blocage.[356] Intitulé « *procédures loyales et équitables* », la norme garantit certains droits procéduraux aux « *détenteurs de droits* » et aux « *défendeurs* ». Elle ne concerne dont que les personnes faisant partie d'une procédure judiciaire ce que sont, dans les présents cas de suppression d'un contenu ou de blocage d'un site, le titulaire de droit et l'intermédiaire. L'article 42 de l'Accord précité ne prévoit donc en aucun cas la participation d'une personne tierce, même si celle-ci paraît être l'auteur direct de l'infraction.[357]

Une telle participation ne semble de surcroît pas être souhaitable en matière de droit d'auteur. Contrairement au droit de diffamation, où l'affirmation d'une violation de droits dépend toujours d'une balance des intérêts en cause, il existe en droit d'auteur des violations claires et manifestes. Dans de tels cas, il ne serait pas justifié de retarder la suppression du contenu par une participation de son auteur.

---

[352] BGH, VI ZR 34/15, ZUM-RD 2016, 355 – jameda ; VI ZR 93/10, BGHZ 191, 219 = NJW 2012, 148 – Blog-Eintrag.

[353] Également L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 121.

[354] « ADPIC », du 15. avril 1994.

[355] CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, p. 100 ; A. MARSOOF, « The Blocking Injunction – A Critical Review of Its Implementation in the United Kingdom Within the Legal Framework of the European Union », IIC 2015, p. 632, spéc. p. 645 ss. ; L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 121 s.

[356] D'autre avis A. MARSOOF, « The Blocking Injunction – A Critical Review of Its Implementation in the United Kingdom Within the Legal Framework of the European Union », IIC 2015, p. 632, spéc. p. 645 ss. ; pour un aperçu des droits connus par l'article 42 ADPIC cf. T. DREIER, « TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums », GRUR Int. 1996, p. 205, spéc. p. 211.

[357] H. HOFFMANN, *in Spindler/Schuster*, C.H.Beck, 3 éd., 2015, Vor §§ 7 ff. TMG, n° 17 ; d'autre avis A. MARSOOF, « The Blocking Injunction – A Critical Review of Its Implementation in the United Kingdom Within the Legal Framework of the European Union », IIC 2015, p. 632, spéc. p. 645 ss.

61. **Contenu manifestement illicite.** Le rattachement d'une procédure de notification et de retrait à une violation manifeste couperait également l'herbe sous le pied de la critique selon laquelle l'intermédiaire devient à la fois juge et partie.[358] Cette critique se fonde essentiellement sur le fait que l'intermédiaire, qui ne doit qu'effacer des contenus *illicites*, décidera par sa propre évaluation si la notification concerne bien un tel contenu. Le jugement d'illicéité peut pourtant s'avérer difficile et doit rester réservé aux magistrats.

Par contre, si l'on réduisait l'obligation de l'intermédiaire à la suppression des contenus manifestement illicites, il ne devrait pas porter le fardeau d'une évaluation d'illicéité difficile. Sa décision de supprimer le contenu dans de tels cas ne ferait pas de lui un juge de sujets tiers, mais correspondrait simplement à la satisfaction de ses propres obligations.[359]

62. **Autres contenus.** En cas de doutes légitimes concernant l'illicéité du contenu de la part de l'intermédiaire, on ne peut ni exiger qu'il joue le rôle du juge en examinant la possible violation, ni qu'il l'efface sans le constat concret qu'il s'agit bien d'une violation du droit d'auteur. Que faire ? La décision prise par rapport aux cas douteux est réservée aux magistrats. On pourrait ici suivre l'exemple britannique et français des ordonnances de blocage. Cela signifie pour la procéduralisation des droits que la notification complète ne déclencherait une obligation de supprimer le contenu qu'en cas d'illicéité manifeste.[360] Au-delà des contenus manifestement illicites, la notification pourrait mener à une obligation de réaction de l'intermédiaire : l'intermédiaire ayant des doutes légitimes concernant la licéité du contenu devrait faire parvenir aux titulaires de droits, expéditeurs de la notification, un avis motivé précisant ses doutes. Cela éviterait une suppression trop rapide des contenus protégés par la liberté d'expression. Les titulaires de droits auraient ensuite la possibilité, après considération des arguments de l'intermédiaire, de porter le litige devant un juge et d'obtenir une injonction. Pour éviter que l'intermédiaire s'appuie précipitamment sur une simple obligation de réaction, il devrait supporter la charge des frais de justice au cas où le juge prononce une injonction à son encontre. Cela rappelle également la gestion des injonctions par la Cour de justice.[361]

63. **Prévention d'abus.** Suivant l'exemple du législateur français, il faudrait également instaurer une norme qui prévient l'abus de la possibilité de notifier les intermédiaires. L'article 6-I-4 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique prévoit à cette fin que la personne qui demande le retrait d'un contenu sachant qu'il est licite est punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15.000,00 €.

---

[358] L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 121 ; T.-E. SYNODINOU, « Régulation et autorégulation du droit d'auteur sur Internet », *in Mélanges en l'Honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 719, spéc. p. 730.

[359] Également F. HOFMANN, « Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärshaftung im Allgemeinen? », ZUM 2017, p. 102, spéc. p. 108.

[360] Ceci correspond justement à la jurisprudence française et allemande, cf. supra n° 23 et n° 53.

[361] « *Par voie de conséquence, il doit être considéré que, pris isolément, l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2000/31 n'exclut pas non plus que cette même personne puisse* ***demander le remboursement des frais de mise en demeure et de justice exposés*** *à l'occasion d'une demande, telle que celle évoquée au point précédent*. », CJUE, aff. C-484/14, EU:C:2016:689, Rec. num. 2016, n° 79 – McFadden [souligné par l'auteur]. La demande en question était justement une injonction suivant l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » à l'encontre d'un fournisseur d'accès protégé par l'article 12 § 1 de la directive « *e-commerce* ».

Conclusion de la Section II

Il faut saluer la procéduralisation du droit d'auteur dans le cadre de l'action contre les intermédiaires.[362] Elle présente certes des risques, qui peuvent néanmoins être réduits à un minimum. L'idée esquissée par la directive « *e-commerce* » d'une procédure de notification et de retrait peut et devrait alors être convertie en une condition de fond.

Conclusion du Chapitre I

Il ressort de cette analyse que le fondement d'une responsabilité secondaire pour violation d'une obligation de vigilance se trouve d'ores et déjà au sein du droit de l'Union, notamment dans les exemptions de responsabilité. Si, à l'époque de son adoption, la responsabilité secondaire des intermédiaires n'était pas censée être touchée, la directive « *e-commerce* » contient néanmoins des valeurs communes, transformables en conditions de fond d'une responsabilité secondaire harmonisée. Les exemptions de responsabilité, transformées en conditions de fond d'un régime de responsabilité secondaire européen, permettraient d'ailleurs d'instaurer une procédure de notification et de retrait afin de procéduraliser la mise en œuvre du droit d'auteur. Une telle procédure exigerait, pour éviter les risques des *chilling effects* et du *underenforcement*, des normes claires et précises concernant le fait générateur d'une obligation à la charge de l'intermédiaire : la notification. En s'inspirant des régimes nationaux et notamment de l'article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique et de la section 22 de la loi sur le commerce éléctronique britannique, une procédure harmonisée de notification et de retrait devrait exiger que la notification comporte certains éléments obligatoires afin de déclencher une obligation de faire de la part de l'intermédiaire. Cette obligation prendrait la forme d'une obligation de suppression ou de blocage en cas de contenu manifestement illicite, sinon d'une obligation d'exprimer ses doutes envers le titulaire de droit notifiant par avis motivé. Dans ce deuxième cas, le titulaire de droit aurait la possibilité, après avoir considéré les arguments de l'intermédiaire, de demander à un juge une ordonnance à l'encontre de l'intermédiaire.

Chapitre II La portée d'une responsabilité secondaire harmonisée

Il est devenu clair que des obligations de vigilance peuvent être harmonisées dans le cadre d'une procédure de notification et de retrait. Il demeure toutefois crucial de s'interroger sur la portée d'une responsabilité secondaire harmonisée en clarifiant ses conséquences juridiques (Section I) et le manque d'alternatives (Section II).

[362] Également CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, p. 69 s. ; L. SPECHT, « Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärshaftung im Allgemeinen? », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 122 ; il faut alors regretter que la Commission, qui avait montré sa conscience pour le sujet de la procéduralisation (cf. COM (2011) 942 final/2 du 6 février 2012, p. 13.), n'y revient plus dans ses nouvelles propositions.

Section I Les conséquences juridiques : omission et dommages et intérêts

La question des conséquences juridiques d'une responsabilité, même secondaire, harmonisée étonne dans un premier temps. Il apparaît clair que tout régime de responsabilité, ayant des spécificités concernant les conditions de fond ou non, mène aux mêmes conséquences : la partie lésée peut demander la cessation du dommage et, de surcroît, des dommages et intérêts. Faut-il alors réellement s'interroger sur la possibilité des auteurs de demander des dommages et intérêts de la part d'un intermédiaire qui a violé ses propres obligations et ainsi contribué à l'atteinte principale ? Les difficultés liées à cette question apparaissent au sein du débat entre la jurisprudence allemande, qui refuse l'octroi de dommages et intérêts, et la doctrine, qui réprouve un tel refus.[363] Afin de clarifier, une fois pour toutes, l'exactitude de la critique doctrinale et du régime de responsabilité (secondaire) français, la présente analyse exposera les risques existants lors de l'instauration d'une responsabilité secondaire non limitée aux injonctions (1.) et leur prévention (2.).

1. Les risques de disproportion

64. **Cadre juridique européen.** L'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » ne prévoit que la possibilité d'obtenir des injonctions à l'encontre des intermédiaires. Il n'a cependant pas un effet contraignant en ce qui concerne la permission de demandes de dommages et intérêts à leur encontre. Les demandes de dommages et intérêt sont, en matière de propriété intellectuelle, régis par l'article 13 de la directive 2004/48/CE[364]. Il accorde à la partie lésée des demandes de dommages et intérêts contre le « *contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir* »[365]. La norme vise donc le contrefacteur direct. Or, un intermédiaire qui viole une obligation de vigilance et, par conséquent, contribue à la contrefaçon d'un tiers, commet une atteinte indirecte au droit d'auteur. Il peut alors être qualifié de « contrevenant indirect ». En raison du détachement des injonctions d'une éventuelle responsabilité, l'« intermédiaire » concerné par l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » n'est pas nécessairement le « contrevenant ». La disparité des champs d'application de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » et de l'article 13 de la directive 2004/48/CE démontre à l'évidence que le premier ne peut avoir pour effet d'empêcher des demandes de dommages et intérêts à l'encontre d'un « intermédiaire » qui est « contrevenant » (indirect).[366] De plus, l'article 16 de la directive 2004/48/CE, qui laisse aux États membres la possibilité d'appliquer « *d'autres sanctions appropriées en cas d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle* » indique que l'article 13 de la même directive ne fixe qu'un standard minimum. L'article 8 § 2 de la directive « *Infosoc* » doit également être interprété à cette lumière : il impose aux États membres d'offrir la possibilité aux

[363] L'obtention de dommages et intérêts ne pose pourtant aucun problème en France ; au Royaume-Uni une responsabilité visant des dommages et intérêts se fonde sur le régime de la *joint tortfeasance*, dont le champ d'application est pourtant beaucoup plus réduit que celui de l'article 1240 du Code civil, cf. supra n° 9 et n° 15.

[364] Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (« directive 2004/48/CE »).

[365] Article 13 § 1 directive enforcement.

[366] Cf. également A. OHLY, *Der unionsrechtliche Rahmen der Haftung von Intermediären, Gutachten im Auftrag der GEMA*, n° 101.

auteurs d'agir en dommages et intérêts – sans pourtant réduire le champ d'application d'une telle action au contrevenant direct. En somme, l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » n'interdit en rien l'introduction d'une action en dommages et intérêts à l'encontre des intermédiaires, contrevenants indirects.

65. **Problèmes de disproportion**. En l'absence d'une norme spéciale, une telle action en dommages et intérêts devrait se conformer aux exigences de l'article 13 de la directive 2004/48/CE. Pour évaluer les dommages et intérêts résultants d'un préjudice, il propose deux méthodes de fixation[367] : la première est une approche *in concreto* au dommage qui prend en compte les conséquences économiques négatives de l'infraction, notamment le gain manqué par la partie lésée et son préjudice moral ainsi que les bénéfices réalisés par le contrevenant.[368] La deuxième approche est *forfaitaire* et se base sur le montant des redevances indemnitaires que le contrevenant aurait dû s'il avait demandé l'autorisation.[369] Le juge doit *a priori* suivre la première méthode. Dans des cas appropriés, qui sont surtout ceux dans lesquels la preuve d'un préjudice réellement subi est difficile, il peut utiliser la deuxième à titre d'alternative.[370] Dans ces cas précis, le titulaire de droit peut fonder sa demande de dommages et intérêts sur son préjudice *forfaitaire*. La Cour de Justice a d'ailleurs admis un certain cumul des deux méthodes en permettant la réclamation d'un préjudice forfaitaire et en même temps d'un préjudice moral.[371] Cela correspond également à l'article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle français dans sa version en vigueur depuis 2014.[372]

En cas d'action à l'encontre des intermédiaires, le choix entre ces deux méthodes pourrait franchir la limite de proportionnalité à laquelle doivent se mesurer les conséquences juridiques d'une action.[373] La détermination d'une redevance de licence indemnitaire, méthode de calcul beaucoup utilisée en Allemagne, pourrait imposer aux intermédiaires, même petits, de verser des sommes exorbitantes aux auteurs ou leurs ayants droit, complètement détachées du préjudice effectivement subi par le titulaire ou du bénéfice reçu par l'intermédiaire.[374] Le montant de cette redevance de licence, fixé par le juge, est basé sur les redevances usuelles. Cette méthode de fixation des dommages et intérêts pourrait, dans certains cas, mettre en péril l'existence des petites entreprises proposant des services en ligne.[375] Même si la responsabilité exigeait la violation d'une obligation de vigilance, la diversité des modèles économiques des intermédiaires pourrait rendre

[367] En laissant de côté les mesures punitives.
[368] C. CARON, « La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon » », JCP G 2007, I. 205, n° 13 ; C. MARECHAL, « Dommages-intérêts dus en cas de contrefaçon : la réparation du préjudice moral est compatible avec la méthode forfaitaire », Dalloz IP/IT 2016, p. 352 ; « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », RTD Com. 2012, p. 245.
[369] Cf. P. BREESE et L. DREYFUSS-BECHMANN et C. RODA et A. KAISER, *Dommages et intérêts alloués dans le cadre des actions en contrefaçon*, 2014, p. 46, 66 – 68 ; J. EICHELBERGER, « Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2) », WRP 2016, p. 1060, spéc. p. 1064 ; B. V. WOLFF, *in Wandtke/Bullinger UrhG*, C.H.Beck. 4 éd., 2014, § 97, n^{os} 58 ss.
[370] Cf. le considérant 26 de la directive 2004/48/CE ; C. CARON, « La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon » », JCP G 2007, I. 205, n° 13.
[371] CJUE, aff. C-99/15, EU:C:2016:173, rec. num. 2016, n° 20 – Liffers/Producciones Mandarina ; C. MARECHAL, « Dommages-intérêts dus en cas de contrefaçon : la réparation du préjudice moral est compatible avec la méthode forfaitaire », Dalloz IP/IT 2016, p. 352.
[372] Celui-ci présice justement que la « *somme [forfaitaire] n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée* ».
[373] Articles 8 § 1 de la directive « *Infosoc* », 3 § 2 de la directive 2004/48/CE.
[374] P. BREESE et L. DREYFUSS-BECHMANN et C. RODA et A. KAISER, *Dommages et intérêts alloués dans le cadre des actions en contrefaçon*, 2014, p. 71.
[375] Cf. également A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 315.

nécessaire l'exclusion des demandes de dommages et intérêts à l'encontre de certains. Il existe différents types d'intermédiaires ayant une proximité plus ou moins établie au dommage. Les plateformes d'échange de pair à pair dénaturées telles que la plateforme *The Pirate Bay* contribuent par exemple d'un point de vue objectif beaucoup plus à la commission des contrefaçons en ligne qu'une plateforme de vente aux enchères telle que *eBay* ou encore une plateforme telle que *YouTube*, qui augmente pourtant le risque de commission de contrefaçon plus qu'un fournisseur d'accès. Obliger tous ces intermédiaires, de manière équivalente, au versement de dommages et intérêts pourrait alors sembler disproportionné dans les cas des intermédiaires éloignés de l'infraction – notamment lorsque le titulaire de droit pourrait choisir la méthode de calcul des redevances indemnitaires.[376]

Une partie de la doctrine allemande indique par ailleurs que la possibilité de demander des dommages et intérêts à l'encontre des intermédiaires techniques serait disproportionnée à l'égard des droits fondamentaux.[377] Le raisonnement est le suivant : l'article 13 § 1 de la directive 2004/48/CE requiert une faute intentionnelle. Les exigences de diligence sont pourtant tellement excessive en droit d'auteur que la responsabilité pour négligence s'apparente presqu'à une responsabilité de plein droit.[378] L'intermédiaire qui souhaite alors éviter des demandes de dommages et intérêts qui pourraient conduire à son insolvabilité, devrait se conformer aux obligations de surveillances existantes les plus strictes. S'il s'orientait uniquement aux obligations moyennes de vigilance, il risquerait que la jurisprudence, qui ne cesse pas de préciser et de développer le contenu des obligations de vigilance, le déclare coupable de ne pas avoir pris toutes les mesures (nouvellement) nécessaires.[379] Cela serait pourtant contraire à la liberté professionnelle des intermédiaires.

66. **Manque d'exemptions de responsabilité.** Les exemptions de responsabilité prévues aux articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* » ne peuvent pas atténuer ces reproches de disproportion, bien qu'elles protègent les intermédiaires qualifiés de fournisseurs d'accès, de cache et d'hébergement des actions en dommages et intérêts.[380] Le système proposé ci-dessus prévoit justement leur métamorphose en conditions de fond. Son avantage est précisément une coordination entre l'application des exemptions de responsabilité et le champ d'application *ratione personae* d'un régime de responsabilité secondaire. Cela signifie qu'un intermédiaire qui aura violé une obligation de vigilance ne pourra plus se prévaloir d'une exemption de responsabilité. La violation d'une obligation de vigilance exlurait leur application. Même les intermédiaires qui se trouvent loin de l'infraction primaire commise par un utilisateur et qui, selon le raisonnement de la

---

[376] Ce risque de disproportion des montants de dommages et intérêts semble d'ailleur être la raison pour laquelle le *Bundesgerichtshof* refuse d'abolir la *Störerhaftung* en matière de droit d'auteur, cf. également A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2017, p. 793, spéc. p. 801 ; J. V. UNGERN-STERNBERG, « Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts », GRUR 2012, p. 576, spéc. p. 581 s.

[377] A. HÜGEL, *Haftung von Inhabern privater Internetanschlüsse*, C.H.Beck, 2014, p. 61 ss.

[378] J. V. UNGERN-STERNBERG, « Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts », GRUR 2012, p. 576, spéc. p. 581 s. ; cf. également A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 315 ; *Urheberrecht in der digitalen Welt*, C.H.Beck, 2014, p. 107 s.

[379] M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability? », *in Ohly [éd.], Common Principles of European IP Law*, Mohr Siebeck 2012, p. 117, spéc. p. 143 s.

[380] « *Il s'ensuit que, lorsque lesdites conditions sont remplies,* ***la responsabilité d'un prestataire*** *fournissant l'accès à un réseau de communication* ***n'est pas engagée et, partant, il est en toute hypothèse exclu que le titulaire d'un droit d'auteur puisse demander à ce prestataire de services une indemnisation*** *au motif que la connexion à ce réseau a été utilisée par des tiers pour violer ses droits.* », CJUE, aff. C-484/14, EU:C:2016:689, Rec. num. 2016, n° 75 – McFadden [souligné par l'auteur].

directive « *e-commerce* », sont exonérés de toute responsabilité, pourraient alors se retrouver face à une demande de dommages et intérêts lorsqu'ils auraient violé une obligation de vigilance. Cela peut apparaître disproportionné.

2. Le maniement des dommages et intérêts proportionnés

67. **Limitations des demandes de dommages et intérêts.** Si l'allocation de dommages et intérêts à l'encontre des intermédiaires présente certes un risque immanent de disproportion, l'argumentation présentée ci-dessus ne convainc pas. Ces risques ne peuvent pas empêcher l'instauration d'une action en dommages et intérêts contre les intermédiaires en cas de violation d'une obligation de vigilance. Il existe des conceptions de demandes de dommages et intérêts qui les limiteraient à un niveau proportionné.

Premièrement, le législateur européen pourrait, dans le cadre d'une instauration d'un régime de responsabilité secondaire des intermédiaires, limiter la fixation des dommages et intérêts à la méthode *in concreto*, voire même aux bénéfices réellement acquis par l'intermédiaire.[381] Cela constituerait une réponse claire à la critique qui se fonde sur une éventuelle menace d'existence des intermédiaires plus petits par la fixation des dommages et intérêts *forfaitaires*.

Il pourrait également limiter les demandes de dommages et intérêts à certains types d'intermédiaires qui, par leurs actions, augmentent considérablement le risque qu'une infraction soit commise.[382] Dans ce cas précis, l'allocation de dommages et intérêts serait limitée aux intermédiaires ayant une certaine proximité avec l'infraction tels que les opérateurs de plateformes d'échange de pair à pair (*The Pirate Bay*, *Rapidshare*, *Megaupload*) ou de vente aux enchères (*eBay*, *Amazon Marketplace*).

On pourrait de surcroît réfléchir à une subsidiarité de l'action contre l'intermédiaire face à l'action contre le contrefacteur direct, voire entre les différents types d'intermédiaires afin d'assurer la proportionnalité des sanctions.

68. **Évaluation.** Il paraît justifié que l'allocation de dommage et intérêts soit limitée d'une manière ou d'une autre. La voie préférable d'une telle limitation ne se trouve cependant pas du côté des conséquences juridiques de la responsabilité délictuelle, notamment du mode de fixation des dommages et intérêts, mais du côté de ses conditions de fond. Il faut limiter le champ d'application de la responsabilité en limitant les obligations de vigilance à un niveau réaliste. Les possibilités des titulaires de droit d'agir en dommages et intérêts seront alors encadrées par ce biais. Il ne paraît pas adéquat de priver les titulaires de droit d'une indemnisation du préjudice subi en surplus lorsque l'intermédiaire viole son obligation.[383]

La restriction des obligations de vigilance se ferait au travers d'un système procéduralisé de notification et de retrait et d'une gradation de l'obligation de prévenir la réapparition d'un

[381] Également A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 315 s. ; *Urheberrecht in der digitalen Welt*, C.H.Beck, 2014, p. 107 s.

[382] Dans ce sens M. HUSOVEC, qui distingue les « *proximate services* » (hébergeurs et moteurs de recherche) des « *remote services* » (fournisseurs d'accès et adjudicateurs des noms de domaine). Pendant que les premiers demeurent responsables, les deuxièmes ne voient pas leur responsabilité délictuelle engagée. Les titulaires de droit ne peuvent que demander de leur part une assistance dans la suppression du contenu illicite par le biais des injonctions, cf. M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaires*, Cambridge University Press, 2017, p. 16 ss. et 223 ss.

[383] Également A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2017, p. 793, spéc. p. 801 s.

contenu bloqué (obligation dite de « *stay down* ») selon l'activité commerciale concrète.[384] La seule existence de telles obligations ne menace pas encore l'exercice commerciale des petits intermédiaires. Là encore, la délimitation se fait du côté des conditions de fond.[385] Les obligations de vigilance résultant d'un système équilibré sont proportionnées. Il correspond aux valeurs délictuelles communes des trois États membres étudiés que la violation d'une obligation proportionnée puisse entraîner des demandes de dommages et intérêts. Si cela n'est que l'exception au Royaume-Uni, l'idée de « *duties of care* » y existe tout de même comme il a pu être démontré précedemment.[386] En France et en Allemagne en revanche, la violation d'une obligation demeure l'élément central de la responsabilité secondaire. Les demandes en dommages et intérêts restent par ailleurs naturellement limitées par la nécessité d'une causalité entre violation de l'obligation et le dommage.

Seul le montant des dommages et intérêts à verser pourrait alors paraître disproportionné. La proposition de A. OHLY de limiter les demandes de dommages et intérêts à l'encontre des intermédiaires aux bénéfices de ces derniers pourrait alors servir de juste équilibre.[387] Une telle limitation des demandes ne semble néanmoins pas nécessaire si l'on admet que le juge prend en considération dans l'évaluation du dommage, la relation entre le fait générateur et le dommage et par conséquent le fait qu'il s'agit d'une atteinte indirecte au droit.[388]

L'idée de subsidiarité doit également être rejetée. En ce qui concerne une subsidiarité face à l'action contre l'auteur direct, il faut prendre en compte qu'on reproche justement à l'intermédiaire d'avoir violé sa propre obligation. Il n'y a donc aucune raison de le protéger d'une action grâce à l'instauration d'une subsidiarité. La violation d'une obligation qui cause – même de manière indirecte – un dommage, engage la responsabilité de l'auteur (indirect). L'instauration d'une subsidiarité est également vidée de sens en ce qui concerne les intermédiaires entre eux. Il est tout au moins préférable d'ôter *ab ovo* certains intermédiaires situés à grande distance de l'infraction, tels que les fournisseurs d'accès ou les opérateurs des moteurs de recherche, du champ d'application de la responsabilité.[389] À partir du moment où naît une obligation que l'intermédiaire viole, il n'y a aucune raison de le protéger d'une responsabilité secondaire.

Section II L'idée de licence globale: une alternative inapte

Avant de plaider pour l'harmonisation d'une responsabilité secondaire telle qu'exposée ci-dessus, il demeure nécessaire d'étudier ses éventuelles alternatives. Compte tenu des risques de disproportion des demandes en dommages et intérêts, l'instauration d'un droit de rémunération des titulaires de droit à l'encontre des intermédiaires semble être une alternative intéressante.

L'idée sous-jacente de l'instauration d'une licence globale est la suivante : certaines formes d'usage d'œuvres en lignes sont devenues courantes. Les internautes ont pris l'habitude d'accéder à

[384] Cf. supra n^{os} 52 ss.
[385] M. LEISTNER, « Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung », GRUR-Beil. 2010, p. 1, spéc. p. 22.
[386] Cf. supra n° 43.
[387] A. OHLY, *Der unionsrechtliche Rahmen der Haftung von Intermediären, Gutachten im Auftrag der GEMA*, n° 102 ; *Urheberrecht in der digitalen Welt*, C.H.Beck, 2014, p. 107 s.
[388] E. BARBRY et F. OLIVIER, « Responsabilité sur Internet : le droit commun, encore et toujours ! », JCP G 2000/13, II 10279 ; par la suite également A. OHLY, « Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen »GS Media«, »Filmspeler« und »The Pirate Bay«: Abenddämmerung für die Störerhaftung? », ZUM 2017, p. 793, spéc. p. 801 s.
[389] Cf. infra n° 125.

des contenus culturels sur Internet. Certaines de leurs actions portent alors directement atteinte aux droits patrimoniaux des auteurs. Ces atteintes directes sont à leur tour nécessaires afin d'engager la responsabilité secondaire des intermédiaires.[390] Au lieu de résoudre ces problèmes par le biais de l'engagement d'une responsabilité, il serait également possible d'introduire une exception au droit d'auteur autorisant ces comportements des internautes en contrepartie d'une rémunération versée aux auteurs. L'abandon d'une responsabilité directe joue également en faveur des intermédiaires dont une responsabilité secondaire ne pourrait plus être engagée. Au lieu de demander la rémunération pour les actes autorisés des internautes eux-mêmes, il serait alors envisageable d'imposer une obligation de rémunération aux intermédiaires en tant que représentants de leurs utilisateurs qui seraient ensuite libres de répercuter ces coûts sur leurs clients. L'instauration concrète d'un tel droit à rémunération, permise par le droit de l'Union (1.), doit pourtant être rejetée en raison de ses désavantages évidents (2.).

1. Instauration concrète d'une licence globale

69. **Cadre juridique européen.** Une telle licence n'existe pas *de lege lata*. Les exceptions aux droits patrimoniaux sont régies par l'article 5 de la directive « *Infosoc* » et ne contiennent pas de cas similaires. Pourtant, l'idée de licence globale correspond aux valeurs intrinsèques de la directive « *Infosoc* ». Celle-ci vise à la réalisation d'une rémunération appropriée des auteurs pour l'utilisation de leurs œuvres.[391] Au vu des difficultés de mise en œuvre des droits d'auteur sur Internet, l'instauration d'une licence globale pourrait alors représenter une régulation qui assurerait au titulaires de droit au moins un certain montant prévisible de redevances.

D'ailleurs, l'instauration d'une licence globale pourrait correspondre à une alternative à la responsabilité secondaire des intermédiaires moins contraignante que cette dernière. Dans ce cas, l'usage d'un régime de responsabilité pourrait violer le principe de proportionnalité. Les articles 8 § 1 phrase 2 de la directive « *Infosoc* » et 3 § 2 de la directive 2004/48/CE précisent justement que les mesures prises à l'encontre d'un contrefaçteur (direct ou indirect) dans le cadre d'une responsabilité doivent être proportionnées. Elles ne le seraient pas lorsqu'il existe des alternatives moins contraignantes.[392]

Il en va de même pour le rapport entre licence globale et injonctions. L'article 12 de la directive 2004/48/CE permet aux États membres de prévoir une réparation pécuniaire à la demande de l'intermédiaire au lieu de lui ordonner des mesures par injonction.[393] La norme concerne la situation *ex post* de l'infraction et n'empêche donc pas l'instauration d'un nouveau droit à rémunération des auteurs. D'ailleurs, les mesures à prendre dans le cadre des injonctions sont également liées au principe de proportionnalité. Elles ne peuvent être ordonnées que « *selon les cas*

[390] Cf. supra n^os^ 8 ss. et n^os^ 15 ss.
[391] Cons. 10 de la directive « *Infosoc* »; cf. également A. CONRAD, « Zum Modell der Rechteklärung und Rechteverwaltung auf Hosting- Plattformen », ZUM 2017, p. 289, spéc. p. 291 ; F. HOFMANN, « Grundsatz der Technikneutralität im Urheberrecht? Zugleich Gedanken zu einem *more technological approach* », ZGE 2016, p. 482, spéc. p. 491 s.
[392] Également A. OHLY, « Die Verantworltlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 316.
[393] Cette possibilité pose comme conditions supplémentaires que la personne agisse de manière non intentionnelle et sans négligence et que l'exécution de l'injonction lui entraînerait un dommage substantiel, cf. article 12 directive 2004/48/CE.

et si les circonstances le justifient ».[394] La répression des infraction pourrait alors violer le principe de proportionnalité lorsqu'il existe des alternatives moins contraignantes du côté *ex ante* de l'infraction.[395]

Le droit de l'Union permet alors l'instauration d'une licence globale en tant que mécanisme d'autorisation généralisée *ex ante* à la place d'un régime de responsabilité *ex post*.

70. **Actions autorisées par la licence globale.** Un tel droit à rémunération devrait viser certaines formes d'usage précises et les ôter de l'approbation préalable de l'auteur. Cela prendrait en compte l'attitude sociétale envers l'utilisation d'œuvres protégées qui a changé au cours des dernières années. Au lieu de conserver des droits patrimoniaux larges mais difficiles à mettre en œuvre, la licence globale correspondrait à un droit d'auteur encadré mais fort et adapté à la réalité quotidienne.[396] À cette fin, la licence globale soumettrait les formes d'échange d'œuvres non commerciales et socialement courantes au droit à rémunération.[397]

Comme pour toute exception au droit d'auteur, la licence globale serait limitée par le test des trois étapes.[398] Elle ne pourrait alors pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Cela exclurait le partage de films ou d'œuvres musicales entiers de son champ d'application.[399] On peut alors s'interroger sur l'intérêt réel d'une telle exception au droit d'auteur.[400]

71. **Débiteur.** Pour faciliter la mise en œuvre du droit à rémunération attaché à une nouvelle exception au droit d'auteur, le régime de rémunération n'obligerait pas les internautes eux-mêmes à payer une certaine somme aux auteurs, mais les opérateurs de plateformes. Les intermédiaires amortiraient la rémunération en tant que représentants de leurs utilisateurs.[401] Ils auraient ensuite la possibilité de faire peser ces coûts sur leurs clients.

Une telle approche étonne eu égard à la personne du débiteur. Si la prévision d'un droit à compensation ou rémunération équitable liée à une exception au droit d'auteur se trouve au sein de l'article 5 de la directive « *Infosoc* », selon la démarche traditionnelle, ce droit vise la personne qui, sans autorisation, commettrait une atteinte directe aux droits patrimoniaux.[402] L'idée de recourir aux intermédiaires n'est pourtant pas entièrement étrangère au droit d'auteur. La rémunération pour copie privée en témoigne. Après plusieurs arrêts du *Bundesgerichtshof* concernant la responsabilité du producteur de lecteurs de cassettes « *Grundig* » réclamant plus ou moins directement

---

[394] Cons. 24 directive 2004/48/CE.
[395] A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 316.
[396] L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*, 2016, p. 341 et 524 ; M. GRÜNBERGER, « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 911.
[397] P.-Y. GAUTIER, « Les nouvelles forces créatrices du droit », *in Vers une rénovation de la propriété intellectuelle? Colloque organisé par l'IRPI*, LexisNexis 2013, p. 133 ; M. LEISTNER et A. METZGER, « The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages », IIC 2017, p. 381 spéc. p. 383 ; « Wie sich das Problem illegaler Musiknutzung lösen lässt », FAZ, 4. janvier 2017.
[398] Article 5 § 5 de la directive « *Infosoc* » ; à ce sujet également SCHEUFELE, « Neue gesetzliche Vergütungsansprüche für Kreative? Vorbild der Vermietrichtlinie », ZUM 2017, p. 316, spéc. p. 319.
[399] M. LEISTNER et A. METZGER, « The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages », IIC 2017, p. 381, spéc. p. 383.
[400] Cf. également infra n° 73.
[401] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 15 ; M. LEISTNER et A. METZGER, « The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages », IIC 2017, p. 381, spéc. p. 383.
[402] M. WIRTZ, *in Fromm/Nordemann UrhG*, Kohlhammer, 11 éd., 2014, § 54, n° 13.

l'instauration d'une telle exception[403], le législateur allemand a instauré une rémunération pour copie privée (« *Geräteabgabe* »).[404] L'article 54 du Code de droit d'auteur allemand délègue alors l'obligation de rémunération pour copie privée de l'acteur direct aux producteurs de dispositifs de stockage.[405] Ces dispositifs de stockages comprennent non seulement des magnétoscopes, machines à copier, télécopieurs et scanners mais également des imprimantes, appareils photographiques numériques et ordinateurs.[406] Toute reproduction commise par le biais d'un tel appareil à titre privé est couverte par l'exception. Le débiteur de la rémunération est celui qui, par la fourniture d'un dispositif de stockage, permet aux utilisateurs d'effectuer des reproductions des œuvres protégées.[407] Il s'agit donc d'un droit à rémunération légal à l'encontre d'un groupe d'intermédiaires de l'ère analogique.

Au Royaume-Uni il n'existe pas un droit à rémunération pareil.[408] L'article L. 311-4 du Code de la propriété intellectuelle français prévoit en revanche une rémunération similaire que doit verser « *le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires […] de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres* ».[409] Là aussi c'est une personne tierce et non pas le contrefacteur direct qui doit la rémunération. S'il existe des droits à rémunération à l'encontre de certains intermédiaires précis, pourquoi ne pas introduire une telle norme dans le cas des plateformes numériques ?

2. Désavantages d'une licence globale

72. **Difficultés de délimitation du débiteur.** L'idée d'une licence globale à l'encontre d'un « intermédiaire » est généralement acceptable. L'intermédiaire profiterait également de l'exception au droit d'auteur de certaines formes d'usages des internautes sachant que toute responsabilité secondaire nécessite une atteinte primaire. Toutefois, compte tenu de la forte disparité des différentes activités commerciales exercées par les intermédiaires, des problèmes s'ensuivent qui concernent la délimitation du débiteur du droit à rémunération. Une différence cruciale entre l'ère analogique et le monde numérique est percevable : les producteurs d'appareils ou de supports permettant la copie d'œuvres protégées dans le sens de l'article 54 § 1 du Code de droit d'auteur allemand ou de l'article L. 311-4 § 1 du Code de la propriété intellectuelle français

[403] Cf. BGH, Ib ZR 4/63, BGHZ 42, 118 = GRUR 1965, 104 (108) – Personalausweise ; pour un aperçu du développement de la jurisprudence « Grundig » cf. D. REIMER, « Anmerkung », GRUR 1965, p. 109.
[404] En ce qui concerne le développement législatif cf. T. DREIER, *in Dreier/Schulze UrhG*, C.H.Beck, 5 éd., 2015, § 54, n^os^ 2 ss.
[405] Les défenseurs d'un droit à rémunération s'appuient justement sur ce fait, cf. M. LEISTNER et A. METZGER, « Wie sich das Problem illegaler Musiknutzung lösen lässt », FAZ, 4 janvier 2017.
[406] A. WIEBE, *in Spindler/Schuster*, C.H.Beck, 3 éd., 2015, § 54 UrhG, n° 5 ; M. WIRTZ, *in Fromm/Nordemann UrhG*, Kohlhammer, 11 éd., 2014, § 54, n° 10.
[407] La Cour de justice valide la rémunération due d'un « intermédiaire », cf. par exemple CJUE, aff. C-521/11, EU:C:2013:515, n° 24 – Amazon.com International Sales qui concerne une norme autrichienne similaire à l'article 54 du Code de droit d'auteur allemand.
[408] La section 28B CPDA instaurée en 2014 prévoit une exception pour copie privée, sans pour autant instaurer un droit à rémunération des auteurs. Le gouvernement l'explique avec les mots suivants : « *The Government considers that levies or other compensation are neither required nor desirable in the context of a narrow provision that causes minimal harm*. », HM GOVERNMENT, *Modernising Copyright. Government response to consultation on copyright exceptions*, 2012, p. 24.
[409] Article L. 311-4 n° 1 du Code de la propriété intellectuelle.

peuvent faire peser les coûts de la rémunération sur leurs clients.[410] Ils ont une relation contractuelle avec l'utilisateur, auteur potentiel d'atteintes aux droits patrimoniaux, survenant d'un contrat de vente pour le dispositif en cause. Le producteur de ces appareils ou supports reçoit un prix de vente dont il peut transférer une partie en tant que rémunération aux auteurs.

La situation dans le monde numérique est sensiblement différente. Si la majorité des intermédiaires agit à titre lucratif, il existe peu de relations contractuelles associées à une rémunération entre internautes et intermédiaires. La source principale des revenus des derniers n'est plus le paiement des internautes pour l'utilisation de leurs services, mais la location d'espaces publicitaires ainsi que la vente de données.[411] De plus, les intermédiaires exercent des activités distinctes, créant un risque plus ou moins élevé de commission d'atteinte aux droits patrimoniaux ce qui gêne l'introduction d'un droit à rémunération qui nécessiterait une conception claire du débiteur.[412]

La situation du fournisseur d'accès est, dans ce cadre, celle qui correspond le plus au point de départ d'une rémunération pour copie privé. Tout internaute occupe, d'une manière ou d'une autre, une relation contractuelle avec un fournisseur d'accès et verse un certain prix pour l'utilisation de ses services. Un droit à rémunération pourrait alors facilement être instauré à l'encontre des fournisseurs d'accès suivant le modèle de l'article 54 § 1 du Code de droit d'auteur allemand et de l'article L. 311-4 § 1 du Code de la propriété intellectuelle français. Cependant, l'instauration d'une rémunération pour certaines formes de partages en ligne à l'encontre des fournisseurs d'accès, qui entraînerait un prix élevé d'Internet, aborde des questions politiquement impopulaires. Si cela ne s'oppose pas en soi à une réforme, il faut toutefois prendre en considération que le fournisseur d'accès représente l'intermédiaire le plus éloigné de l'acte matériel de contrefaçon. Contrairement aux producteurs de dispositifs, le fournisseur d'accès ne propose pas le service utilisé pour commettre l'infraction.[413] Il ne fait que fournir l'infrastructure de l'Internet. L'activité du fournisseur d'accès semble alors ne pas permettre de lui imposer la charge d'une rémunération pour les formes d'usages ôtées du droit d'auteur.

Quant aux plateformes de partages en ligne, il aurait tout à fait du sens de leur imposer la rémunération des auteurs car ce seraient les actions directement commises dans le cadre de leurs services qui profiteraient de l'exception créée.[414] Le fait qu'elles ne reçoivent généralement pas de rémunération directe des internautes montre une incohérence, mais ne s'oppose pas en soi à l'instauration d'un tel système. Les plateformes en ligne profiteraient elles-mêmes d'une abolition de leur responsabilité secondaire pour les contenus visés par la licence globale. Il est alors acceptable qu'elles en portent la charge des coûts et ce même si elles n'ont pas de possibilité directe de la transférer à leurs utilisateurs.[415]

---

[410] Le *Bundesgerichtshof* estime d'ailleurs qu'une demande de rémunération devient disproportionnée lorsque l'intermédiaire (analogue) ne peut plus demander le remboursement des coûts de ses clients, BGH, I ZR 212/14, GRUR 2017, 161, n^{os} 77, 88 – Gesamtvertrag Speichermedien.

[411] Cf. J. FARCHY et F. MOREAU, *Mission CSPLA économie numérique et financement de la création*, 2016, p. 22 ss.

[412] Également A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 316.

[413] On peut justement les comparer au propriétaire d'une route le long de laquelle un contrevenant conduit jusqu'à l'endroit du délit.

[414] C'est d'ailleurs ce que proposent les défendeurs d'un droit à rémunération, cf. P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 15 ; M. LEISTNER et A. METZGER, « The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages », IIC 2017, p. 381, spéc. p. 383 s.

[415] Le *Bundesgerichtshof* a un avis différent pour le monde analogique, cf. BGH, I ZR 212/14, GRUR 2017, 161, n° 77 et n° 88 – Gesamtvertrag Speichermedien.

Si le simple fait que les intermédiaires ne reçoivent pas nécessairement une rémunération de la part de leurs utilisateurs ne s'oppose pas à une imputation de la charge des coûts d'une licence globale, il en va pas de même au vu de la pluralité de leurs modèles économiques. Les opérateurs de « plateformes en ligne » exercent de multiples activités, ce qui rend difficile toute catégorisation, comme l'ont montré les débats autour de la loi pour une République numérique.[416] La délimitation du débiteur de la licence globale demeure donc difficile.[417]

73. **Risques pour les titulaires de droits.** En plus des difficultés à cerner le débiteur d'un droit à rémunération, l'instauration d'une licence globale ferait apparaître des risques pour les titulaires de droit qui pourraient plaider en sa défaveur.

Les industries les plus touchées par les atteintes au droit d'auteur commises en ligne sont les secteurs de la musique et du cinéma.[418] Cependant, et justement compte tenu de la spécificité de ces secteurs, il semble contraire à leurs intérêts que les titulaires de droit ne puissent plus demander la suppression d'un contenu initialement illicite, devenu licite par l'instauration d'une exception.[419] L'atout des titulaires de droit peut être plus important quand un contenu illicite peut être supprimé que lorsque ce même contenu devient licite contre une rémunération – faible, en raison de la nécessité de sa proportionnalité face à l'intermédiaire.[420] L'opinion contraire perd de vue que la légalisation de certaines formes d'usage influence également la licéité des usages postérieurs. Il convient à cet égard de rappeler que la licéité du « *streaming* », forme d'usage nécessitant une reproduction provisoire de l'œuvre, dépend de la licéité de sa source.[421] L'instauration d'une exception au droit d'auteur pour certaines formes d'usages quotidiennes en contrepartie d'un droit à rémunération pourrait alors conduire à un dommage dépassant celui qui serait compensé par la rémunération équitable.[422] Le titulaire de droit perd, dans le cas d'une licence globale, la possibilité d'agir en dommages et intérêts non seulement à l'encontre du contrefacteur d'un usage direct, mais également des contrefacteurs des usages postérieurs qui ne sont qualifiés d'infraction qu'en raison de l'illicéité de la source. À partir du moment où les dommages et intérêts réalisables dépassent la rémunération due dans le cadre d'une licence globale, cette dernière ne correspond plus aux intérêts des titulaires de droit.

---

[416] Pour un aperçu des difficultés de définition des plateformes en ligne cf. PARLEMENT EUROPEEN, « Les plateformes en ligne, (2016/2276(INI)) », n° 6 ; F. MEURIS-GUERRERO, « Plateforme en ligne – L'ambiguïté persistante des plateformes numériques », CCE 2016/11, alerte 69 ; J. ROCHFELD et C. ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », Dalloz IP/IT 2016, p. 520.

[417] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 15 s'appuient sur la différence entre un service complémentaire et concurrentiel au service de l'auteur.

[418] Pour un aperçu cf. J. FARCHY et F. MOREAU, *Mission CSPLA économie numérique et financement de la création*, 2016, p. 36.

[419] Pour un aperçu des différentes pratiques de licences cf. T. HOLZMÜLLER, « Exklusivität und Werkzugang – Überlegungen zur Zwangslizenz im Urheberrecht », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017 p. 137, spéc. p. 139 s.

[420] En ce qui concerne le montant d'une rémunération cf. CJUE, aff. C-572/13, EU:C:2015:750, Rec. num. 2015, n° 83 – Hewlett-Packard Belgium ; aff. C-463/12, EU:C:2015:144, Rec. num. 2015, n^{os} 21 ss. – Copydan/Nokia ; aff. C-467/08, EU:C:2010:620, Rec. 2010, I-10055, n^{os} 38 ss. – Padawan ; Cass. civ. 1re, n° 15-10.895, 17 mars 2016, RIDA 2016, II (249), 275 (283) – Sony Mobile Communications/Copie France ; J. EICHELBERGER, « Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2) », WRP 2016, p. 1060, spéc. p. 1067 s. ; J. v. UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2015 », GRUR 2016, p. 321, spéc. p 329 ss.

[421] CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017 – Filmspeler ; P. SIRINELLI, « Chronique de Jurisprudence : Action en contrefaçon », RIDA 2014, I (240), p. 265, spéc. p. 355 ; pour la nécessité d'une source manifestement illicite cf. M. STIEPER, « Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung », MMR 2012, p. 12, spéc. p. 17 ; d'autre avis J. ENSTHALER, « Streaming und Urheberrechtsverletzung », NJW 2014, p. 1153, spéc. p. 1156 s.

[422] A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 316.

Un risque encore plus élevé concerne le phénomène discuté sous le nom de « *forfait culturel* ». L'introduction d'un droit à rémunération entraîne obligatoirement la licéité des formes d'usages concernées.[423] Une telle conception, dont les frais incomberaient selon toute probabilité finalement aux internautes, entraîne le risque que leur attitude envers la commission d'atteintes au droit d'auteur change et qu'ils se sentent d'une manière ou d'une autre autorisés à exploiter les œuvres protégées – mêmes si les formes d'usages font toujours partie du droit exclusif des auteurs.[424] L'introduction d'une licence globale, discutée en France au début de ce siècle, a précisément échoué pour ces motifs.[425]

74. **Conclusion.** L'instauration d'une licence globale est réalisable d'un point de vue juridique. Elle doit pourtant fortement être déconseillée d'un point de vue social et politique car elle entraînerait le risque d'un « *forfait culturel* ». Si les formes d'usages se sont développées sur Internet vers une infraction accrue des droits d'auteur, la réaction adéquate n'est pas de légaliser certaines atteintes, mais de renforcer la mise en œuvre des droits.

Conclusion du Chapitre II

Le présent chapitre a mis en valeur la possibilité d'instaurer un régime de responsabilité non limité à la cessation de l'acte à l'encontre des intermédiaires. Les avis optant pour un droit à rémunération au lieu d'une telle action en dommages et intérêts ne prennent pas suffisamment en considération les risques qu'une licence globale comporterait.

Conclusion du Titre second

Ce deuxième titre a pu montrer que les premiers pas de l'harmonisation d'une responsabilité secondaire des intermédiaires en ligne sont faits. Le fondement a été posé lors de l'adoption de la directive « *e-commerce* » et plus précisément des exemptions de responsabilité, dont les valeurs intrinsèques sont conçues comme conditions de fond au niveau national et transformables comme telles au niveau européen. En continuant sa mise au point, il sera nécessaire de réfléchir à l'instauration d'une procédure de notification et de retrait qui déclencherait les obligations des intermédiaires. Les avantages d'une telle procéduralisation et la gestion de ses risques ont été présentés.

---

423 M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 138 s. ; d'autre avis P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 15, note de bas de page 17.

424 M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 139 ; de manière générale également M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 149 ; « Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren », ZUM 2016, p. 580, spéc. 593 s. ; A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 316.

425 Cf. C. CARON, « Le droit d'auteur de l'an 2240. Cauchemar s'il en fût jamais », *in Études à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, LexisNexis, 2007, p. 111 s., n° 7; S. CHATRY, « L'échange illicite d'œuvres sur Internet : aspects de propriété intellectuelle », *in Chatry [éd.], Régulation d'internet*, mare & martin, 2016, p. 95, n° 22.

Une fois les conditions de responsabilité établies, il a pu être démontré qu'il n'y a aucune raison de limiter ce régime de responsabilité à la possibilité d'obtenir une injonction. Les titulaires de droit peuvent agir en dommages et intérêts à l'encontre des intermédiaires qui ont violé une obligation de vigilance. La hauteur des dommages et intérêts alloués est toutefois limités par la relation indirecte entre violation de l'obligation et dommage que le juge doit prendre en compte. Quant à l'instauration d'une licence globale, elle n'est pas une véritable alternative à l'harmonisation d'une responsabilité secondaire.

Conclusion de la première partie

Les ordres juridiques analysés dans le présent travail diffèrent tant en ce qui concerne les conditions d'un régime de responsabilité secondaire, qu'en ce qui concerne leur conception des exemptions de responsabilité. En ce qui concerne les différences au niveau des régimes de responsabilité nationaux, celles-ci ne surprennent pas. Les directives européennes ne contiennent justement pas de régulation d'un régime de responsabilité secondaire. Ses conditions sont alors purement nationales. Inversement, les différentes conceptions nationales des exemptions de responsabilité sont étonnantes. Ces dernières sont harmonisées de maniére absolue et devraient alors être appréciées d'une manière unifiée à travers les États membres. Les différences existantes reposent sur la conception négative des exemptions de responsabilité, dont le désavantage se montre particulièrement en France. Ici, la jurisprudence s'est embarquée dans une distinction entièrement caduque entre hébergeur et éditeur au lieu de se focaliser sur la définition essentielle de la notion d'hébergeur.

En ce qui concerne l'impact des exemptions de responsabilité et leur rapport aux régimes de responsabilité secondaire non harmonisés et au régime d'injonctions partiellement harmonisé, les États membres ont, de plus, présenté des difficultés sérieuses de compréhension. Le mélange impressionant des différents fondements dogmatiques se remarque particulièrement à travers la jurisprudence de la Cour fédérale allemande, qui s'efforce de toute évidence de réglementer les nouvelles plateformes et de les soumettres à des obligations de vigilance.

Il devient alors évident que le législateur européen serait bien avisé d'intervenir et d'harmoniser un régime européen de responsabilité secondaire des intermédiaires. Si les conditions et la portée d'un tel régime ont pu être démontrées, la question de son champ d'application *ratione personae* demeure encore sans réponse. Celle-ci est étroitement liée à l'expansion des droits patrimoniaux des auteurs concevable dans les dernières années. Il reste alors indispensable de soulever la question suivante : sous quelles conditions un intermédiaire pourrait-il être non plus auteur indirect, mais plutôt auteur direct d'une atteinte au droit d'auteur ?

Deuxième partie L'expansion de la responsabilité primaire des intermédiaires en ligne

La limite supérieure d'un régime de responsabilité secondaire se trouve là où un comportement serait qualifié non plus de contribution à une contrefaçon d'un tiers, mais d'atteinte primaire au droit d'auteur. Dans ce cas précis, ce ne serait plus un régime de responsabilité secondaire qui serait applicable, mais la responsabilité primaire qui serait engagée. Il est alors d'une importance cruciale de cerner la limite entre atteinte primaire et secondaire. Les possibles atteintes directes aux droits patrimoniaux des auteurs sont harmonisées par la directive « *Infosoc* » relative, notamment, aux droits de reproduction, de communication au public et de distribution en ses articles 2 à 4. Dans le monde analogique le droit de reproduction a pris de l'importance.[426] Sa portée a pourtant été réduite en faveur du droit de communication au public à l'ère du numérique.[427] Cette notion a fait l'objet d'un dévoiement jurisprudentiel (Titre premier) qui devra alors être corrigé dans le sens d'un retour aux principes fondamentaux (Titre second).

Titre premier Le dévoiement de la notion de communication au public au détriment du champ d'application de la responsabilité secondaire

Le droit de communication au public est le droit exclusif qui a permis aux auteurs de faire face aux nouvelles formes d'usage telles que le partage de fichier ou le streaming. Afin de pouvoir appréhender les activités de certains intermédiaires, la Cour de Justice a entamé une extension considérable de la notion de communication au public (Chapitre I). C'est au même moment que cette notion a connu une extension au niveau national (Chapitre II).

Chapitre I L'importance croissante du régime de responsabilité primaire : les éléments de la jurisprudence de la Cour de justice

Le droit de communication au public est certainement le droit partimonial le plus discuté de nos jours. La notion de communication au public ayant des traits principaux clairs (Section I), le débat fut déclenché par une jurisprudence sinueuse de la Cour de justice. Celle-ci a contribué à une insécurité juridique grandissante en élargissant son champ d'application de façon à ce qu'il comprenne le comportenemt de certains intermédiaires (Section II).

[426] Les défis principaux de cette ère furent notamment les machines à copier, les téléfaxs et les imprimantes.
[427] C. CARON, « Les administrateurs du site « The Pirate Bay » réalisent une communication non autorisée au public. », CCE 2017/9, comm. 70.

Section I La notion de communication au public : les traits principaux

La directive *« Infosoc »* qui contient le droit de communication au public dans son article 3 ne définit pas la notion de communication au public.[428] C'est donc la Cour de justice de l'Union européenne qui a dû combler ce vide. De ses premiers arrêts, il ressortait que la notion comportait deux éléments constitutifs : un acte de communication (1.), qui doit être fait à un public (nouveau) (2.).

1. L'acte de communication

75. **Principes.** Toute communication au public nécessite en premier lieu un acte de communication. La notion d'acte de communication doit être comprise de manière large en accord avec l'objectif de la directive « *Infosoc* », notamment l'amélioration de la protection des auteurs « *pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation* ».[429] Elle comprend alors toute transmission d'œuvres protégées indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé.[430] L'utilisateur, dont le rôle est incontournable dans le cadre du décèlement d'un acte de communication, doit agir en pleine connaissance des conséquences que son comportement va engendrer, notamment de donner accès aux œuvres protégées.[431] En conséquence, il ne suffit pas de simplement fournir des installations destinées à permettre ou réaliser une communication.[432] Le caractère lucratif d'un comportement indique néanmoins l'existence d'une action ciblée.[433] L'acte de communication qui met à disposition du public une œuvre protégée ne doit pas nécessairement entraîner l'utilisation de cette possibilité par le public. Il suffit que le public qui reçoit la possibilité d'y avoir accès y soit réceptif.[434]

76. **Cas spéciaux.** Selon ces critères prédéfinis, la Cour de justice a jugé qu'un dentiste diffusant des phonogrammes en présence de ses patients n'effectuait pas d'acte de communication, dans la mesure où celui-ci ne poursuivait pas un but lucratif. En effet, il ne peut être considéré que, par la diffusion de cette musique d'ambiance, le dentiste pourrait attirer une plus large clientèle.[435] Au contraire, la Cour considère que la radiodiffusion d'œuvres dans un établissement hôtelier

---

[428] P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN en concluent que le législateur européen a voulu laisser une marge de manœuvre aux législateurs nationaux, SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 16 ; cette thèse ne peut pourtant pas être retenue en vue de l'harmonisation complète affirmée par la Cour de justice, cf. aff. C-466/12, EU:C:2014:76, Rec. num. 2014, n^{os} 35 ss. – Svensson/Retriever Sverige ; cf. également A. TSOUSTANIS, « Why copyright and linking can tango », JIPLP 2014, p. 495, spéc. p. 504.

[429] Cons. 5 de la directive « *Infosoc* » ; également cons. 4, 7 et 9 de la directive « *Infosoc* ».

[430] CJUE, aff. C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, Rec. 2011, I-9083, n° 193 – Football Association Premier League ; aff. C-607/11, EU:C:2013:147, Rec. num. 2013, n^{os} 21 ss. – ITV Broadcasting/TVC.

[431] CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n° 41 – Filmspeler ; aff. C-117/15, EU:C:2016:379, Rec. num. 2016, n° 46 – Reha Training ; aff. C-135/10, EU:C:2012:140, Rec. num. 2012, n° 82 – SCF/Marco Del Corso ; aff. C-162/10, EU:C:2012:141, Rec. num. 2012, n° 31 – Phonographic Performance/Irland.

[432] Cons. 27 de la directive « *Infosoc* »; cf. également J. v. UNGERN-STERNBERG, « Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts », GRUR 2012, p. 576, spéc. p. 577.

[433] « *Le caractère lucratif d'une communication au public, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, n'est pas dénué de pertinence.* », CJUE, aff. C-135/10, EU:C:2012:140, Rec. num. 2012, n° 88 – SCF/Marco Del Corso.

[434] CJUE, aff. C-466/12, EU:C:2014:76, Rec. num. 2014, n° 19 – Svensson/Retriever Sverige ; aff. C-162/10, EU:C:2012:141, Rec. num. 2012, n° 37 – Phonographic Performance/Irland ; aff. C-135/10, EU:C:2012:140, Rec. num. 2012, n° 91 – SCF/Marco Del Corso ; aff. C-306/05, EU:C:2006:764, Rec. 2006, I-11519, n° 43 – SGAE/Rafael.

[435] CJUE, aff. C-135/10, EU:C:2012:140, Rec. num. 2012, n° 97 et n° 99 – SCF/Marco Del Corso.

poursuit, quant à elle, un but lucratif. Une telle radiodiffusion se distingue de la simple installation des télévisions dans les chambres et doit être considérée comme étant une prestation supplémentaire ayant une influence sur le prix des chambres.[436] En outre, il a été jugé que la vente d'un lecteur multimédia, sur lequel avaient été préinstallés des modules complémentaires permettant spécifiquement à ses acheteurs d'avoir accès aux œuvres protégées, publiées sur des sites de diffusion en continu sans l'autorisation des titulaires de droit, doit être considéré comme un comportement dépassant « la simple fourniture d'installation » au titre du considérant 27 de la directive « *Infosoc* ». Le vendeur d'un tel lecteur multimédia vise expressément son utilisation à des fins illicites.[437] Pour affirmer une action en pleine connaissance des conséquences de son comportement, la Cour de justice se fonde également sur les messages publicitaires de l'intermédiaire dans lesquels il indique la possibilité d'un tel usage illicite.[438]

2. Le « public »

77. **La notion de « public ».** Lorsqu'un acte de communication peut être constaté, il demeure toutefois nécessaire de prouver qu'il a été fait à un public.[439] La notion de « public » est interprétée de manière large. Elle couvre tout public absent au lieu d'origine de la communication.[440] Ceci précise que le droit de communication au public ne contient pas les représentations directes d'une œuvre.[441] La Cour de justice définit la notion de public comme un « *nombre indéterminé de destinataires potentiels* » ce qui implique « *un nombre de personnes assez important* ».[442] Il faut, dans ce cadre, tenir compte du fait que les destinataires potentiels peuvent successivement avoir accès à l'œuvre. La notion de « public » a donc un caractère cumulatif.[443]

Des problèmes subsistaient dans les cas de communications d'œuvres protégées situées en aval d'une première communication initiale. Le droit de communication au public ne prévoit pas son épuisement suite à une première communication.[444] Toute communication d'une œuvre protégée – publiée ou non – nécessite alors l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. Ce concept est enraciné en droit international et notamment à l'article 11*bis* de la Convention de Berne[445],

[436] CJUE, aff. C-306/05, EU:C:2006:764, Rec. 2006, I-11519, n^{os} 44 s. – SGAE/Rafael ; la simple fournitures d'installations qui elles permettent ou réalisent une communication au public ne revient pas elle-même à une communication au public selon le cons. 27 de la directive « *Infosoc* ».
[437] Cf. expressément les conclusions de l'avocat général M. C. SANCHEZ-BORDONA, aff. C-527/15, EU:C:2016:938, n° 49 à 54 – Filmspeler, que suit la Cour de justice, cf. aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n° 41 – Filmspeler.
[438] Ces messages publicitaires étaient justement le critère décisif de dérivation de conaissance dans l'espèce *Filmspeler*, cf. les conclusions de l'avocat général M. C. SANCHEZ-BORDONA, aff. C-527/15, EU:C:2016:938, n° 53 – Filmspeler ; CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n° 50 – Filmspeler.
[439] CJUE, aff., C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n° 32 – GS Media; aff. C-117/15, EU:C:2016:379, Rec. num. 2016, n° 37 – Reha Training.
[440] Cons. 23 de la directive « *Infosoc* ».
[441] Position commune (CE) Nr. 48/2000 du 28 septembre 2000, Article 3, n° 12.
[442] CJUE, aff. C-607/11, EU:C:2013:147, Rec. num. 2013, n° 32 – ITV Broadcasting/TVC.
[443] CJUE, aff. C-607/11, EU:C:2013:147, Rec. num. 2013, n° 33 – ITV Broadcasting/TVC.
[444] Article 3 § 3 de la directive « *Infosoc* » ; cf. également CJUE, aff. C-161/17, EU:C:2018:634, Rec. num. 2018, n° 32 – Renckhoff ; pour un aperçu du principe d'épuisement cf. J. D. HEERMA, *in Wandtke/Bullinger [éd.] UrhG*, C.H.Beck, 4 éd., 2014, § 15, n^{os} 32 s. ; G. SCHULZE, *in Dreier/Schulze [éd.] UrhG*, C.H.Beck, 5 éd., 2015, § 15, n° 18.
[445] Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée et modifiée à la suite, en dernier lieu le 28 septembre 1979 (« Convention de Berne »).

l'article 12 de la Convention de Rome[446], l'article 14 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur[447] et l'article 2 sous g, 10, 14 et 15 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes[448].

Toutefois, la Cour de justice requiert, en cas d'actes de communications situés en aval d'une première communication au public, que le public du deuxième acte de communication soit un « public nouveau » ou que cette deuxième communication soit effectuée dans des conditions techniques spécifiques, suivant un mode différent de transmission des œuvres protégées.[449]

78. **La notion d'un « public nouveau ».** La communication vise, selon la jurisprudence de la Cour de justice, un public nouveau quand elle est faite à l'égard d'un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale.[450] Ceci fut affirmé dans les cas d'une retransmission d'œuvres dans des chambres d'hotel[451], des chambres d'un établissement thermal[452], des locaux d'un centre de rééducation[453] et d'un bar[454]. L'auteur qui autorisait la radiodiffusion de son œuvre ne prenait en considération que les utilisateurs directs, c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions.[455] Il ne visait pas les clients d'hotels ou de bars, ni les patients de centres hospitaliers. Lorsqu'un tel établissement rediffuse alors les œuvres, il les communique à un public qui n'a pas été pris en compte par l'auteur lors de son autorisation de communication initiale.

79. **Le rôle du mode de transmission de l'œuvre.** Un nouveau public n'est toutefois pas nécessaire en cas de retransmission d'une œuvre si la deuxième transmission utilise un mode technique différent de la première.[456] À cet égard, la Cour de justice affirme une communication au public d'une émission librement accessible à la télévision par une diffusion en continu sur Internet,

---

[446] Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, fait à Rome le 26 octobre 1961 (« Convention de Rome »).

[447] « *WIPO Copyright Treaty* » (WCT), du 20 décembre 1996.

[448] « *WIPO Performances and Phonogrames Treaty* » (WPPT), du 20 décembre 1996.

[449] Cf. de manière approfondie M. FICSOR, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous "new public" theory*, 2014.

[450] CJUE, aff. C-466/12, EU:C:2014:76, Rec. num. 2014, n° 24 – Svensson/Retriever Sverige.

[451] CJUE, aff. C-306/05, EU:C:2006:764, Rec. 2006, I-11519 – SGAE/Rafael ; aff. C-136/09, EU:C:2010:151, Rec. 2010, I-37 – Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon ; aff. C-162/10, EU:C:2012:141, Rec. num. 2012 – Phonographic Performance/Irland.

[452] CJUE, aff. C-351/12, EU:C:2014:110, Rec. num. 2014 – OSA/Léčebné lázně.

[453] CJUE, aff. C-117/15, EU:C:2016:379, Rec. num. 2016, n^{os} 60 s. – Reha Training.

[454] CJUE, aff. C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, Rec. 2011, I-9083, n^{os} 197 ss. – Football Association Premier League ; aff. C-151/15, EU:C:2015:468, Rec. num. 2015, n^{os} 22 s. – Sociedade Portuguesa de Autores CRL.

[455] CJUE, aff. C-136/09, EU:C:2010:151, Rec. 2010, I-37, n° 37 – Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon ; aff. C-306/05, EU:C:2006:764, Rec. 2006, I-11519, n° 41 – SGAE/Rafael ; cette idée est également enracinée dans la Convention de Berne, cf. M. FICSOR, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI, 2003, p. 78 s.

[456] Si on pourrait déduire de l'arrêt « *AKM* » (cf. CJUE, aff. C-138/16, C:2017:218, Rec. num. 2017, n^{os} 26 s. – AKM) que la Cour de justice a dorénavant renoncé à la distinction entre « nouveau » public et « différent mode téchnique », il faut s'apercevoir que cette décision mal fondée fut renversée à la suite, cf. CJUE, aff. 265/16, EU:C:2017:913, Rec. num. 2017, n^{os} 49 s. – VCAST, où la Cour confirme de nouveau la nécessité de distinction; cf. également la critique de l'avocat général M. SZPUNAR, conclusions, aff. C-265/16, EU:C:2017:649, n^{os} 52 à 56 – VCAST ; F. POLLAUD-DULIAN, « La copie privée « dans le nuage » ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 29 novembre 2017, affaire numéro C-265/16, VCAST », RTD Com. 2018, p. 100 ; « Le droit de communication au public encore et toujours... ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 16 mars 2017, affaire numéro C-138/16, AKM », RTD Com 2018, p. 95.

alors que celle-ci ne peut pas être considérée comme une diffusion à un public « nouveau ».[457] Ceci correspond au manque d'épuisement du droit à communication au public.[458] En ce qui concerne les transmissions sur Internet, la Cour de justice a fait part d'une interprétation large de la notion du « même mode technique » qui englobe ainsi toute forme de transmission sur Internet.[459]

80. **Conformité au droit international.** Eu égard à l'interprétation de la notion de communication au public telle qu'effectuée par la Cour de justice, il semble problématique que celle-ci figure également aux articles 11*bis* de la Convention de Berne, 12 de la Convention de Rome, 14 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et 2 sous g, 10, 14 et 15 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. L'article 3 de la directive « *Infosoc* » transpose justement l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur[460]. Son contenu est donc prédéterminé par le droit international. La Cour de justice précise à juste titre que « *les textes de droit de l'Union doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, en particulier lorsque de tels textes visent précisément à mettre en œuvre un accord international conclu par l'Union* ».[461] En abordant la portée de la notion et du droit de communication au public, elle s'appuie expressément sur des textes interprétatifs des conventions internationales.[462]

Il est alors d'autant plus étonnant que la Cour de justice ait introduit les critères de « public nouveau » et d'un « différent mode technique de transmission » qui ne trouvent aucun fondement dans les conventions internationales.[463] Premièrement, la différenciation effectuée par la Cour de justice entre « même mode technique », nécessitant un nouveau public et « différent mode technique », suffisant en lui-même pour affirmer une communication au public, se heurte à l'absence d'un épuisement du droit instauré par la directive « *Infosoc* ».[464] L'interprétation par la Cour de justice resserre de surcroît la portée du droit de communication au public tel que prévu par les normes internationales. Il est regrettable que la Cour se fonde dans son interprétation de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » sur un guide de la Convention de Berne de 1978, aujourd'hui obsolète, au lieu d'invoquer le dernier guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes

[457] CJUE, aff. C-607/11, EU:C:2013:147, Rec. num. 2013, n° 39 – ITV Broadcasting/TVC.
[458] CJUE, aff. C-607/11, EU:C:2013:147, Rec. num. 2013, n^{os} 23 ss. – ITV Broadcasting/TVC.
[459] CJUE, aff. C-466/12, EU:C:2014:76, Rec. num. 2014, n° 24 – Svensson/Retriever Sverige.
[460] Traité « WCT », cf. supra note de bas de page n° 447.
[461] CJUE, aff. C-135/10, EU:C:2012:140, Rec. num. 2012, n° 51 – SCF/Marco Del Corso ; cf. également aff. C-162/10, EU:C:2012:141, Rec. num. 2012, n° 58 – Phonographic Performance/Irland ; aff. C-306/05, EU:C:2006:764, Rec. 2006, I-11519, n° 35 – SGAE/Rafael.
[462] Dans son arrêt *SGAE* elle invoque le guide de la Convention de Berne élaboré par l'OMPI de 1978, qui, « *sans avoir force obligatoire de droit, contribue cependant à l'interprétation de ladite convention* », CJUE, aff. C-306/05, EU:C:2006:764, Rec. 2006, I-11519, n° 41 – SGAE/Rafael.
[463] Cf. en détail M. FICSOR, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous "new public" theory*, 2014, p. 10 à 20.
[464] Article 3 § 3 de la directive « *Infosoc* » ; également ALAI, Rapport et avis critère de « public nouveau », 2014, p. 15 ; B. CLARK et J. DICKENSON, « Theseus and the labyrinth? An overview of "communication to the public" under EU copyright law », EIPR 2017, 39(5), p. 265, spéc. p. 274 ; M. FICSOR, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous "new public" theory*, 2014, p. 6 – 10 ; H. HABERSTUMPF, « Anbieten fremder geschützter Inhalte im Internet », GRUR 2016, p. 763, spéc. p. 768 ; P. MEZEI, « Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies », JIPLP 2016, p. 778 ; G. VERCKEN, « La référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle », *in Chatry [éd.], Régulation d'internet*, mare & martin, 2016, p. 153, spéc. p. 160 s.

administrés par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), révisé en 2003.[465] Celui-ci précise que la notion de « public » doit être distinguée du cercle de famille et d'amis proches.[466] Le cercle de famille et d'amis proches est ainsi le seul critère au niveau international déterminant si la communication est faite à un public ou non. Alors, le fait qu'une deuxième communication soit faite au même public que la première, à une partie de tel public ou à un public différent n'importe pas.[467]

Sans pouvoir entrer dans les détails de l'incompatibilité de l'interprétation du droit de communication au public telle qu'exercée par la Cour de justice avec les objectifs fixés en droit international, il doit être noté que le manque de définition de la notion de communication au public a pour conséquence une interprétation en contradiction tant avec le droit international qu'avec l'objectif de la directive « *Infosoc* ».

81. **Conclusion.** Tant que le législateur européen ne s'engage pas à définir la communication au public, cette notion couvrira alors, selon son interprétation par la Cour de justice, tous les actes secondaires de communication d'une œuvre qui seront soit faits à un public « nouveau », soit faits par le biais d'un nouveau mode technique. Le constat d'une communication au public se fait alors, à la base, de manière purement objective. Il suffit d'effectuer l'acte réservé aux auteurs pour qu'il y ait une atteinte à leur droit patrimonial. En ce qui concerne les intermédiaires, leurs comportements tels que l'optimisation d'une œuvre sur la plateforme se situent généralement en aval d'une contrefaçon commise par un utilisateur. L'absence d'un public « nouveau » sur Internet s'opposait alors à la qualification de leurs comportements en tant que communication au public.

Section II L'extension du droit à communication au public aux activités d'intermédiaires : une dénaturation

L'apparition et le développement de nouveaux modèles économiques sur Internet, créant un écart de valeur (« *value gap* ») entre la rémunération affaiblie des auteurs pour l'exploitation de leurs œuvres sur Internet et un profit accru des plateformes profitant de la fourniture d'œuvres de la part de leurs utilisateurs, a toutefois assoupli cette conception objective du droit de communication au public.[468] La numérisation croissante d'œuvres protégées et le développement des nouvelles

---

[465] Cf. M. FICSOR, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI, 2003 ; également ALAI, *Rapport et avis critère de « public nouveau »*, 2014, p. 16 à 19 ; W. FRHR. RAITZ VON FRENTZ et C. MASCH, « Weitersendung in Hotels und über das Internet – zur Stärkung der Position der Rechteinhaber durch die EuGH-Entscheidungen »Hotel Edelweiss« und »ITV 2« », ZUM 2017, p. 406.

[466] « *S'entend, au sens étroit, soit celui qui est utilisé dans la Convention de Berne, de la transmission, par fil ou sans fil, de l'image ou du son, ou de l'image et du son, d'une œuvre ou d'un objet des droits connexes, de telle manière que ceux-ci* ***puissent être perçus par des personnes étrangères au cercle normal d'une famille et de son entourage le plus*** *immédiat se trouvant en un ou plusieurs lieux assez éloignés du lieu d'origine de la transmission pour que, sans cette transmission, l'image ou le son, ou l'image et le son, ne puissent pas être perçus en ce ou ces lieux, peu important à cet égard que ces personnes puissent percevoir l'image et le son dans le même lieu et au même moment, ou dans des lieux différents et à des moments différents.* », M. FICSOR, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI, 2003 p. 274 [souligné par l'auteur].

[467] ALAI, *Rapport et avis critère de « public nouveau »*, 2014, p. 15 ; M. FICSOR, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous "new public" theory*, 2014, p. 5.

[468] Voir au propos du « *value gap* » J. FARCHY et F. MOREAU, *Mission CSPLA économie numérique et financement de la création*, 2016, p. 46 ; F. HERPE, « Value gap : vers un rééquilibrage au bénéfice des ayants droit », Juris art etc. 2017, n° 47, p. 34 ; E. ROSATI, « Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law »,

formes de participation de l'internaute dans le web 2.0 ont fait croître le besoin d'adapter le droit pour faire face à ces nouveaux défis. En matière de droit d'auteur, le problème s'est spécifiquement posé par la popularité accrue des plateformes de partage en ligne dénaturées, telles que la plateforme *The Pirate Bay*, afin de permettre le téléchargement illégal de pièces musicales, de films ou d'autres. Ces plateformes fonctionnent essentiellement grace à la fourniture de liens profonds vers des œuvres qui sont stockés sur un autre serveur, généralement situé à l'étranger.[469] Ainsi, est apparue une tendance accrue à vouloir ouvrir le champ d'application du droit exclusif de l'auteur à certains cas de fourniture de liens et d'opérations de plateformes à contenu généré par les utilisateurs. Cette tendance se reflète dans la jurisprudence de la Cour de justice (1.). L'évaluation de sa jurisprudence fera ressortir le dévoiement de la notion de communication au public (2.) qui nécessite une rectification.

1. L'expansion de la notion de communication au public par sa subjectivation

82. **Le rôle du lien hypertexte.** Comme il a été démontré, les juges nationaux se sont avérés réticents à reconnaître une responsabilité secondaire renforcée de celui fournissant un lien hypertexte en raison du rôle prédominant des liens pour le fonctionnement d'Internet.[470] Les premiers arrêts de la Cour de justice concernant la responsabilité d'un fournisseur de liens hypertextes, quant à eux, soulignaient également l'importance d'une liberté de lier les contenus en ligne.

Dans un premier temps, la Cour de justice refusa en effet un traitement différent selon le type de lien utilisé. Selon son interprétation de l'article 3 de la directive « *Infosoc* », ce qui importait était de constater l'existence d'un acte de communication et d'un public (nouveau). Le lien simple, profond ou encadré, qui en soi ne contourne aucune mesure de protection technique, était considéré comme un acte de communication, qui ne rend pas l'œuvre accessible à un public nouveau. Car, en effet, les internautes qui accédaient à l'œuvre à l'aide du lien auraient aussi bien pu y avoir accès directement en se rendant sur le site cible. Le lien ne fait donc que simplifier l'accès – tout au moins si le site cible est licite.[471]

Si cela vaut bel et bien pour le lien simple et le lien profond, il faut critiquer le fait que la Cour de justice n'ait pas reconnu la valeur économique différente du lien encadré. Le *Bundesgerichtshof* qui avait posé la question préjudicielle en cause constatait que le lien encadré permettait aujourd'hui de remplacer la reproduction de l'œuvre. Si normalement la personne qui voulait introduire l'œuvre d'un tiers sur son site devait copier celle-ci pour ensuite la télécharger en ligne, elle peut désormais utiliser la technique des liens encadrés qui permettent justement d'atteindre le même objectif : la présentation de l'œuvre sur son propre site. La reproduction de

EIPR 2016, 38(11), p. 668 ; M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132 ; critiqué par A. CONRAD, « Zum Modell der Rechteklärung und Rechteverwaltung auf Hosting-Plattformen », ZUM 2017, p. 289 ; G. NOLTE, « Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte). », ZUM 2017, p. 304, spéc. p. 308 ss. ; M. SCHEUFELE, « Neue gesetzliche Vergütungsansprüche für Kreative? Vorbild der Vermietrichtlinie », ZUM 2017, p. 316, spéc. p. 318 s.

[469] L'exemple le plus connu d'un tel site est sûrement la plateforme « The Pirate Bay ».

[470] Cf. supra n^{os} 11 et 24.

[471] CJUE, aff. C-466/12, EU:C:2014:76, Rec. num. 2014 – Svensson/Retriever Sverige ; aff. C-348/13, EU:C:2014:2315, Rec. num. 2014 – BestWater.

l'œuvre aurait pourtant requis l'autorisation de l'auteur. Le lien encadré permet alors de contourner cette autorisation.[472] D'un point de vue économique les deux actions obtiennent toutefois le même résultat. Le *Bundesgerichtshof* propose alors d'exiger l'autorisation de l'auteur pour la pratique des liens encadrés en les faisant rentrer dans le champ d'application du droit de communication au public.[473] La Cour de justice ne le suit pas dans son raisonnement.[474] Elle retient que même le lien encadré n'atteint pas de « public nouveau » lorsque sa source est librement accessible sur Internet. Il a fallu d'autres affaires pour que la Cour de justice se montre ouverte à une interprétation économique de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ».

83. **Dépendance de l'illicéité de la source.** Plusieurs arrêts de la Cour de justice ont ensuite bouleversé cette jurisprudence qui accordait une liberté vaste de relier les contenus. La Cour a, par la suite, significativement réduit le champ d'application de cette liberté de placer un lien hypertexte à l'égard des liens placés vers une source illicite. Le fameux arrêt *GS Media*[475] a bouleversé les conditions du droit de communication au public telles qu'on les connaissait. En l'espèce le titulaire du droit d'auteur de certaines photographies, précisément l'éditeur d'un magazine connu, avait intenté une action en cessation à l'encontre d'un site Internet qui avait placé des liens hypertextes renvoyant vers un autre site sur lequel avaient été publiées ces photographies sans son consentement. Le titulaire du droit d'auteur demandait alors la suppression des liens. Malgré de multipes notifications de sa part, l'opérateur du site a posté de nouveaux liens renvoyant aux photographies litigieuses à plusieurs reprises.

La Cour de justice jugea alors que la fourniture d'un lien hypertexte qui fut toujours qualifiée d'acte de communication, transmettait également l'œuvre à un public « nouveau » et portait donc atteinte au droit de communication au public lorsque sa source était illicite. Elle ignore que les œuvres illicites étaient librement accessibles sur le site de source comme dans les espèces qu'elle avait jugé auparavant. L'élément décisif est, selon la Cour, la connaissance (effective ou négligente) du fournisseur du lien du caractère illicite de sa source ; cette connaissance étant présumée lorsque le placement du lien est effectué dans un but luctratif. Le raisonnement de la Cour se fonde sur l'idée que la personne agissant à but lucratif doit réaliser « *les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertextes* »[476]. Ce raisonnement étonne compte tenu du caractère purement

[472] Ceci a bien été identifié par le *Bundesgerichtshof*, juridiction de renvoi, cf. BGH I ZR 46/12, GRUR 2013, 818, n° 10 ss. – Die Realität ; d'autre avis BRUGUIERE, PI 2015, n° 54, 51 (52) ; ECS, *Opinion on the Reference to the CJEU in case C-466/12 Svensson*, 2013, n° 53.

[473] Également G. BUSSEUIL, « Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public », RLDI 2016/132, n° 4093, p. 8, spéc. p. 11 ; C. CARON, « Responsabilité des hébergeurs : requiem pour le « take down, stay down » » , CCE 2012/9, comm. 91, p. 28, spéc. p. 29 ; M. GRÜNBERGER, « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 910 s. ; H. HABERSTUMPF, « Anbieten fremder geschützter Inhalte im Internet », GRUR 2016, p. 763, spéc. p. 767 ss. ; M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 138 s. ; « Closing the book on the hyperlinks: brief outline of the CJEU's case law and proposal for European legislative reform » EIPR 2017, 39(6), p. 327, spéc. p. 329 ; « Urheberrecht unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung », EuZW 2016, p. 166, spéc. p. 168 ; S. OTT, « Anmerkung », MMR 2013, p. 599 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3 éd., 2016, n° 554.

[474] CJUE, aff. C-348/13, EU:C:2014:2315, Rec. num. 2014 – BestWater.

[475] CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016 – GS Media.

[476] CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n° 51 – GS Media.

subjectif du critère de la connaissance du caractère illicite. Les conditions subjectives étaient jusqu'à présent totalement étrangères à la notion de communication au public.[477]

84. **Logiciels.** La Cour de justice ne s'est pas arrêtée ici. Un second arrêt est venu troubler la doctrine : l'arrêt *Filmspeler* du 26 avril 2017.[478] Cet arrêt impose une interprétation encore plus large de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». La Cour a considéré que le vendeur d'un lecteur multimédia, sur lequel il a préinstallé un logiciel contenant des applications renvoyant à des sites de téléchargement d'œuvres protégées par liens hypertextes, porte directement atteinte au droit de communication au public. Ceci malgé le fait que les sites en cause étaient librement accessibles au public sur Internet et que les acheteurs du logiciel avaient la possibilité d'utiliser le lecteur de manière licite en installant d'autres modules. Le lecteur multimédia facilite, selon la Cour de justice, l'accès aux œuvres protégées en établissant une liaison directe entre les sites Internet diffusant les œuvres contrefaisantes et ses acquéreurs. Les sites reliés n'étaient justement pas facilement identifiables par les internautes sans un tel lecteur multimédia. La fourniture du lecteur multimédia est alors d'une importance cruciale concernant l'accès aux œuvres et constitue par conséquent un acte de communication.[479]

Ensuite, reprenant le critère de public nouveau tel que conçu dans *GS Media*, la Cour de justice s'appuie sur le fait que le vendeur du lecteur multimédia avait spécifiquement mentionné la possibilité d'un usage du lecteur à des fins illicites dans sa publicité. Cela suffit, selon la Cour, pour affirmer sa connaissance de l'illicéité de la source et donc la présence d'un public « nouveau ».[480] Alors que le simple fait de vendre un tel logiciel doit être considéré, quant à lui, plutôt comme une incitation de commettre une atteinte aux droits patrimoniaux qu'à une communication au public en soi, la Cour de justice fait rentrer ce comportement dans le champ d'application du droit de communication au public.[481]

85. **Les plateformes à contenu généré par les utilisateurs et l'exploitation partagée.** Quelques mois plus tard, la Cour de justice a finalement rendu un arrêt très attendu concernant les plateformes de partage de fichier et de streaming, notamment la plateforme *The Pirate Bay*, connue pour ses contenus illicites.[482]

La question qui se posait était de savoir si une plateforme, qui présente ses contenus de manière active et ne peut donc pas se prévaloir de l'exemption de responsabilité prévue par l'article 14 de la directive « *e-commerce* », peut être considérée comme ayant communiqué au

---

[477] S. DORMONT, « L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin... », CCE 2017/2, étude 4, n° 9 ; M. GRÜNBERGER, « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 909 ; « Einheit und Vielfalt im Recht der öffentlichen Wiedergabe. Zugleich Besprechung von EuGH „Reha Training/GEMA" und BGH „Königshof" », GRUR 2016, p. 977, spéc. p. 980 s. ; J. SMITH et H. NEWTON, « Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement », EIPR 2016, 38(12), p. 768, spéc. p. 769 ; J. v. UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2016 », GRUR 2017, p. 217, spéc. p. 220 ; critiqué par G. BUSSEUIL, « Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public », RLDI 2016/132, n° 4091, p. 8, spéc. p. 10 s. ; B. CLARK ET J. DICKENSON, « Theseus and the labyrinth? An overview of "communication to the public" under EU copyright law: after Reha Training and GS Media Where are we now and where do we go from here? », EIPR 2017, 39(5), p. 265, spéc. p. 269.

[478] CJUE, aff. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300, Rec. num. 2017 – Filmspeler.

[479] CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n^{os} 41 s. – Filmspeler.

[480] CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n^{os} 50 s. – Filmspeler.

[481] Pour la conception nationale, qui reconnaissait une fourniture de moyens cf. supra n° 11.

[482] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017 – Ziggo BV.

public les contenus mis en ligne par ses utilisateurs. Même si l'on voulait admettre qu'un acte de communication a été effectué, il manquerait dans tous les cas un nouveau public distinct de celui visé par la communication initiale de l'utilisateur. Car les œuvres figuraient déjà sur un site librement accessible. Si, selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'exploitant d'une œuvre était uniquement la personne exerçant consciemment l'activité de communication au public, ceci exclurait du champ d'application *ratione personae* de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » toutes personnes fournissant un soutien dans la commission de l'acte.[483]

Toutefois, la Cour de justice a, dans un cas concernant la communication au public par satellite selon l'article 1 § 2 sous a de la directive 93/83/CEE[484], retenu qu'un deuxième acteur pouvait néanmoins être qualifié d'exploitant de l'œuvre, lorsqu'il peut être considéré, par une appréciation qualitative, que celui-ce propose le produit global et en tire un profit.[485] Cette jurisprudence ne se prêtait pourtant pas à être généralisée. Les droits patrimoniaux de l'auteur contiennent des actions précises, réservées aux titulaires de droit. Imputer, par le biais d'une appréciation globale, la responsabilité pour le comportement d'un tiers à une personne qui ne fait que faciliter l'atteinte primaire, ne peut justement pas revenir à l'assimilation de la facilitation avec l'essence des droits patrimoniaux.

En ce qui concerne la plateforme *The Pirate Bay*, qui indexe des fichiers bit-torrents, la Cour de justice a néanmoins affirmé que ses opérateurs communiquaient les œuvres au public. Ceci peut étonner, eu égard du fonctionnement particulier de cette plateforme : les fichiers bit-torrents sont téléchargés en amont par les utilisateurs du protocole sur un autre serveur qui assemble les fragments d'une œuvre et rend de ce fait sa consommation possible. L'opérateur du site *The Pirate Bay* ne stocke alors pas les œuvres contrefaisantes et n'opère pas non plus l'assemblage des fragments. Il se limite à l'indexation des fichiers bit-torrents et donc à la création et l'administration d'une liste de liens.[486] Cependant, ce fonctionnement concret constitue tout de même une communication au public selon l'interprétation de l'article 3 § 1 de la directive « *Infosoc* » par la Cour de justice. L'acte de communication est déterminé par le rôle central des opérateurs du site *The Pirate Bay* dans la localisation des contenus protégés. Ils « *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* »[487]. Leur service facilite alors le partage de fichier de manière considérable. En ce qui concerne le public nouveau de ladite communication, la Cour de Justice invoque ses arrêts *GS Media* et *Filmspeler* et s'appuie sur le fait que les opérateurs avaient connaissance du caractère illicite des œuvres accessibles par leur site. Sans se reposer sur la présomption de connaissance ressortant de l'arrêt *GS Media* qui n'est qu'insinuée, la Cour constate de manière positive que les opérateurs de la plateforme *The Pirate Bay* avaient connaissance des contenus illicites.[488] Ils

[483] Dans ce sens egalement A. OHLY, « Von GS Media zu einer unionsrechtlichen Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten? », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 387, spéc. p. 391.
[484] Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble.
[485] CJUE, aff. C-431/09 t C-432/09, EU:C:2011:648, Rec. 2011, I-9363, n° 70 et n° 76 et n° 83 – Airfield/Sabam.
[486] Pour le fonctionnement de la plateforme TPB cf. CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n^{os} 9 à 12 – Ziggo BV.
[487] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n° 36 – Ziggo BV.
[488] La Cour constate d'abord la connaissance positive, avant de souligner le caractère lucratif de l'opération de la plateforme, cf. CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n° 47 – Ziggo BV.

attiraient leurs clients en faisant référence aux usages illicites dans leurs messages publicitaires et ne pouvaient alors ignorer qu'ils donnaient accès à des œuvres protégées.[489]

86. **Conclusion.** On peut alors constater que la Cour de justice étend considérablement le champ d'application du droit de communication au public et par ceci de la responsabilité civile directe pour atteinte à un droit patrimonial de l'auteur, traditionnellement conçue de manière purement objective, au détriment des régimes de responsabilité secondaire. Des critères subjectifs tel que la connaissance de l'atteinte, relevant normalement des régimes de responsabilité (secondaire), sont à présent essentiels pour affirmer une atteinte primaire. De plus, même la fourniture de logiciels permettant l'atteinte au droit d'auteur, pourtant clairement considéréé comme ne relevant pas du champ d'application des droits patrimoniaux par les juridictions nationales et au sein de la directive « *Infosoc* » elle-même[490], constitue désormais une communication au public lorsque ce logiciel fonctionne à base de liens hypertextes. Que peut-on en penser ?

2. La dénaturation du droit de communication au public dans le contexte d'une responsabilité secondaire non harmonisée

87. **L'abandon du « public nouveau » au profit du critère de connaissance.** La jurisprudence analysée ci-dessus a entravé le classement des critères d'une communication au public. Le critère du « public nouveau » devient de plus en plus difficile à cerner. Alors qu'il est toujours utilisé par la Cour dans les arrêts où cela est pertinent, il ne semble plus jouer un rôle déterminant à partir du moment où l'on reconnaît que la connaissance du caractère illicite est un critère indépendant.

En matière de liens hypertextes, lorsque l'œuvre en cause est librement accessible sur Internet, la licéité ou l'illicéité du contenu semble indifférente à l'impact du lien. Il ne convainc pas de traiter les deux situations de manière différente. Certes, on pourrait arguer que le lien qui renvoie vers une source illicite touche un public nouveau dans la mesure où l'auteur qui n'a jamais autorisé la transmission de son œuvre n'a jamais pris en compte le public du site Internet sur lequel se trouve le lien.[491] Ce raisonnement ne convainc pas. La qualité du lien renvoyant vers une source librement accessible (licite ou non) demeure toujours la même : il ne fait que faciliter l'accès à l'œuvre.[492] L'arrêt *GS Media* introduit alors une distinction erronée selon l'illicéité et la licéité de la source du lien. Il soulève d'ailleur une nouvelle question, notamment de savoir comment il faut traiter les cas dans lesquels le lien renvoie à une source illicite dont le contenu est pourtant

[489] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n° 45 – Ziggo BV ; en ce qui concerne les différents degrés de connaissances dans la jurisprudence de la Cour de justice cf. E. ROSATI, « The CJEU Pirate Bay judgement and its impact on the liability of online platforms », EIPR 2017, p. 737, spéc. p. 742 s.

[490] Cons. 27 de la directive « *Infosoc* » ; cf. supra n° 13.

[491] En ce sens M. GRÜNBERGER, « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 912 ; M. LEISTNER, « Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-160/15 », ZUM 2016, p. 980, spéc. p. 981 ; « Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht. Werkbegriff und Recht der öffentlichen Wiedergabe », GRUR 2014, p. 1145, spéc. p. 1154.

[492] H. HABERSTUMPF, « Anbieten fremder geschützter Inhalte im Internet », GRUR 2016, p. 763, spéc. p. 767 ; cf. également les conclusion de l'avocat général M. WATHELET, aff. C-160/15, EU:C:2016:221, n^{os} 65 ss. – GS Media.

licitement accessible sur un autre site.[493] Y a-t-il une communication au public seulement si la source du lien n'a jamais été communiquée au public avec le consentement de l'auteur ? Même s'il existe de bonnes raisons de restreindre la communication au public à ces cas, cela irait à l'encontre de l'absence d'épuisement énoncée à l'article 3 § 3 de la directive « *Infosoc* ».[494]

Au lieu de systématiquement aborder le contenu du droit de communication au public, la Cour de justice introduit alors avec la connaissance du caractère illicite un critère complètement détaché de la conception traditionnelle des droits patrimoniaux dans le cadre du public « nouveau ».[495] Le raisonnement laisse apparaître une idée déjà bien connue : la personne ayant connaissance du caractère illicite d'une œuvre transmise, par le biais de liens hypertextes ou autre, a une obligation de vigilance exigeant de sa part la suppression du contenu en cause. Lorsque celle-ci agit à titre lucratif, cette obligation devient proactive.[496] On ne peut s'empêcher de faire la liaison avec les valeurs sous-jacentes de l'article 14 de la directive « *e-commerce* ».[497] Comme l'a démontré le présent travail, l'application ou non de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » n'a toutefois aucune répercussion sur le droit de communication au public. Il est, premièrement, difficile d'appréhender dans quelle mesure une norme concernant l'exemption de responsabilité générale d'un intermédiaire particulier pourrait influencer le contenu d'un droit spécifique. La directive « *e-commerce* » n'est pas une directive de droit d'auteur. La connaissance, dans le cadre de l'article 14 de la directive « *e-commerce* », entraîne uniquement la privation de la possibilité de se prévaloir de cette exemption de responsabilité. Si l'engagement de la responsabilité de l'intermédiaire devient alors possible, c'est au titre d'une responsabilité secondaire.[498] Il faut bien distinguer l'inapplicabilité des exemptions de responsabilité en raison d'un rôle actif de l'intermédiaire et la privation de sa protection en raison d'un manque d'action à partir de la connaissance de l'infraction. Si dans le premier cas on peut tout à fait parvenir à l'examen d'une atteinte directe commise par l'intermédiaire, le deuxième cas ne permet pas cette conclusion. La privation ultérieure de l'exemption de responsabilité concerne précisément la responsabilité

[493] Cf. M. GRÜNBERGER, « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 914 s.

[494] Également J. B. NORDEMANN, « Die öffentliche Wiedergabe im Urheberrecht. Das Konzept des EuGH gewinnt Kontur? », GRUR 2016, p. 245, spéc. p. 248 ; A. OHLY, « Anmerkung », GRUR 2016, 1155, n° 6.

[495] S. DORMONT, « L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin... », CCE 2017/2, étude 4, n° 9 ; M. GRÜNBERGER, « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 909 ; « Einheit und Vielfalt im Recht der öffentlichen Wiedergabe. Zugleich Besprechung von EuGH „Reha Training/GEMA" und BGH „Königshof" », GRUR 2016, p. 977, spéc. p. 980 s. ; J. SMITH et H NEWTON, « Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement », EIPR 2016, 38(12), p. 768, spéc. p. 769 ; J. V. UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2016 », GRUR 2017, p. 217, spéc. p. 220 ; critiqué par G. BUSSEUIL, « Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public », RLDI 2016/132, n° 4091, p. 8, spéc. p. 10 s. ; B. CLARK et J. DICKENSON, « Theseus and the labyrinth? An overview of "communication to the public" under EU copyright law: after Reha Training and GS Media Where are we now and where do we go from here? », EIPR 2017, 39(5), p. 265, spéc. p. 269.

[496] S. ABRAR, « EuGH: Gewinnerzielungsabsicht und Kenntnis der Rechtsverletzung lösen Linkhaftung aus », GRUR-Prax. 2016, p. 450 ; également CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n° 49 – Filmspeler.

[497] B. CLARK et J. DICKENSON, « Theseus and the labyrinth? An overview of "communication to the public" under EU copyright law: after Reha Training and GS Media Where are we now and where do we go from here? », EIPR 2017, 39(5), p. 265, spéc. p. 270 ; M. LEISTNER, « Closing the book on the hyperlinks: brief outline of the CJEU's case law and proposal for European legislative reform », EIPR 2017, 39(6), p. 327, spéc. p. 330 ; « Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-160/15 », ZUM 2016, p. 980 ; A. OHLY, « Anmerkung », GRUR 2016, p. 1155, n° 9 ; J. SMITH et H. NEWTON, « Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement », EIPR 2016, 38(12), p. 768, spéc. p. 770 ; cf. également les conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR qui fonde son raisonnement directement sur l'exemption de responsabilitié, M.SZPUNAR, aff. C-610/15, EU:C:2017:99, n° 51 à 54, 67 à 69 – Ziggo BV.

[498] Cf. supra n° 26.

indirecte. La Cour de justice instaure donc à tort l'idée d'une procédure de notification et de retraît dans le cadre du droit de communication au public, dont l'atteinte engage la responsabilité directe de son auteur.

88. **L'analyse économique.** Avec la reconnaissance du critère lucratif d'une action déclenchant la presomption de connaissance, la Cour de justice montre qu'elle s'oriente de plus en plus vers une conception économique des droits patrimoniaux des auteurs.[499] Si la vente d'un lecteur multimédia ne peut pas être considérée comme étant une communication au public, d'un point de vue strictement linguistique, le contenu de ce droit a forcément été interprété à la lumière des enjeux économiques en cause. Il en va de même pour la plateforme qui indexe une liste de liens : ce n'est pas elle qui « communique » l'œuvre, ce que reconnaît également la Cour.[500] Et pourtant celle-ci affirme qu'il s'agit d'une communication au public de l'œuvre, et cela en raison de la connaissance de l'opérateur du site du caractère illicite du contenu qui se manifeste à travers sa publicité et le fait qu'il agisse à titre lucratif.

89. **Nécessité d'une extention de la notion ?** La Cour de justice a fait preuve d'une approche flexible face aux nouvelles formes d'exploitation d'œuvres en ligne – ceci toutefois au prix d'une insécurité juridique grandissante.[501] Cette extension de la notion de communication au public était-elle cependant nécessaire?

La Cour a, dans les arrêts précités, opté pour une solution raisonnable compte tenu des faits spécifiques. On peut attendre d'une personne, qui met en ligne à plusieurs reprises des liens hypertextes vers des contenus, dont elle connaît le caractère illicite, qu'elle suprime lesdits liens. La demande des ayants droit de faire cesser le comportement illicite dans l'affaire *GS Media* était donc tout à fait justifiée. Dans l'affaire *Filmspeler* également, la décision de la Cour de justice pourrait être considérée comme équitable, mais uniquement au regard de la situation qui était, en l'espèce, claire. Il est en effet raisonnable de demander à une personne qui fournit un logiciel revoyant à des sites illicites par quelques (!) liens hypertextes, de les désinstaller à partir du moment où elle acquiert connaissance du caractère illicite de la source. Pour arriver à ses fins, la Cour de justice aurait cependant pu faire référence aux régimes de responsabilité indirecte et renvoyer les affaires devant les tribunaux nationaux ou, afin de garder le « dernier mot », se servir de la possibité d'injonctions à l'encontre d'un intermédiaire prévue par l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ».[502] Curieusement, la Cour ne pas fait usage de ces options. Sa compétence d'interprétation des textes européens dépend certes des questions concrètes qui lui sont posée. La Cour suprême des Pays-Bas lui avait toutefois donné l'occasion de se fonder sur l'article 8 § 3 de la

[499] J. v. UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2016 », GRUR 2017, p. 217, spéc. p. 221 ; on parle d'une approche plus sociologique, cf. M. LEISTNER, « Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-160/15 », ZUM 2016, p. 980, spéc. p. 982, voire plus économique de la Cour, cf. A. OHLY, « Anmerkung », GRUR 2016, p. 1155, n° 8 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, n° 547.

[500] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n° 36 – Ziggo BV.

[501] B. HANUZ, « Linking to unauthorized content after the CJEU GS Media decision », JIPLP 2016, p. 879, spéc. p. 881 ; C. KOOLEN, « The Use of Hyperlinks in an Online Environment: Putting Links in Chains? », GRUR Int. 2016, p. 867, spéc. p. 876 ; A. OHLY, « Anmerkung », GRUR 2016, p. 1155, n° 8 ; N. RAUER et D. ETTIG, « Der EuGH zur Öffentlichen Wiedergabe », WRP 2016, p. 1319, spéc. p. 1321 s. ; F. SIIRIAINEN, « Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » », PI 2015, n° 55, p. 143, spéc. p. 145, qui signale justement que les questions préjudicielles se multiplient ; P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 21, 43.

[502] Cf. supra n^{os} 38 ss.

directive « *Infosoc* » et de clarifier ses relations avec le droit de communication au public dans l'affaire *Ziggo BV*.[503] La Cour de justice ignore cette deuxième partie de la question préjudicielle et confirme précipitamment une communication au public par les opérateurs de la plateforme *The Pirate Bay*.

L'interdépendance de l'interprétation des normes européennes par la Cour de justice des questions préjudicielles ne justifie néanmoins aucunement une extension du droit de communication au public au-delà de ses fondements dogmatiques. La Cour de justice aurait pu – et dû – reconnaître le rapport des affaires en question aux régimes de responsabilité secondaire. Par la suite, la décision appropriée aurait été de nier l'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » et de renvoyer les affaires devant les tribunaux nationaux. Au lieu d'agir de telle manière, la Cour opte dans l'affaire *GS Media* pour l'instauration d'une obligation de surveillance de la personne plaçant un lien à but luctratif sous le couvert du droit de communication au public. Ainsi en cas de faute, sa responsabilité directe pour contrefaçon peut être engagée.

La même critique se fait par rapport à l'arrêt *Ziggo BV*. Personne ne mettra en cause le fait que les titulaires du droit d'auteur peuvent s'opposer à l'existence d'une plateforme de streaming telle que *The Pirate Bay*, ayant pour unique but de rendre accessible des œuvres protégées. Une extension du droit de communication au public n'était cependant pas nécessaire en l'espèce pour atteindre cet objectif. Le cas ne concernait pas directement la responsabilité de l'opérateur du site *The Pirate Bay*, mais une ordonnance de blocage dudit site à l'encontre d'un fournisseur d'accès. Afin de confirmer le blocage du site, la Cour de justice confirme alors la communication au public de la part de l'opérateur du site. On ne peut pas contester que la volonté d'obtenir le blocage du site – sur lequels de nombreuses atteintes au droit d'auteur sont commises chaque jour – ait pu influencer le raisonnement de la Cour. Elle aurait cependant atteint le même but en se limitant au constat d'une communication au public de la part des utilisateurs de la plateforme.

La Cour de justice aurait peut-être présenté un raisonnement différent si les titulaires dans l'espèce *Ziggo BV* avaient directement agi en dommages et intérêts contre la plateforme. Le problème qui se pose maintenant est que l'article 3 § 1 de la directive « *Infosoc* » tel qu'il est interprété par la Cour, s'applique bien au-delà d'un intermédiaire comme *The Pirate Bay*. D'autres plateformes à contenu généré par les utilisateurs, telles que *YouTube* ou *Dailymotion*, indèxent également les œuvres fournies par leurs utilisateurs. Leur rôle en ce qui concerne l'accessibilité des œuvres est *a fortiori* incontournable, car les utilisteurs les téléchargent directement sur la plateforme et non pas par le biais d'autres serveurs. On ne peut toutefois supposer que toute plateforme à contenu généré par les utilisateurs porte directement atteinte au droit de communication au public à partir du moment où elle acquiert connaissance du contenu illicite par notification.[504] La question du seuil *de minimis* du droit de communication au public se pose alors plus que jamais. Le *Bundesgerichtshof* a récemment renvoyé cette question devant la Cour de justice dans deux affaires.[505] La Cour de justice aura alors la possibilité de clarifier son interprétation de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » sur ce point.

---

[503] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n° 17 – Ziggo BV ; cf. également A. OHLY, « Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen »GS Media«, »Filmspeler« und »The Pirate Bay«: Abenddämmerung für die Störerhaftung? », ZUM 2017, p. 793.

[504] En ce sens toutefois BGH, I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132, n^{os} 27 et 30 – YouTube.

[505] BGH, I ZR 53/17, GRUR 2018, 1239, n^{os} 22 ss., 34 – Uploaded (affaire « *Elsevier* », C-683/18 devant la CJUE) ; I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132, n^{os} 24 à 39 – YouTube (affaire « *YouTube* », C-682/18 devant la CJUE).

90. **Conclusion.** Si les résultats obtenus (notamment la cessation du comportement) sont équitables, la Cour de justice aurait tout de même dû les obtenir en faisant référence à la responsabilité pour faute de violation d'une obligation de vigilance et donc à la responsabilité secondaire, ce qui l'aurait obligée à renvoyer les affaires devant les tribunaux nationaux. Elle choisit cependant de s'arroger le rôle du législateur en élargissant le champ d'application de la contrefaçon directe.[506] L'énorme désavantage d'une responsabilité secondaire non harmonisée devient alors apparent. La Cour de justice aurait pu renvoyer les affaires devant les tribunaux nationaux, mais a voulu garder les rênes de l'évaluation des plateformes en ligne en main afin d'unifier et d'harmoniser leurs obligations.

Si la Cour mélange les concepts de responsabilité primaire, d'obligation de vigilance et de complicité, c'est avant tout à cause d'une législation lacunaire en la matière. L'interprétation extensive du droit à communication au public est due au manque d'harmonisation du régime de responsabilité secondaire en matière de droit d'auteur. La Cour choisit le seul chemin sur lequel elle peut intervenir : l'interprétation du champ d'application des droits patrimoniaux.[507] Le législateur européen doit enfin prendre ses responsabilités et légiférer en la matière, même si une harmonisation sera difficile au regard des différentes approches nationales. En l'absence d'une telle intervention par le législateur européen le risque est que la Cour continue d'étendre, voire de dénaturer les droits patrimoniaux, ce qui ne faciliterait pas une rectification qui serait nécessaire par la suite. Le législateur européen serait donc avisé de s'en charger rapidement.

De plus, il ressort surtout de la jurisprudence récente de la Cour de justice présentée ci-dessus, que les droit patrimoniaux commencent à être sujets à une interprétation économique. Face aux défis résultant du « *value gap* », cette approche mérite d'être poursuivie. Une telle analyse ressort également des débats au sein de la doctrine des États membres, ce qui permet d'esquisser une volonté globale.

Chapitre II L'accroissement de l'importance du régime de responsabilité primaire : une volonté globale

Si le régime de responsabilité primaire est d'un côté injustement étendu au détriment d'une éventuelle responsabilité indirecte, il existe une volonté globale de l'interpréter de façon économique ce qui ressort autant des tentatives nationales d'extention de son champ d'application

[506] A. BENSAMOUN parle d'une « *quasi-législation jurisprudentielle* », A. BENSAMOUN, « Réflexions sur la jurisprudence de la CJUE : du discours à la méthode », PI 2015, n° 55, p. 139, spéc. p. 142 ; également V.-L. BENABOU, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », PI 2012, n° 43, p. 140, spéc. p. 145 et 147 ; « Codification de la propriété intellectuelle 1992-2012… », *in Vers une rénovation de la propriété intellectuelle? Colloque organisé par l'IRPI*, LexisNexis, 2013, p. 141, spéc. p. 158 ; S. DORMONT, « L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin... », CCE 2017/2, étude 4, n°11 ; M. MARTIN-PRAT, « The Future of Copyright in Europe », 38 Colum. J. L. & Arts (2014), p. 29, spéc. p. 35 ; M. LEISTNER, « Die „The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber », GRUR 2017, p. 755, spéc. p. 760 ; J. ROSEN, « CJEU as a legislator in its own rights? », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 95, spéc. p. 96.

[507] Laissant de côté l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* », qui n'aurait pas d'impact sur l'interprétation du droit substantiel, cf. supra n^{os} 38 ss.

(Section I) que de l'appréhension de la jurisprudence de la Cour de justice par les États membres (Section II).

Section I Tentatives nationales d'extension du champ d'application de la responsabilité primaire

La volonté d'étendre le champ d'application du droit de communication au public de manière à ce qu'il comprenne certaines activités d'intermédiaires a également été perceptible au sein des États membres – bien avant l'intervention de la Cour de justice. Les concepts d'autorisation (« *authorization* ») (1.) et d'appropriation du contenu (« *Zueigenmachen* ») (2.) l'indiquent.

1. Le concept d'autorisation

91. **Un concept entre atteinte primaire et atteinte secondaire.** Le code de propriété intellectuelle britannique[508] contient dans son chapitre 2 les atteintes primaires au droit d'auteur (« *acts prohibited by copyright* ») et quelques atteintes secondaires spécifiques (« *secondary infringement of copyright* »). Seule la personne exerçant l'activité particulière, réservée à l'auteur dans une des sections 16 à 21 du Code de propriété intellectuelle britannique, est considéré comme étant l'auteur d'une atteinte directe et ce indépendamment de sa connaissance de l'infraction.[509] En ce qui concerne les atteintes indirectes, les sections 22 à 26 du Code précité assimilent certains actes secondaires à une atteinte au droit d'auteur à condition que l'auteur de l'acte précis ait connaissance de l'illicéité de l'œuvre.[510] Seuls les actes précisés dans le code entraînent alors l'engagement de la responsabilité en tant qu'auteur indirect de l'atteinte. Ces actes se limitent au monde analogique, comme par exemple l'importation d'une œuvre contrefaisante à des fins autres que privées (section 22 du Code précité).[511] On ne peut donc pas faire des sections 22 à 26 du Code de propriété intellectuelle britannique des régimes de responsabilité des intermédiaires techniques.

Entre ces régimes de responsabilité primaire et secondaire se trouve le régime de l'autorisation (« *authorization* ») qui estompe leurs limites traditionnelles.[512] Selon la section 16 § 2 du Code de propriété intellectuelle britannique, c'est non seulement la personne commettant l'atteinte directe qui est considérée comme étant un contrevenant direct, mais également celle qui autorise une autre personne à exercer cet acte, sans avoir elle-même obtenu l'autorisation du titulaire de droit.[513] Le régime d'autorisation renforce alors les droits patrimoniaux en leur

---

[508] « CDPA », cf. supra note de bas de page n° 33.

[509] SMITH J, Sony Music v Easyinternetcafe [2003] EWHC 62, n^os^ 33 à 36 ; L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 4 éd., 2014, p. 141 s.

[510] H. LADDIE et P. PRESCOTT et M. VITORIA, *Modern Law of Copyright and Designs*, t. 1, LexisNexis, 4 éd., 2011, p. 809.

[511] C. ANGELOPOULOS, « Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe », [2013] IPQ p. 253, spéc. p. 255.

[512] C. ANGELOPOULOS, « Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe », [2013] IPQ p. 253, spéc. p. 255 ; L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellecutal Property Law*, Oxford University Press, 4 éd., 2014, p. 171 ; E. VENTOSE ET J. FORRESTER, « Authorization and Infringement of Copyright on the Internet », [2010] Journal of Internet Law, p. 3, spéc. p. 5.

[513] Section 16 § 2 du Code de propriété intellectuelle britannique: « *Copyright in a work is infringed by a person who without the licence of the copyright owner does,* ***or authorises another to do****, any of the acts restricted by the copyright.* » [souligné par l'auteur].

soumettant certains cas de fourniture de moyens.[514] L'autorisation correspond à une atteinte directe aux droits patrimoniaux, mais revêt toutefois un caractère accessoire de l'atteinte directe commise par un tiers.[515] La définition concrète de la notion d'autorisation demeure alors d'un intérêt élevé.

92. **Définition de la notion d'autorisation.** Il existe aujourd'hui deux définitions de l'autorisation provenant toutes les deux du même arrêt *Falcon v Famous Players* de 1926.[516] D'une part, selon BANKES LJ, l'autorisation équivaut à la permission, le consentement ou l'approbation de l'acte.[517] En revanche, ATKIN LJ définit l'autorisation comme étant l'acte qui accorde ou tente d'accorder à une personne tierce le droit d'exercer l'acte en cause, indépendamment de la volonté du bénéficiaire de commettre l'acte de son propre chef ou pour le cédant.[518] Cette dernière définition fut validée par la Cour suprême, notamment par Lord TEMPLEMAN dans l'affaire *CBS Songs v Amstrad.*[519] La notion d'autorisation montre alors des similitudes avec celle de l'assistance.[520] Afin de ne pas dénaturer la notion, la jurisprudence requiert la présence d'une certaine impression d'un pouvoir de disposer de l'œuvre.[521] À cet égard, toutes les circonstances particulières du cas doivent être prises en considération.[522] Dans ce cadre, il faut prendre en compte la relation entre cédant et bénéficiaire, la fourniture de moyens par le cédant, par lesquels sont commises les atteintes, le degré de contribution des moyens à la commission ainsi que le degré de contrôle du cédant.[523] La simple assistance à la commission d'une atteinte ne suffit donc pas.[524]

La notion d'autorisation étend alors les droits patrimoniaux en se fondant sur une appréciation qualitative de toutes les circonstances en cause ce qui rappelle le raisonnement de la Cour de justice dans l'affaire *Airfield*.[525] Néanmoins, on peut s'interroger sur la conformité de la notion avec les exigences de la directive « *Infosoc* ».

---

[514] L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 4 éd., 2014, p. 171 ; R. CLARK, « Illegal downloads: sharing out online liability: sharing files, sharing risks », JIPLP 2007, p. 402, spéc. p. 406 ; E. VENTOSE ET J. FORRESTER, « Authorization and Infringement of Copyright on the Internet », [2010] Journal of Internet Law, p. 3, spéc. p. 4 ; en ce qui concerne le contenu du régime d'autorisation cf. infra n° 92.

[515] R. CLARK, « Illegal downloads: sharing out online liability: sharing files, sharing risks », JIPLP 2007, p. 402, spéc. p. 406 ; critiqué par H. LADDIE et P. PRESCOTT et M. VITORIA, *Modern Law of Copyright and Designs*, t. 1, LexisNexis, 4 éd., 2011, p. 804 s.

[516] Falcon v Famous Players Film Company Ltd. [1926] 2 KB 474.

[517] En bref : « *To sanction, approve and countenance* », BANKES LJ, Falcon v Famous Players Film Company Ltd. [1926] 2 KB 474 (491).

[518] ATKIN LJ, Falcon v Famous Players Film Company Ltd. [1926] 2 KB 474 (499) : « *to grant or purport to grant to a third person the right to do the act complained of, whether the intention is that the grantee shall do the act on his own account, or only on account of the grantor* ».

[519] C.B.S. Songs Ltd & Ors v Amstrad Consumer Electronics pls & Ors [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 10.

[520] P. DAVIES, *Accessory Liability*, HART, 2015, p. 192.

[521] « *Any ordinary person would, I think, assume that an authorisation can only come from somebody having or purporting to have authority and that an act is not authorised by somebody who merely enables or possibly assist or even encourages another to do that act, but does not purport to have any authority which he can grant to justify the doing of the act.* » WHITFORD J, C.B.S. Inc. v Ames Records & Tapes Ltd. [1981] RPC 407 (416).

[522] C.B.S. Songs Ltd & Ors v Amstrad Consumer Electronics pls & Ors [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 10 s. ; KITCHIN J, Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 90.

[523] KITCHIN J, Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 90, validé par ARNOLD J, Dramatico Entertainment Ltd. & Ors v British Sky Broadcasting Ltd. & Ors [2012] EWHC 268 (Ch), n° 73 s. et EMI Records Ltd. & Ors v British Sky Broadcasting Ltd. & Ors [2013] EWHC 379 (Ch), n^{os} 53 ss.

[524] C.B.S. Songs Ltd & Ors v Amstrad Consumer Electronics pls & Ors [1988] 2 All ER 484 = www.bailii.org, p. 10 ; KITCHIN J, Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 90 ; cf. également P. DAVIES, *Accessory Liability*, HART, 2015, p. 192.

[525] CJUE, Rs. C-431/09 et C-432/09, EU:C:2011:648, Rec. 2011, I-9363 – Airfield/Sabam ; cf. supra n^{os} 85.

93. **L'autorisation et la directive « *Infosoc* ».** Les droits patrimoniaux conçus par le Code de propriété intellectuelle britannique appréhendent alors non seulement les actes de reproduction, de communication au public et de distribution, mais également leur autorisation respective.[526] Celui qui autorise l'exploitation d'une œuvre sans avoir, à son tour, obtenu une autorisation du titulaire de droit porte directement atteinte au droit d'auteur. Se pose alors la question de savoir si cette conception est conforme à la directive « *Infosoc* » qui elle, conçoit les droits patrimoniaux comme étant des droits exclusifs d'exercer certains actes précis et ne laisse aux États membres aucune marge de manœuvre. Toutefois, on ne peut estimer que la notion d'autorisation soit contraire à la directive « *Infosoc* ».[527] S'arrêter ici se révelerait insuffisant. Certes, la directive « *Infosoc* » harmonise les droits patrimoniaux en réservant certains actes aux auteurs. Cela signifie que les actes réservés aux auteurs ne peuvent être exercés sans leur consentement. Si ce sont seulement les titulaires du droit d'auteur qui peuvent autoriser un tel acte, la notion d'autorisation est alors implicitement couverte par les droits patrimoniaux.[528] Cette notion n'est alors en rien étrangère à la directive « *Infosoc* ». Elle correspond d'ailleurs également à la tendance de la Cour de justice de parvenir à une interprétation large des droits patrimoniaux.[529]

2. Le concept d'appropriation de contenu

94. **L'appropriation du contenu en tant que condition de fond.** En Allemagne, la conception rigide du contrevenant direct énoncée à l'article 97 du Code de droit d'auteur a également connu un élargissement jurisprudentiel. Selon ce paragraphe, peut être qualifié d'auteur direct d'une atteinte au droit d'auteur celui qui exploite l'œuvre sans le consentement du titulaire de droit (« *Werknutzer* »).[530] La notion de « *Werknutzer* » a cependant été considérée comme étant trop étroite. Et cela justement au vu des nouvelles plateformes à contenu généré par les utilisateurs et leur « exploitation » d'une situation légale dans laquelle elles n'assumaient aucune responsabilité pour les contenus mais en tiraient des profits considérables. La jurisprudence a donc eu recours à la notion d'appropriation de contenu afin d'assurer une flexibilité estimée nécessaire par rapport aux nouvelles technologies.[531] Cette notion, provenant des exemptions de responsabilité et concernant notamment la question du contenu tiers, a finalement été transformée en condition de fond d'une

[526] E. VENTOSE et J. FORRESTER précisent alors à juste titre que la notion d'autorisation devrait, pour être précis, être dénommée « *unauthorized authorization* », E. VENTOSE ET J. FORRESTER, « Authorization and Infringement of Copyright on the Internet », [2010] Journal of Internet Law, p. 3, spéc. p. 5.

[527] L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 4 éd., 2014, p. 171 ; H. CARTY, « Joint tortfeasance and assistance liability », 19 Legal Stud. 1999, p. 489, spéc., p. 495, note de bas de page n° 49.

[528] Pour le droit national cf. L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 4 éd., 2014, p. 171 ; H. CARTY, « Joint tortfeasance and assistance liability », 19 Legal Stud. 1999, p. 489, spéc. p. 495, note de bas de page n° 49.

[529] Cf. à ce sujet supra n^{os} 82 ss.

[530] Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 137 – YouTube ; OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n° 25 – Allegro barbaro ; LG München, 7 O 6201/14, ZUM 2016, 677 (679) – Gehilfenhaftung eines Sharehosting-Dienstes ; 33 O 9639/14, GRUR-RS 2015, 12314, n° 37 – YouTube-Betreiber ; T. DREIER ET L. SPECHT, *in Dreier/Schulze, UrhG*, C.H.Beck, 5 éd., 2015, § 97, n° 23 ; J. V. UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2016 », GRUR 2017, p. 217, spéc. p. 228.

[531] BGH, I ZR 166/07, GRUR 2010, 616, n° 32 – marions-kochbuch.de ; également Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 152 – YouTube.

responsabilité directe de l'intermédiaire.[532] Celui qui s'approprie un contenu protégé, mis en ligne sans autorisation des titulaires de droit, exploite de ce fait directement l'œuvre fournie par un tiers.[533] Il y a lieu de rappeler qu'une appropriation d'un contenu peut être affirmée lorsque l'opérateur de la plateforme effectue un contrôle éditorial, représente son propre logo sur le contenu, construit son modèle économique principalement autour des contenus fournis par ses utilisateurs et se fait transférer les droits d'utilisation du contenu dans ses conditions générales de service. Il donne alors l'impression que le contenu provient de lui ou du moins qu'il en assume la responsabilité.[534]

***95.* Évaluation.** La transformation de la notion d'appropriation du contenu en condition de fond de responsabilité (directe) est toutefois peu convaincante. Dans l'affaire *marions-kochbuch.de*, il n'y avait aucune raison pertinente pouvant justifier l'utilisation de cette notion dans le cadre de l'affirmation d'une communication au public. Il convient de rappeler que l'affaire en question concernait une plateforme dont l'opérateur effectuait un contrôle éditorial *a priori* et dévérouillait lui-même le contenu sur la plateforme.[535] Alors que c'était l'utilisateur qui avait téléchargé l'œuvre sur la plateforme, seules les actions de l'intermédiaire l'y rendait visible. De tels cas, où l'opérateur rend lui-même accessible l'œuvre sur sa plateforme, ne posait jamais de problèmes en ce qui concerne le constat d'une communication au public effectuée par l'intermédiaire. Le *Bundesgerichtshof* a donc, à juste titre, affirmé la condamnation de l'opérateur de la plateforme pour communication au public.[536] Le recours à la notion d'appropriation du contenu dans ce cas était entièrement superflu. Le *Bundesgerichtshof* aurait dû reconnaître que ce n'est pas l'appropriation du contenu qui fait des actions de l'intermédiaire une communication au public, mais que ces actions précises rentraient tout simplement dans le champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ».[537] Car, en ce qui concerne le contenu des droits patrimoniaux – qui font expressément référence à des actions concrètes – ce qui importe n'est pas l'origine de l'œuvre, mais uniquement l'exercice d'un tel acte.

Le fait que le *Bundesgerichtshof* utilise tout de même la notion d'appropriation du contenu pour fonder la responsabilité directe de l'intermédiaire, conduit à une insécurité grandissante pour les opérateurs des plateformes à contenu généré par les utilisateurs telles que *YouTube* ou *Dailymotion* sans contrôle *a priori*. Sur ces plateformes c'est bien l'utilisateur qui effectue l'acte de communication au public en entier. Peuvent-elles maintenant voir leur responsabilité directe engagée du simple fait d'une éventuelle appropriation du contenu ? Cela ne serait pas pertinent. Le rôle de la notion d'appropriation du contenu est de « transformer » le contenu tiers en une information propre à l'intermédiaire et, par conséquent, d'exclure l'applicabilité des exemptions de

[532] La Cour régionale de Munich reconnaît pourtant la véritable fonction de la notion d'appropriation de contenu dans le cadre des exemptions de responsabilité, cf. LG München I, 33 O 9639/14, GRUR-RS 2015, 12314, n° 44 – YouTube-Betreiber.

[533] « *La publication d'œuvres protégées par le droit d'auteur en ligne est une exploitation de l'œuvre par celui à qui doit être imputé la publication comme son contenu propre* » ; BGH, I ZR 166/07, GRUR 2010, 616, n° 32 – marions-kochbuch.de [souligné par l'auteur] ; également Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 152 – YouTube.

[534] BGH, I ZR 166/07, GRUR 2010, 616, n^{os} 25 ss. – marions-kochbuch.de ; également BGH, VI ZR 144/11, GRUR 2012, 751, n° 11 – RSS-Feeds ; LG Hamburg, 308 O 27/09, MMR 2010, 833 (834 s.) – YouTube.

[535] L. SPECHT reconnaît également la nature décisive de cet aspect, cf. L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 117.

[536] BGH, I ZR 166/07, GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de.

[537] Pour une juste appréciation cf. Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 29 – YouTube.

responsabilité.[538] Une telle attribution d'un contenu ne peut pourtant pas remplacer l'acte matériel de communication au public.

Il est alors regrettable qu'une partie majeure de la doctrine et de la jurisprudence allemandes ne remette pas en cause le rôle de la notion d'appropriation.[539] Elle transforme donc subliminalement, par le biais de la notion d'appropriation du contenu, les valeurs intrinsèques des exemptions de responsabilité (et notamment la question du rôle actif de l'intermédiaire) en conditions de fond d'une responsabilité directe en matière de droit d'auteur[540] : celui qui par son rôle actif effectue un contrôle éditorial des contenu et se les approprie peut, par la suite, être tenu responsable en tant que contrevenant direct.

Un tel système n'est d'ailleurs pas conforme à l'interprétation du droit de communication au public telle qu'effectuée par la Cour de justice. Celle-ci a rejeté l'idée d'une appropriation du contenu dans le cadre des droits patrimoniaux dans l'affaire *BestWater*.[541] Cela est étroitement lié à la conception large de la notion d'acte de communication qu'a montré la Cour dans ses arrêts récents. À côté d'une conception large de l'acte de communication, il n'y a pas de nécessité de faire recours à la notion d'appropriation de contenu. Si l'intermédiaire joue un rôle central en ce qui concerne l'accessibilité de l'œuvre, il commet un acte de communication. Dans ce cas une attribution de l'acte matériel de communication n'est pas requise.[542] L'intermédiaire est responsable de sa propre action – et non pas d'une action de son utilisateur qu'il se serait appropriée.[543] Le *Bundesgerichtshof* commence alors à juste titre à prendre du recul sur la notion d'appropriation de contenu dans le cadre des droits patrimonaux.[544]

96. **La jurisprudence « YouTube ».** En outre, concernant les plateformes qui ne s'approprient pas les contenus fournis par leurs utilisateurs, la jurisprudence renonce à interpréter la notion de communication au public à la lumière d'une analyse économique globale. En ce qui concerne la plateforme *YouTube*, il a clairement été retenu que l'utilisateur qui télécharge en amont la vidéo sur la plateforme est l'unique personne exerçant un acte de communication au public.[545]

---

[538] Reconaissant la portée de la notion : LG München, 33 O 9639/14, GRUR-RS 2015, 12314, n° 44 – YouTube-Betreiber.

[539] Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS. 2015, 14370, n° 152 – YouTube ; OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n° 30 ss. – Allegro barbaro ; L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 117 ; M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 137.

[540] L. SPECHT, « Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht », ZUM 2017, p. 114, spéc. p. 117.

[541] CJUE, aff. C-348/13, EU:C:2014:2315, Rec. num. 2014, n° 10 et n° 18 – BestWater.

[542] Également OLG München, 29 U 4077/15, ZUM 2016, 764 (765) – Angebote mit Lichtbildverknüpfung ; LG München I, 33 O 6198/14, BeckRS 2016, 21332, Entscheidungsgründe A. I. 1. b) aa) – uploaded ; A. OHLY, « Von GS Media zu einer unionsrechtlichen Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten? », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 387, spéc. p. 389 ; « Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen »GS Media«, »Filmspeler« und »The Pirate Bay«: Abenddämmerung für die Störerhaftung? », ZUM 2017, p. 793, spéc. p. 800.

[543] A. CONRAD et T. SCHUBERT, « Vom Paperboy zum Thumbnail und wieder zurück – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.9.2017 – I ZR 11/16 – Vorschaubilder III », ZUM 2018, p. 132, spéc. p. 133 ; A. CONRAD, « Kuck' mal, wer da spricht: Zum Nutzer des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung anlässlich von Links und Frames », CR 2013, p. 305, spéc. p. 316.

[544] BGH, I ZR 11/16, GRUR 2018, 178, Rn. 20 – Vorschaubilder III ; I ZR 46/12, GRUR 2016, 171, Rn. 27 – Die Realität II ; il n'existe d'ailleurs aucun cas connu dans lequel l'appropriation du contenu aurait justifié la condamnation d'une plateformes à contenu généré par les utilisateurs sans contrôle *a priori* pour communication au public, ce qui est cependant dû à la réticence du *Bundesgerichtshof* de reconnaître une appropriation du contenu, cf. supra n° 27.

[545] Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 138 – YouTube ; OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n° 29 – Allegro barbaro.

Ceci correspond également à la conception française de la communication au public.[546] Le fait de fournir l'équipement technique qui permet le téléchargement aux utilisateurs correspond à un modèle économique licite et ne peut donc être assimilé à une atteinte directe.[547] Une communication en aval du téléchargement par l'utilisateur devrait satisfaire toutes les conditions de l'article 3 § 1 de la directive « *Infosoc* ».[548] Cette jurisprudence présente à l'évidence une conception traditionnelle du droit de communication au public.

Toutefois, dans un arrêt récent concernant le droit de distribution des interprètes ou exécutants, le *Bundesgerichtshof* fait preuve d'une appréciation économique des droits patrimonaux.[549] En l'espèce, le titulaire du droit de distribution avait intenté un procès contre l'opérateur d'une boutique en ligne sur laquelle étaient mises en vente des copies contrefaisantes d'un enregistrement live d'un concert. La particularité du cas résidait dans le fait que l'opérateur ne choississait pas les contenus de sa boutique en ligne. Les produits offerts à la vente étaient choisis et mis en ligne par des sous-traitants, sans que l'opérateur ait procédé à un contrôle *a priori*. Le *Bundesgerichtshof* confirma tout de même le jugement d'appel qui avait affirmé une atteinte directe aux droits des interprètes ou exécutants par l'opérateur de la boutique en ligne.[550] Le fait que l'opérateur agisse en son propre nom et pour son propre compte suffisait pour donner l'impression qu'il assume la responsabilité des contenus.[551]

Cet arrêt, certes important, ne peut être considéré comme inversant la tendance en ce qui concerne la notion d' « exploitant » d'une œuvre.[552] Alors qu'une partie du raisonnement est applicable aux plateformes telles que *YouTube*, qui elles aussi choisissent consciemment de construire leur modèle économique autour des contenus livrés par des personnes tierces et se gardent la possibilité de retirer ces contenus, les opérateurs de *YouTube* ne sont pas, contrairement à l'opérateur en l'espèce, les seuls à intervenir face aux utilisateurs du site.[553] Celui qui gère une boutique en ligne et qui devient par la suite partie aux contrats de vente conclus sur cette plateforme, étant la seule personne agissant dans les relations extérieures, ne peut invoquer sa méconnaissance des produits vendus.[554] De plus, l'origine de l'œuvre n'a aucune influence sur la qualification en tant qu'acte de communication au public. Ainsi, le vendeur de produits doit assumer la responsabilité de ces produits, s'il ne divulgue pas que ces produits sont fournis et mis

[546] TGI Vannes, n° 656/2004, 29 avril 2004, Dalloz jurisprudence = CCE 2004/7, comm. 86, note Caron = PI 2004, n° 12, 779, obs. Sirinelli – Ministère public/Le Caignec ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4 éd., 2012, n° 308.

[547] Cons. 27 de la directive « *Infosoc* » ; Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n^{os} 138 s. – YouTube ; OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n° 29 – Allegro barbaro ; LG München, 33 O 9639/14, GRUR-RS 2015, 12314, n° 40 – YouTube-Betreiber ; également F. HOFMANN, « Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht - Vorbild für die Intermediärshaftung im Allgemeinen? », ZUM 2017, p. 102, spéc. p. 10 ; « Anmerkung », GRUR 2016, p. 1064, spéc. p. 1065, qui rejette l'idée d'une violation d'obligation de vigilance par le seul fait de la fourniture d'une infrastructure technique.

[548] Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 139 – YouTube.

[549] BGH, I ZR 88/13, GRUR 2016, 493 – Al Di Meola.

[550] BGH, I ZR 88/13, GRUR 2016, 493, n° 15 et 18 – Al Di Meola.

[551] BGH, I ZR 88/13, GRUR 2016, 493, n° 17 et 20 – Al Di Meola.

[552] D'autre avis M. LAUSEN, « Unmittelbare Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers », ZUM 2017, p. 278, spéc. p. 286 s.

[553] Pour le cas d'espèce BGH, I ZR 88/13, GRUR 2016, 493, n° 20 – Al Di Meola ; les titulaires de droits font de l'absence de contenus incriminés sur la plateformes YouTube un signe que son opérateur puisse décider quelles vidéos soient visibles ce qui indique un filtrage de sa part, cf LG München, 33 O 9639/14, GRUR-RS 2015, 12314, n° 10 – YouTube-Betreiber.

[554] BGH, I ZR 88/13, GRUR 2016, 493, n° 21 – Al Di Meola.

en ligne par des sous-traitants.[555] En ce qui concerne la plateforme *YouTube*, on ne peut alors considérer qu'elle assume la responsabilité des contenus postés par ses utilisateurs. Le fonctionnement de la plateforme est bien connu. De plus, on trouve affiché sous la vidéo l'avatar de l'utilisateur ayant placé la vidéo sur la plateforme. Le *Bundesgerichtshof*, qui remarque en passant de ne pas vouloir affirmer une communication au public par la plateforme *YouTube* tant qu'elle n'a pas de connaissance du contenu illicite, a toutefois renvoyé cette question devant la Cour de justice.[556] Celle-ci devra dès lors aborder la question du seuil *de minimis* du droit de communication au public.

Conclusion de la Section I

On perçoit une certaine volonté d'étendre la protection octroyée par le droit d'auteur afin de répondre aux défis du numérique auxquels les États membres font face, qui – à tort ou à raison – appliquent des notions nationales afin d'atteindre une protection qu'ils estiment plus adéquate. La volonté d'étendre le champ d'application de la responsabilité directe peut donc être qualifiée de globale. Les conceptions nationales doivent toutefois s'adapter à la jurisprudence de la Cour de justice.

Section II Appréhension de la jurisprudence de la Cour de justice au sein des États membres

Les juridictions des États membres étaient obligées de faire face, bien avant l'expansion du contenu du droit de communication au public par la Cour de justice, aux actions intentées à l'encontre des différents intermédiaires en matière de droit d'auteur. On perçoit ici une différence entre les approches civilistes (2.) et du common law (1.) qui ont pourtant une chose en commun : elles nécessitent toutes deux un ajustement au regard de la jurisprudence de la Cour de justice.

1. La limitation du droit de communication au public aux plateformes illicites au Royaume-Uni

97. **L'affaire « *Newzbin* » et ses répercussions.** Les magistrats britanniques ont tôt condamné les plateformes proposant un service de partage selon le protocole bit-torrent pour « autorisation » des atteintes au droit d'auteur commises par leurs utilisateurs. L'affaire *Newzbin* a déclenché une jurisprudence active en la matière. À sa base se trouvait le site *Newzbin* qui permettait à ses utilisateurs de télécharger en amont et en aval un grand nombre d'œuvres protégées. Les opérateurs offraient aux membres prémiums cotisants plusieurs services d'assistance concernant le repérage d'œuvres particulières et leur téléchargement. Ils proposaient des solutions techniques avancées et complexes qui invitaient leurs utilisateurs à explorer les offres diverses. Les opérateurs du site assistaient alors considérablement leurs utilistateurs dans la commission

[555] N. RAUER et D. ETTIG, « Haftung des Betreibers eines Onlineshops », GRUR-Prax. 2016, p. 203 ; G. SCHULZE, « Ende der Verbreitung von Bauhaus-Imitaten aus Italien? », GRUR-Prax. 2016, 187 (189).
[556] BGH, I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132, n° 30 – YouTube.

d'atteintes au droit d'auteur.[557] Ils invitaient de surcroît leurs utilisateurs expressément au partage de fichiers contenant des œuvres protégées.[558] Les utilisateurs du site pouvaient alors supposer que ses opérateurs possédaient l'autorité de consentir à l'exploitation des œuvres.[559] Les opérateurs du site, en autorisant les atteintes, portaient donc eux-même directement atteinte aux droits patrimoniaux en cause.[560] Plusieurs arrêts ont à la suite été rendus en se fondant sur le raisonnement « Newzbin » pour affirmer la présence d'une autorisation lorsque le modèle économique de l'intermédiaire visait les atteintes au droit d'auteur.[561] Le champ d'application de la notion d'autorisation reste en pratique réduit à ces cas précis.[562]

98. **Communication au public et autorisation.** Il en est d'autant plus ainsi étant donné que la jurisprudence se tourne de plus en plus directement vers une communication au public commise par les opérateurs de tels sites. En ce qui concerne les sites illicites de *streaming*, il convient d'analyser au cas par cas leur fonctionnement concret. Alors que certains diffusent uniquement les programmes de télévision en direct[563], d'autres indexent et administrent des listes de liens hypertextes renvoyant vers des fichiers bit-torrents par le biais desquels la consommation des œuvres devient possible.[564] D'autres encore proposent un logiciel téléchargeable sur leur site qui, quant à lui, indexe et administre la liste des liens.[565] Tous ces modes de fonctionnement ont en commun leur orientation vers la commission d'atteintes au droit d'auteur et le fait d'en tirer profit. En vertu de l'extension de la notion de communication au public par la Cour de justice se pose alors la question de savoir si la notion d'autorisation demeure nécessaire afin d'intégrer ces modèles économiques dans la protection du droit d'auteur.

Dans les cas de diffusion en direct et d'indexation d'une liste de liens sur la plateforme, la jurisprudence britannique n'a montré aucune difficulté à faire entrer ces modèles économiques dans le champ d'application de la notion de communication au public.[566] Ce qui importe, c'est le rôle actif de l'opérateur de la plateforme, visant justement la commission d'atteintes par ses utilisateurs.[567] La jurisprudence ne se fonde alors pas sur l'utilisation de liens hypertextes qui, selon

---

[557] KITCHIN J, Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n^os^ 98 s.

[558] En ce qui concerne le fonctionnement particulier du site cf. Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 14 s. et n^os^ 23 s.

[559] Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 102.

[560] Il demeure remarquable que en l'espèce aucune contrefaçon directe fut retenue par les utilisateurs du site, alors que l'autorisation revêt une nature accessoire. KITCHIN J déduit du modèle économique particulier qu'une atteinte primaire des titulaires de droit peut être supposée avec certitude, Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 97.

[561] Pour la plateforme TPB : Dramatico Entertainment Ltd. & Ors v British Sky Broadcasting Ltd. & Ors [2012] EWHC 268 (Ch), n^os^ 73 ss. : pour les plateformes « KAT », « H33T » et « Fenopy » : EMI Records Ltd. & Ors v British Sky Broadcasting Ltd. & Ors [2013] EWHC 379 (Ch), n^os^ 53 ss. ; également ARNOLD J, Football Association Premier League Limited v British Sky Broadcasting & Ors [2013] EWHC 2058 (Ch), n° 50, qui ne traite pourtant plus l'autorisation après avoir affirmé une communication au public.

[562] D. MEALE, « Online service provider's liability for the activities of its users », JIPLP 2010, p. 491, spéc. p. 492.

[563] The Football Association Premier League Limited v British Telecommunication PLC & Ors, [2017] EWHC 480 (Ch).

[564] Cf. par exemples les plateformes TPB, KAT, H33T, Fenopy et FirstRow.

[565] Ainsi dans le cas du logiciel « Popcorn Time », cf. les explication de BIRSS J, Twentieth Century Fox Film Corporation & Ors v Sky UK Ltd & Ors [2015] EWHC 1082 (Ch), n^os^ 16 à 24.

[566] The Football Association Premier League Limited v British Telecommunication PLC, [2017] EWHC 480 (Ch) ; Paramount v British Sky Broadcasting (No 2) [2014] EWHC 937 (Ch) ; 1967 v BskyB [2014] EWHC 3444 (Ch) ; Paramount v British Sky Broadcasting (No 1) [2013] EWHC 3479 (Ch) ; il est remarquable que ces arrêts fûrent rendus avant les arrêts pertinents de la Cour de justice.

[567] HENDERSON J, Paramount v British Sky Broadcasting (No 2) [2014] EWHC 937 (Ch), n° 35 ; ARNOLD J, 1967 v BskyB [2014] EWHC 3444 (Ch), n° 19 ; Paramount v British Sky Broadcasting (No 1) [2013] EWHC 3479 (Ch), n° 32.

sa conception, ne communiquent pas l'œuvre reliée au public.[568] La mise à disposition d'une liste de liens qui rend possible ou facilite significativement la recherche de contenus illicites ne peut plus être considérée comme une activité neutre. Un comportement de manière si structuré et délibéré doit être considéré comme une communication au public.[569]

En revanche, la mise à disposition d'un logiciel indexant des listes de liens hypertextes renvoyant vers des contenus protégés, est un comportement qui, en termes de proximité de l'atteinte directe commise par l'utilisateur, se situe un niveau en-dessous de l'opération d'un site de partage de fichiers. Ce comportement constitue à juste titre une fourniture de moyens qui n'est pas suffisante pour être assimilée à une communication au public selon la jurisprudence.[570]

Dans les cas où l'on peut reconnaître une communication au public, notamment les cas de diffusion en direct et d'indexation d'une liste de liens revoyant vers des fichiers bit-torrents, se pose la question de savoir si un recours à la notion d'autorisation est nécessaire. Car si ces comportements reviennent à une communication au public principale, il n'y a pas lieu de les qualifier d'autorisation. L'autorisation est accessoire à l'acte principal. Un seul et même acte ne peut alors pas être qualifié de communication au public et de son autorisation.[571]

Si l'intermédiaire communique les œuvres sur sa plateforme au public, il peut également commettre l'autorisation des contrefaçons commises par ses utilisateurs à la suite. Ici, le désavantage de la notion d'autorisation devient apparent : elle brouille les limites entre l'atteinte directe et indirecte. Au lieu de précisément distinguer l'acte de communication commis par l'opérateur de la plateforme dont découle sa responsabilité primaire et l'acte d'assistance par mise à disposition d'une liste de liens dont découle une éventuelle responsabilité secondaire, la jurisprudence britannique mélange les deux raisonnements. Elle s'appuie sur le fait que la facilitation de l'atteinte commise par l'utilisateur doit être considérée comme étant un acte de communication au public commis par l'intermédiaire. Ce même comportement revient cependant à une autorisation selon la jurisprudence.[572] Elle qualifie alors – à tort – un seul et même comportement d'autorisation et de communication au public.

Une explication d'un tel dévoiement jurisprudentiel se trouve dans le contexte du droit européen : les décisons anglaises ont été rendues avant la publication des plus importants arrêts de la Cour de justice et donc à un temps où les magistrats nationaux devaient combler certains vides juridiques.[573] Afin de gérer ces modèles économiques que la jurisprudence britannique ne voulait évidemment pas tolérer, elle a donc progressé dans une interprétation du droit d'auteur qui exige maintenant une rectification suite aux arrêts récents de la Cour de justice.

---

[568] En ce qui concerne la nécessité d'adaptation à la jurisprudence de la Cour de justice cf. infra n° 99.

[569] KITCHIN J, Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n° 125 ; ARNOLD J, EMI Records Ltd. & Ors v British Sky Broadcasting Ltd. & Ors [2013] EWHC 379 (Ch), n^{os} 44 ss.

[570] BIRSS J, Twentieth Century Fox Film Corporation & Ors v Sky UK Ltd & Ors [2015] EWHC 1082 (Ch), n^{os} 38 à 42.

[571] Également ARNOLD J, Football Association Premier League Limited v British Sky Broadcasting & Ors [2013] EWHC 2058 (Ch), n° 50.

[572] KITCHIN J, Twentieth Century Fox Film Corp. & Ors v Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch), n^{os} 99 à 102 ; il est alors bienvenu qu'ARNOLD J différencie précisément entre communication au public par stream en direct et l'autorisation d'une reproduction dans un arrêt récent, The Football Association Premier League Limited v British Telecommunication PLC & Ors, [2017] EWHC 480 (Ch), n^{os} 32 ss. et n° 39.

[573] Il est intéressant que, dans un cas qui concernait une injonction de blocage du site TPB, les magistrats n'affirmaient pas la communication au public par le site lui-même, mais uniquement son autorisation et sa responsabilité délictuelle. Ceci est pourtant dû à la demande concrète formulée par le titulaire de droit, cf. Dramatico Entertainment Ltd. & Ors v British Sky Broadcasting Ltd. & Ors [2012] EWHC 268 (Ch), n° 44.

99. **Nécessité d'adaptation à la jurisprudence de la Cour de justice.** Hormis le fait que les notions de communication au public et d'autorisation ne se distinguent pas toujours clairement l'une de l'autre, les arrêts précités témoignent d'une conception large des atteintes directes, similaire à celle qu'a ensuite adopté la Cour de justice. La seule différence du raisonnement de la Cour est que celle-ci qualifie le comportement des plateformes telles que *The Pirate Bay* directement en tant qu'acte de communication au public sans avoir recours à la notion d'autorisation. Le droit britannique ne requiert alors pas d'adaptation à la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne les résultats obtenus, notamment la responsabilité primaire de certaines plateformes. Les juges anglais devront simplement abandonner le concept d'autorisation dans ces cas pour entièrement correspondre à la conception large de la notion de communication au public de la Cour de justice.

Un besoin d'adaptation à l'interprétation de la Cour du droit de communication au public existe de plus en matière de liens hypertextes. Ici la jurisprudence britannique n'a que rarement reconnu une communication au public.[574] Selon les magistrats, la simple fourniture de liens, peu importe leur type technique, ne suffit généralement pas pour pour affirmer une communication au public.[575] Sur ce point la jurisprudence devra alors adapter sa compréhension de la notion de communication au public et y faire entrer les liens renvoyant vers des sources illicites[576] – du moins tant que le Royaume-Uni fait partie de l'Union européenne. Il en va de même en ce qui concerne la fourniture d'un logiciel indexant des listes de liens hypertextes renvoyant vers des contenus protégés.

2. L'approche civiliste concernant les liens hypertextes et les moteurs de recherche

100. **La contrefaçon par fourniture d'un lien hypertexte.** En ce qui concerne l'approche civiliste, le présent travail a déjà pu souligner que même les plateformes qui visent expressément la commission de contrefaçons de la part de leurs utilisateurs ne commettaient pas de communication au public. Leur responsabilité fut traditionnellement une responsabilité indirecte.[577] Les magistrats devront alors s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de justice.[578] En matière de fourniture de liens hypertextes, on perçoit également un traitement similaire en France et en Allemagne, bien que la notion d'exploitation d'œuvres soit conçue de manière différente.[579]

---

[574] Ces cas concernaient tous la fourniture de liens dans le cadre d'un plateforme telle que TPF, cf. Westminster Magistrates' Court, District Judge Purdy, 13 janvier 2012, US v O'Dwyer, p. 6 s. ; cf. également la condamnation pour quatre ans de prison dans un cas similaire, Crown Court Newcastle upon Tyne, aff. T2009 7188, 14 août 2012 – R v Vickerman.

[575] « *I acknowledge that it is arguable that the mere provision of a hyperlink is not enough to constitute communication to the public (particularly if the hyperlink is not directly to a source of the copyright work). I also acknowledge that it is arguable that it makes no difference whether or not the source of the copyright work to which the hyperlink is licensed by the copyright owner. I also acknowledge that is is arguable that it makes no difference whether clicking on the links results in framing […] or not.* », ARNOLD J, Paramount Home Entertainment Ltd & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors [2013] EWHC 3479 (Ch), n° 32 ; il en va autrement si le lien lui-même contient une expression protégée, cf. NLA v Meltwater, [2011] EWCA Civ 890 ; NLA v Meltwater, [2010] EWHC 3099 (Ch) ; M. SHILLITO et R. MONTAGNON, « Copyright in headlines and infringement through receipt of extracts and use of hyperlinks », JIPLP 2011, p. 857, spéc. p. 858 s.

[576] En conformité avec l'arrêt *GS Media*, CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016 – GS Media.

[577] Responsabilité pour fourniture de moyens ou pour participation, cf. supra n° 11.

[578] Pour une première application du raisonnement *GS Media* en Allemagne cf. LG Hamburg, 310 O 402/16, BeckRS 2016, 21031.

[579] L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*, 2016, p. 344 ss.

Les magistrats tant français qu'allemands ont témoigné d'une approche économique de la délimitation de la notion de communication au public concernant les liens hypertextes. Ils se sont appuyés sur le fait que certaines formes de liens reviennent à l'appropriation économique du contenu relié. En ce qui concerne le lien encadré qui permet aux utilisateurs de consulter directement une œuvre qui a été téléchargée sans le consentement de l'auteur sur le site cible, ils ont affirmé que celui-ci devait être considéré comme portant atteinte au droit de communication au public.[580] Le lien encadré contourne la reproduction de l'œuvre qui normalement serait nécessaire afin de pouvoir l'afficher directement sur le propre site.[581] La jurisprudence française va même plus loin en reconnaissant une communication au public par un lien profond vers une œuvre contrefaisante. Le fait de cliquer sur un lien qui permet le contournement du site source et qui télécharge automatiquement l'œuvre contrefaisante, va au-delà d'une fourniture de moyens. Cela justifie la condamnation en tant que contrefacteur direct.[582] La jurisprudence allemande n'a pour le moment pas reconnu une communication au public dans de tels cas. Pourtant, le raisonnement du *Bundesgerichtshof* concernant les liens encadrés peut être généralisé : suite à l'ordonnance *BestWater* de la Cour de justice, le *Bundesgerichtshof* décida que le lien encadré constitue une communication au public lorsque l'œuvre faisant l'objet du lien est publiée sans le consentement de l'auteur sur le site source.[583] L'auteur n'ayant jamais consenti à la publication de son œuvre, n'a par la suite pas non plus pris en compte le public du lien hypertexte. La fourniture du lien représente alors une communication de l'œuvre à un public nouveau.[584] La Cour fédérale allemande a donc écarté l'idée d'un contournement du consentement de l'auteur pour reproduction en faveur d'un raisonnement beaucoup plus général, applicable à tout type de lien hypertexte renvoyant vers une œuvre illicite. Cet arrêt, beaucoup critiqué pour sa restriction de la liberté de poser un lien hypertexte, a donc *de facto* instauré une obligation de contrôle de l'illicéité de l'œuvre à la charge la personne fournissant le lien dont la violation entraîne l'engagement de sa responsabilité primaire.[585]

---

[580] BGH, I ZR 46/12, MMR 2013, 596, n° 26 – Die Realität I ; I ZR 46/12, GRUR 2016, 176, n° 34 – Die Realität II ; pour le service de Google Vidéo CA Paris, n° 09/11739, 14 janvier 2011 – Google/Les Films de la Croisade et Goatworks Films [affaire „Mondovino"] ; n° 09/1172, 14 janvier 2011 – Google France/Bac Films [affaire „Les dissimulateurs"] ; n° 09/11779, 14 janvier 2011 – Google France/Bac Films et The Factory [affaire „Clearstream"] ; n° 09/11737, 14 janvier 2011 – Google France/Compagnie des phares et balises [affaire „Le génocide arménien"] ; affirmés par Cass. civ. 1re, n° 11-13.666, 12 juillet 2012 – Google France/Bac Films ; n° 11-13.667, 12 juillet 2012 – Google France/Compagnie des phares et balises ; n° 11-13.668, 12 juillet 2012 – Google France/Les Films de la Croisade et Goatworks Films ; n° 11-13.669, 12 juillet 2012 – Google France/Bac Films et The Factory ; également TGI Paris, n° 08/03717, 24 juin 2009 – Lafesse/Google où l'imprécision de la demande ne permettait pas la preuve d'un encadrage de contenu ; J.-M. BRUGUIERE, « Mise à disposition de liens hypertextes permettant de télécharger des œuvres contrefaites », PI 2015, n° 57, p. 431, spéc. p. 432 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4 éd. 2012, n° 309 ; F. POULLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2 éd., 2014, n° 1732 ; F. SARDAIN, « La contrefaçon du fait des liens hypertextes », CCE 2005/6, étude 21, n° 18 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3 éd., 2016, n° 554.

[581] BGH, I ZR 46/12, MMR 2013, 596, n° 26 – Die Realität I.

[582] CA Paris, n° 14/20444, 2 février 2016, Légipresse 2016, n° 339, p. 360, obs. Douville – Playmédia/France Télévision ; TGI Paris, 2 avril 2015 – SACEM, SEVN, APP/Dimitri M. ; J.-M. BRUGUIERE, « Mise à disposition de liens hypertextes permettant de télécharger des œuvres contrefaites », PI 2015, n° 57, p. 431, spéc. p. 432 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4 éd., 2012, n° 309 ; F. POULLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2 éd., 2014, n° 1732 ; contre la qualification d'un lien profond comme communication au public T. DOUVILLE, « Liens hypertextes profonds et droits voisins des entreprises de communication audiovisuelle », Légipresse 2016/6, n° 339, p. 360, spéc. p. 364.

[583] BGH, I ZR 46/12, GRUR 2016, 176, nos 18 ss. et nos 31 s. – Die Realität II.

[584] BGH, I ZR 46/12, GRUR 2016, 176, n° 34 – Die Realität II.

[585] M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 138 ; G. SPINDLER, « Das Ende der Links: Framing und Hyperlinks auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung? », GRUR 2016, p. 157, spéc. p. 158 s. ; ceci romp évidemment avec l'ennoncé des arrêts antérieurs qui visaient une obligation de vigilance allégée dans le cadre de la « Störerhaftung », cf.

Suite aux arrêts *GS Media* et *Filmspeler*, la jurisprudence allemande et française devront s'adapter aux exigences de la Cour de justice. Les juges seront obligés d'accepter, d'un côté, une communication au public même en cas de lien simple lorsque la source est illicite et, de l'autre côté, de restreindre le champ d'application personnel de l'obligation de contrôle *a priori* aux personnes agissant à titre lucratif. Ceci provoque une rupture avec l'approche objective de la conception des droits patrimoniaux des deux ordres juridiques. Si la responsabilité peut dépendre d'un élément moral tant en France qu'en Allemagne, ceci n'était jusqu'à présent pas le cas pour les droits patrimoniaux.[586] Leur contenu était analysé de manière purement objective. Lorsqu'une personne commettait un acte réservé aux titulaires du droit sans autorisation, il y avait une atteinte au droit d'auteur sans qu'il soit nécessaire que l'auteur de l'atteinte s'en rende compte.[587]

Les premiers arrêts allemands appliquant le raisonnement *GS Media* ont cependant émis des réserves à l'égard de l'instauration d'une obligation de contrôle proactive du fournisseur de lien. Si le premier arrêt de la Cour Régionale d'Hambourg affirmait une action à titre lucratif lorsque le site entier était exploité à des fins économiques[588], les arrêts suivants ont cherché à restreindre le champ d'application de la présomption de connaissance par des considérations de proportionnalité.[589] Ils ont infirmé la présomption de connaissance alors que la personne en cause agissait à titre lucratif, et par conséquent infirmé l'obligation de surveillance proactive dans le cas où la personne utilise des liens de manière automatisée, par exemple à travers des flux RSS sur son site.[590] Dans ces cas, on ne peut pas, selon la jurisprudence allemande, demander de la personne de surveiller les contenus des liens de manière proactive.

101. **Les moteurs de recherche.** En ce qui concerne l'opération d'un moteur de recherche et sa qualification juridique, il convient de distinguer les différentes fonctions d'un moteur de recherche. Le moteur de recherche « classique » indexe les sites web et produit une liste de résultats suite à la recherche d'un mot clé spécifique par un utilisateur. L'indexation fonctionne techniquement à base de liens hypertextes. Conçu comme ne relevant pas du champ d'application du droit de communication au public au plan national[591], la question se pose de savoir si chaque

---

BGH, I ZR 74/14, GRUR 2016, 209, n° 24 – Haftung für Hyperlink ; I ZR 259/00, BGHZ 156, 1 = GRUR 2003, 958 (961) – Paperboy.

[586] En Allemagne, l'élément moral de la responsabilité primaire découle de l'article 97 § 2 du Code de droit d'auteur; alors qu'en France la Cour de cassation précise clairement l'absence de tout élément moral de la contrefaçon civile, il demeure partie du régime de responsabilité (secondaire) des articles 1240 s. du Code civil ; cf. également M. BRÜß, « Hamburg court applies *GS Media* for the first time in Germany », JIPLP 2017, p. 164, spéc. p. 165 ; C. VOLKMANN, « Verlinkung & Haftung: Bedeutet die EuGH-Trilogie das Aus für die Informationsfreiheit und den Meinungsaustausch im Internet? », CR 2017, p. 36, spéc. p. 39.

[587] « [...] *la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés* », Cass. civ. 1re, n° 99-15.284, 29 mai 2001 – M. Adam X/Édition Phébus ; nos 99-15.587 et 99-15.893, 26 juin 2001, Juris-Data n° 2001-010418 = CCE 2002, comm. 81, note Caron – Virgin Stores/Fondation Friedrich Wilhelm Murnau.

[588] LG Hamburg, 310 O 117/17, BeckRS 2017, 127832, Rn. 58 – 60 ; similairement LG Hamburg, 310 O 402/16, BeckRS 2016, 21031.

[589] BGH, I ZR 11/16, GRUR 2018, 178, nos 59 ss. – Vorschaubilder III ; LG Hamburg, 310 O 117/17, BeckRS 2017, 127832, nos 58 s. ; 308 O 151/17, BeckRS 2017, 125510, nos 33 s. ; E. ROSATI, « Another German decision warns against broad application of GS Media presumption for for-profit link providers », The IPKat, 22.10.2017 ; « German Federal Court of Justice rules that GS Media presumption of knowledge does not apply to Google Images », The IPKat, 22.9.2017.

[590] LG Hamburg, 308 O 151/17, BeckRS 2017, 125510, nos 34 ss.

[591] C. FERAL-SCHUHL, *Cyberdroit*, Dalloz, 7 éd., 2018, n° 621.21 et 622.11; A. LUCAS et H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4 éd., 2012, n° 310 ; U. REBER, *in BeckOK UrhG*, C.H.Beck, 11. éd., 2016, § 97, n° 78.

indexation d'une œuvre protégée correspond, désormais, à une communication au public suite à la jurisprudence *GS Media*. Ce raisonnement n'a pas lieu d'être poursuivi.[592] Les opérateurs de moteurs de recherche tels que *Google* ou *Yahoo* agissent à titre lucratif.[593] Ils devraient donc, suivant le raisonnement de *GS Media*, contrôler les (milliards de) sites qu'ils indexent. Cela reviendrait à leur imposer une obligation générale de surveillance. La jurisprudence allemande étant la seule des trois ordres juridiques analysés qui a, pour l'instant, appliqué l'arrêt *GS Media* au plan national, atteste alors de son refus d'assimiler les moteurs de recherche aux liens hypertextes. Le *Bundesgerichtshof* refuse d'appliquer l'obligation de contrôle provenant de l'arrêt *GS Media* aux moteurs de recherche pour des raisons de proportionnalité.[594] Il se fonde sur l'article 15 de la directive « *e-commerce* », qui n'est certes pas directement applicable aux moteurs de recherche, dont la contrainte ressort pourtant du principe général de proportionnalité. Selon le *Bundesgerichtshof*, il ne peut pas être attendu des moteurs de recherche qu'ils effectuent des contrôles des contenus au vu du processus d'indexation complètement automatisé et de l'importance de leur modèle économique pour le fonctionnement de l'Internet.[595] Ils ne doivent procéder à un contrôle qu'à partir d'une notification de l'atteinte de la part du titulaire de droit.[596]

102. **Google Images.** L'affichage de vignettes d'images dans le cadre d'un service de recherche d'image n'a d'ailleurs jamais été assimilé à une communication au public par les jurisprudences françaises et allemandes.[597] Toutefois, le raisonnement des magistrats diffère. La jurisprudence allemande se fondait sur la notion de consentement implicite. La transmission des vignettes correspond alors à un acte de communication qui demeure licite car l'auteur y a tacitement consenti en postant lui-même l'œuvre ou en autorisant son téléchargement en amont.[598] La jurisprudence française, en revanche, ne faisait pas la distinction entre source licite et illicite. Elle qualifiait le service *Google Images* comme un stockage au sens de l'article 6-I-2 de la loi pour

[592] A. CONRAD et T. SCHUBERT, « Vom Paperboy zum Thumbnail und wieder zurück – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.9.2017 – I ZR 11/16 – Vorschaubilder III », ZUM 2018, p. 132, spéc. p. 134 ; A. OHLY, « Anmerkung », GRUR 2018, p. 187, n° 5 ; « Die lauterkeitsrechtliche Haftung für Hyperlinks », NJW 2016, p. 1417, spéc. p. 1420 ; C. VOLKMANN, « Verlinkung & Haftung: Bedeutet die EuGH-Trilogie das Aus für die Informationsfreiheit und den Meinungsaustausch im Internet? », CR 2017, p. 36, spéc. p. 41.

[593] La Cour de justice ne précise d'ailleurs pas ce qu'elle entend sous « titre lucratif » ; la Cour Régionale d'Hambourg décida alors qu'il suffit que le lien soit posé dans le cadre d'un site web agissant à titre lucratif, LG Hamburg, 310 O 402/16, BeckRS 2016, 21031, n° 47.

[594] BGH, I ZR 11/16, GRUR 2018, 178, n^{os} 59 ss. – Vorschaubilder III ; cf. également LEISTNER, ZUM 2018, 286 (287) ; E. ROSATI, « German Federal Court of Justice rules that GS Media presumption of knowledge does not apply to Google Images », The IPKat, 22.9.17.

[595] BGH, I ZR 11/16, GRUR 2018, 178, n^{os} 60 ss. – Vorschaubilder III; A. OHLY, « Anmerkung », GRUR 2018, p. 187, n° 5.

[596] BGH, I ZR 11/16, GRUR 2018, 178, n^{os} 67 ss. – Vorschaubilder III.

[597] La Cour d'appel de Paris avait condamné Google pour contrefaçon – sans pourtant s'appuyer sur les droits patrimoniaux, cf. CA Paris, n° 09/21941, 4 février 2011 – Google France/aufeminin.com. Le fait reproché à la société ne fut justement pas une violation des droits patrimoniaux, mais une violation de l'obligation d'empêcher la réapparition de certains contenus.

[598] BGH, I ZR 69/08, BGHZ 185, 298 = GRUR 2010, 628, n^{os} 33 ss. – Vorschaubilder ; LG Erfurt, 3 O 1108/05, ZUM 2007, 566 (567) – Thumbnails ; en ce qui concerne le consentement de l'auteur cf. BGH, I ZR 140/10, GRUR 2012, 602, n^{os} 16 ss. – Vorschaubilder II ; cette notion n'est alors qu'applicable si l'œuvre a été téléchargée sur Internet avec le consentement de l'auteur, A. OHLY, « Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet », GRUR 2012, p. 983, spéc. p. 987 ; « Verändert das Internet unsere Vorstellung von Persönlichkeit und Persönlichkeitsrecht? », AfP 2011, p. 428, spéc. p. 432 s. ; S. OTT, « Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen? », ZUM 2007, p. 119, spéc. p. 126 s. ; R. TINNEFELD, *Einwilligung in urheberrechtliche Nutzungen*, Mohr Siebeck, 2012, p. 92 ss. ; critiqué par G. SPINDLER, « Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht. Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder" », GRUR 2010, p. 785 ; M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 135.

la confiance dans l'économie numérique et excluait par ce biais l'éventuelle responsabilité primaire de l'opérateur du moteur de recherche.[599] Le raisonnement n'est pas toujours compréhensible et témoigne d'une volonté d'atteindre un certain but (non responsabilité) sans vrai fondement juridique.[600] La Cour d'appel de Paris s'appuie sourtout sur le fait que l'image est accessible uniquement sous forme réduite de vignette et que son stockage est limité dans le temps.[601] Elle ignore toutefois que le service – du moins à l'époque – offrait également la possibilité de télécharger l'image directement de la plateforme *Google Images*.

Si en Allemagne les opérateurs de moteurs de recherche d'image ne communiquent alors pas les vignettes au public, la situation a changé en France avec la loi n° 2016-925 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine qui a instauré des nouvelles règles concernant les services de recherche d'image et notamment la plateforme *Google Images*.[602] L'article L. 136-2-II du Code de la propriété intellectuelle expose l'obligation des opérateurs de services de recherche d'image, définis à l'article L. 136-1 du Code précité, de recevoir l'autorisation d'un organisme de gestion agréé afin de pouvoir reproduire et représenter l'œuvre en question dans le cadre de leurs services. Les opérateurs de moteurs de recherche doivent par conséquent leur verser une rémunération pour cette exploitation.[603] À ces fins, l'article L. 136-2-I du Code de la propriété intellectuelle accorde aux organismes de gestions agréés la mise en gestion automatique des œuvres concernées.[604] Un décret devra préciser la procédure d'agrégation.[605]

À part des difficultés de mise en œuvre de cette procédure, se posent diverses questions concernant l'interprétation du droit positif suite à la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine. Les articles L. 136-1 à 136-4 du Code de la propriété intellectuelle ne précisent pas le fondement d'un droit à rémunération. Instaurent-ils un nouveau droit

---

[599] CA Paris, n° 09/21941, 4 février 2011 – Google France/aufeminin.com ; affirmé par Cass. civ. 1re, nos 11-15.165 et 11-15.188, 12 juillet 2012, RLDI 2012/85, n° 2866, p. 77 s., obs. Costes = D. 2012, 2075, obs. Manara – Google France/aufeminin.com ; critiqué par T. MAILLARD, « Le(s) statut(s) des moteurs de recherche », Dalloz IP/IT 2016, p. 177 ; également guidée par l'article 14 de la directive « *e-commerce* » : CA Paris, n° 08/13423, 26 janvier 2011, D. 2011, 2363, obs. Larrieu – SAIF/Google France.

[600] Cf. A. LUCAS-SCHLOETTER, « Google face à la justice française et belge. Nouvelles décisions en matière de droit d'auteur », 2 (2011) JIPITEC, p. 144, spéc. p. 146 s., qui parle d'un « *embarras des juges français* » étant donné leur inaptitude à appliquer les fondements juridiques.

[601] CA Paris, n° 08/13423, 26 janvier 2011, D. 2011, 2363, obs. Larrieu – SAIF/Google France.

[602] Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, JORF n°0158 du 8 septembre 2016, Text n° 1 (« loi LCAP ») ; M.-A. FERRY-FALL, « Google Images : une proposition de loi saluée par les artistes », Juris art etc. 2014, n°14, p. 13 ; N. MAXIMIM, « Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (JO 8 juill.) », Dalloz IP/IT 2016, p. 386.

[603] L'article L. 136-1 du Code de la propriété intellectuelle définit le service automatisé de référencement d'images comme « *service de communication au public en ligne dans le cadre duquel sont **reproduites** et **mises à la disposition du public**, à des fins d'indexation et de référencement, des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques collectées de manière automatisée à partir de services de communication au public en ligne* » [souligné par l'auteur]. Il semble alors facile de contourner les obligations des articles L. 136-1 du Code précité par simple modification du procéssus technique en renonçant à une reproduction, cf. également B. SPITZ, « New French Act: Google Images will have to pay royalties », Kluwer Copyright Blog, 17.10.2016.

[604] B. SPITZ, « Thumbnails: French proposal for payment of royalties by search engines », Kluwer Copyright Blog, 28.4.2014.

[605] Article L. 136-3 du Code de la propriété intellectuelle ; l'article 30-II de la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine fait d'ailleur dépendre la date d'entrée en vigueur des articles L. 136-1 ss. du Code de la propriété intellectuelle de la publication du décret et ne prévoit qu'une entrée en vigueur à défaut six mois après sa promulgation. Les articles L. 136-1 ss. du Code de la propriété intellectuelle sont alors entré en vigueur le 7 janvier 2017 ; un décret pris pour l'application des articles L. 136-3 et L 136-4 du Code de la propriété intellectuelle n'a de ce jour toujours pas été publié ; un projet de décret du ministère de la culture et de la communication (disponible sous https://cdn2.nextinpact.com/medias/projet-decret-redevance-moteurs.pdf) fut retiré par le gouvernement suite à un avis défavorable (non publié) du Conseil d'État, cf. DE LAUBIER, « Le décret de taxe « Google Images » a été rejeté par le Conseil d'Etat puis retiré par le gouvernement », Edition Multimédia, 22.10.2018.

patrimonial adapté aux services de moteurs de recherche d'images ?[606] Il est fort contestable que le législateur ait une telle compétence étant donné l'harmonisation des droits patrimoniaux par la directive « *Infosoc* ». Quelle serait, alors, la relation du nouveau droit à l'article 3 § 1 de la directive « *Infosoc* » ? Le libellé de l'article L. 136-2 du Code précité insinue un droit de reproduction et de représentation dans le cadre d'un moteur de recherche d'images, sans pour autant l'adapter au langage et contenu de la directive « *Infosoc* ». Le législateur français prend le risque – si tant est que l'on puisse admettre la possibilité pour un législateur national d'instaurer un tel droit à rémunération en faveur des organisations de gestion agréés *de lege lata* – qu'un nouvel arrêt de la Cour de justice rende les normes contraires au droit de l'Union.[607] Le législateur européen est le seul compétent pour réviser les droits patrimoniaux de la directive « *Infosoc* », et son interprétation par la Cour de justice est impérative pour les juridictions nationales. Le législateur européen a toutefois poursuivi la voie entamée par le législateur français et introduit une norme similaire aux articles L. 136-1 ss. du Code de la propriété intellectuelle. Dans sa proposition d'une directive du droit d'auteur dans le marché unique numérique[608], le Parlement européen a inséré l'article 13*ter* qui prévoit, dans des termes encore plus vagues que la loi française, un droit à rémunération des auteurs à l'encontre des services de référencement d'images. Il reste à voir si cet article sera adopté au cours des réunions dite « trilogue ».[609]

La mise en gestion automatique du droit patrimonial au profit d'un organisme de gestion collective, telle que prévue par les articles L. 136-1 ss. du Code de la propriété intellectuelle français, semble de plus problématique. Elle contredit la nature des droits patrimoniaux en tant que droits absolus.[610] Rien n'indique d'ailleurs comment les organisations agrées devront verser la rémunération aux auteurs.[611]

Si le législateur français était alors guidé par sa volonté d'appréhender les moteurs de recherche d'images, il attaque le problème de manière détachée de la dogmatique du droit d'auteur. Un système qui se fonde sur une telle base manque de pragmatisme. Il est alors surprenant que la critique par la doctrine demeure retenue, voire positive.[612]

103. **Google Suggest.** Un embarras similaire est perceptible au sein de la jurisprudence concernant le service *Google Suggest*. À nouveau, le raisonnement des magistrats allemands et français diffère mais pour parvenir au même résultat : le fait de proposer des mots clés de recherche

[606] Critiqué par F. MACREZ, « « Soulier » et la résurgence de l'auteur », D. 2017, p. 84, n° 12.
[607] Également E. ROSATI, « The new French law targeting "automated image referencing services": does EU law allow it? », The IPKat, 23.10.2016 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi « liberté de la création, architecture et patrimoine » », RTD Com. 2016, p. 481.
[608] Parlement européen, P8_TA-PROV(2018)0337 du 12 septembre 2018 (« compromis de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique »).
[609] Pour un aperçu du processus législatif cf. CREATE, *EU Copyright Reform*, disponible sous https://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/ [consulté en dernier lieu le 1.11.2018].
[610] E. ROSATI, « The new French law targeting "automated image referencinag services": does EU law allow it? », The IPKat, 23.10.2016 ; également ECS, *Opinion on the Reference to the CJEU in case C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL*, 2015, p. 2.
[611] Compte tenu du volume d'œuvres protégées en ligne, il subsiste alors un certain risque qu'elles soient déclarées orphelines, cf. également G. CHAMPEAU, « Le Parlement adopte la loi Création qui oblige Google à payer pour afficher vos photos », numérama politique, 29 juin 2016 ; B. SPITZ, « New French Act: Google Images will have to pay royalties », Kluwer Copyright Blog, 17 octobre 2016.
[612] S. CHATRY, « Les évolutions en matière de droit d'auteur prévues par la loi LCAP », Juris art etc. 2017, n° 43, p. 31 ; M.-A. FERRY-FALL, « Google Images : une proposition de loi saluée par les artistes », Juris art etc. 2014, n°14, p. 13 ; plus prudent F. POLLAUD-DULIAN, « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi « liberté de la création, architecture et patrimoine » », RTD Com. 2016, p. 481.

par le biais d'un algorithme ne peut être considéré comme étant une communication au public.[613] Le *Bundesgerichtshof*, alors qu'il classifie les informations produites par un algorithme programmé par l'opérateur du moteur de recherche comme étant ses propres informations, veut de manière évidente éviter d'engager la responsabilité directe de l'opérateur du moteur de recherche. Il met donc à sa charge une obligation de veiller que ses suggestions ne portent pas atteinte au droit dans le cadre de la *Störerhaftung*.[614] En revanche, la Cour de cassation a reconnu que l'algorithme fonctionne de manière complètement automatique à base des recherches effectuées par les internautes. Elle décèle pourtant que, en suggérant des termes tels que « torrent » ou « megaupload », « *le service de communication au public en ligne des sociétés Google orientait systématiquement les internautes [...] vers des sites comportant des enregistrements mis à disposition du public sans l'autorisation des artistes-interprètes ou des producteurs de phonogrammes, de sorte que ce service* ***offrait les moyens de porter atteinte aux droits des auteurs*** *ou aux droits voisins* ».[615] Contrairement à ce que prétendent certains auteurs[616], ceci ne signifie justement pas que la Cour de cassation assimile la suggestion de mots clés à une communication au public.[617]

Conclusion de la Section II

L'extension de la notion de communication au public telle qu'effectuée par la Cour de justice n'a pas trouvé un terrain fertile dans les juridictions des États membres analysées dans ce travail. En ce qui concerne, tout d'abord, le Royaume-Uni, une adaptation de la qualification de communication au public de certains liens hypertextes est nécessaire, alors qu'elle ne l'est pas pour les plateformes d'échange de pair à pair puisque la jurisprudence britannique les considère déjà comme portant directement atteinte au droit d'auteur. S'agissant, ensuite, de la France et de l'Allemagne, l'adaptation doit se faire tant pour la qualification des liens, que pour les plateformes d'échange de pair à pair dont le modèle économique est considéré comme représentant une contribution à l'atteinte primaire.[618] Il demeure par ailleurs difficile d'appréhender l'évolution de la qualification juridique des moteurs de recherche. Différentes solutions peuvent être proposées. Alors que les jurisprudences allemande et française ne reconnaissent pas de communication au public par les opérateurs de moteurs de recherche, le législateur français est intervenu avec une

[613] Pour une contrefaçon de marque par le service « Adwords » cf. CJUE, aff. C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, Rec. 2010 I-02417 – Google France et Google ; également Cass. com, n° 06-20.230, 13 juillet 2010 – Google France/Louis Vuitton ; n° 06-15.136, 13 juillet 2010 – Google France/CRNNH ; n° 05-14.331, 13 juillet 2010 – Google France/Viaticum et Luteciel ; n° 08-13.944 13 juillet 2010 – Google France/Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménagers (le GIFAM) ; CA Lyon, n° 12/02366, 17 avril 2014 – C. B./Google France ; CA Paris, n° 08/00620, 19 novembre 2010 – Google France/Syndicat français de la literie ; TGI Paris, n° 04/11009, 8 décembre 2005 – Kertel/Google ; différemment auparavant CA Versailles, n° 03/07388, 10 mars 2005 – Google France/Viaticum ; TGI Nanterre, n° 03/10608, 17 janvier 2005 – Accor/Overture ; n° 03/00051, 13 octobre 2003 – Viaticum/Google France.

[614] BGH, VI ZR 269/12, MMR 2013, 535, n° 20 et n^{os} 26 s. – „Autocomplete"-Funktion.

[615] Cass. civ. 1re, n° 11-20.358, 12 juillet 2012, RLDI 2012/85, n° 2851, p. 36, obs. Costes = D. 2012, 1880, obs. Manara – SNEP/Google France [souligné par l'auteur].

[616] M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3 éd., 2016, n° 1053.

[617] E. RICBOURG-ATTAL, *Responsabilité des acteurs de l'internet*, Larcier, 2014, n° 394 ; également CA Paris, n° 10/19845, 3 mai 2011, RLDI 2011/72, n° 2385, p. 26, obs. Costes – SNEP/Google France: « *Considérant que la suggestion de ces sites ne constitue pas en elle même une atteinte au droit d'auteur* », ce qu'elle justifie surtout par le fait que les sites trouvés grâce aux suggestions ne proposaient pas uniquement des services illicites.

[618] Cf. supra n^{os} 11 s.

réforme à l'assise incertaine et au-delà de ses compétences par la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine. Celle-ci tente d'établir une obligation de rémunération des moteurs de recherche d'images.

Conlusion du Chapitre II

Les ordres juridiques nationaux connaissent tous une certaine tendance à étendre la notion de communication au public. Tant le concept d'autorisation, que la notion d'appropriation de contenu ou l'intervention récente du législateur français concernant les moteurs de recherche d'images témoignent d'une tendance nationale d'extension du champ d'appliation de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » – en conformité avec le du droit de l'Union ou non. Il existe toutefois une nécessité pour ces trois pays de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de justice. De cette analyse ressort le désavantage d'une dépendance de la jurisprudence nationale à l'égard de la jurisprudence parfois inconstante de la Cour. Le droit national est constamment à la traîne de l'interprétation de la Cour. Lorsqu'il anticipe des évolutions technologiques ou juridiques, il risque de violer le droit de l'Union.

Conclusion du Titre premier

Le présent titre a pu faire ressortir le dévoiement de la notion de communication au public et son application incertaine tant par la Cour de justice, qu'au sein des États membres. D'un côté, la Cour se comporte en tant que « quasi-législateur »[619] et instaure avec la connaissance de l'illicéité un critère complètement étranger à la communication au public comme condition de fond. Les États membres sont alors contraints de suivre la jurisprudence de la Cour. Ils utilisent toutefois chaque opportunité pour contourner les effets de cette jurisprudence. On aperçoit tout de même des tendances au sein des États membres à élargir la notion de communication au public. Celles-ci doivent néanmoins s'adapter à la jurisprudence de la Cour de justice. Tout cela appelle une réforme de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ».

[619] Dans ce sens également V.-L. BENABOU, « Codification de la propriété intellectuelle 1992-2012… », *in Vers une rénovation de la propriété intellectuelle? Colloque organisé par l'IRPI*, LexisNexis, 2013, p. 141, spéc. p. 158 ; A. BENSAMOUN, « Réflexions sur la jurisprudence de la CJUE : du discours à la méthode », PI 2015, n° 55, p. 139, spéc. p. 142 ; S. DORMONT, « L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin... », CCE 2017/2, étude 4, n° 11; M. MARTIN-PRAT, « The Future of Copyright in Europe », 38 Colum. J. L. & Arts (2014), p. 29, spéc. p. 35 ; M. LEISTNER, « Die „The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber », GRUR 2017, p. 755, spéc. p. 760 ; ROSEN, « CJEU as a legislator in its own rights? », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 95, spéc. p. 96.

Titre second Une nouvelle ligne de démarcation entre responsabilité primaire et responsabilité secondaire

La présente analyse a dégagé la nécessité de réformer le droit de communication au public. Cette réforme est absolument nécessaire d'un double point de vue, pour clarifier le champ d'application de la responsabilité primaire (Chapitre I) ainsi que pour renforcer un régime de responsabilité secondaire harmonisé (Chapitre II).

Chapitre I Une nécessaire clarification du champ d'application de la responsabilité primaire

Tout projet de réforme doit répondre essentiellement à deux questions : les éléments constitutifs d'une communication au public et ses limites indispensables. Avant de se tourner vers ces questions (Section II) il sera utile de s'intéresser aux propositions de réforme existantes (Section I), pour ensuite en tirer des conclusions applicables.

Section I Propositions de réforme du droit de communication au public

Tant la doctrine que le législateur européen reconnaissent le déséquilibre actuel en ce qui concerne le droit de communication au public. Les propositions de réformes existantes s'appuient alors sur différents aspects en tant que points de départ. Elles revendiquent tant un revirement de jurisprudence de la Cour de justice en matière de liens hypertextes (1.) qu'une nouvelle structure du droit de communication au public concernant les plateformes à contenu généré par les utilisateurs (2.).

1. Communication au public et liens hypertextes

***104*. Catégorisation du droit de communication au public.** En ce qui concerne la communication au public par fourniture d'un lien hypertexte, l'analyse préalable a pu faire ressortir la nécessité de réforme sur plusieurs points. Une première proposition de réforme concernant les liens hypertextes est alors faite par M. LEISTNER qui suggère d'instaurer, au sein de l'article 3 de la directive « *Infosoc* », des catégories de communications au public. À ce sujet, il propose d'insérer un troisième paragraphe à l'article 3 de la directive « *Infosoc* » qui concernerait uniquement les liens hypertextes.[620] Celui-ci préciserait dans un premier temps (sous a) que les liens simples et

[620] M. LEISTNER, « Closing the book on the hyperlinks: brief outline of the CJEU's case law and proposal for European legislative reform », EIPR 2017, 39(6), p. 327, spéc. p. 332 s. :
(3) « As a general rule,
(a) the posting of normal referencing hyperlinks, including deep links, to works or other subject-matter which have been made available on the network without restrictions on public access does not amount to an act of communication to the public; this namely includes the typical services of internet search engines;

profonds renvoyant vers des œuvres librement accessibles sur Internet ne peuvent être considérés comme une communication au public de l'œuvre reliée. Selon la proposition, le lien encadré, quant à lui, communiquerait l'œuvre au public en raison de son appropriation économique du contenu (sous b). La proposition préciserait ensuite le fait que le manque de responsabilité primaire ne préjudicie en rien une éventuelle responsabilité secondaire du fournisseur de lien.

Il convient de saluer cette approche qui introduit des catégories claires. Celles-ci ne devraient pas poser de nouveaux problèmes au niveau de leur application. L'approche proposée représente de surcroît une analyse économique du droit de communication au public en ne faisant rentrer dans son champ d'application que les liens qui permettent un contournement total du site d'origine.[621] Ni l'illicéité de l'œuvre reliée, ni la connaissance du fournisseur du lien influencent l'étendue du droit. La proposition corrige de ce fait la jurisprudence de la Cour de justice. Ceci peut être préconisé car ces deux aspects ne devraient jouer aucun rôle quant à l'analyse du droit de communication au public. La connaissance de l'auteur est un élément traditionnel des régimes de responsabilité (secondaire) et entièrement étranger à la conception classique des droits patrimoniaux. De plus, la communication au public ne peut ou ne devrait dépendre que de l'acte commis par l'auteur direct et non pas de l'illicéité d'éventuels actes en amont.[622]

Toutefois, on perçoit une lacune au sein de la proposition soumise par M. LEISTNER en ce qui concerne les liens simples et profonds. La proposition constate simplement que les liens simples et profonds qui renvoient vers des sites librement accessibles sur Internet ne reviennent pas à une communication au public. Quid de la situation dans laquelles les liens contournent des mesures de restriction d'accès et renvoient de ce fait vers des œuvres non librement accessibles ? On pourrait ici recourir à la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle ces liens communiquent l'œuvre reliée au public.[623] La Cour reconnaît un « public nouveau » car l'auteur n'a justement pas pris en compte les utilisateurs de ce lien quand il avait téléchargé son œuvre sur un site assujetti à un abonnement.[624] Le critère du « public nouveau » n'est cependant pas un critère de délimitation convaincant car il est en rupture avec les exigences du droit international.[625] Il faut

---

(b) the posting of frame links, misappropriating works or other subject-matter made available on the internet, in particular frame links confusing the public about the origin of the work or subject-matter or an assumed authorisation by the right holder or embedded frame links which are used as an integral part of the website of the person posting the link, is an act of communication to the public.

Article 3(3)(a) shall leave intact and shall in no way affect the existing rules on possible secondary liability of third persons for copyright infringement. »

[621] Également A. STROWEL et N. IDE, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens (2e partie) », RIDA 2000, II (186), p. 3, spéc. p. 35 ; M. LEISTNER remarque d'ailleurs lui-même que sa proposition revêt un charactère connu du droit de concurrence déloyale, M. LEISTNER, « Handlungsbedarf bei Hyperlinks: Ein Reformvorschlag », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 75, spéc. p. 82 ; « Closing the book on the hyperlinks: brief outline of the CJEU's case law and proposal for European legislative reform », EIPR 2017, 39(6), p. 327, spéc. p. 333.

[622] CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, p. 48 ; M. GRÜNBERGER, « Anmerkung », JZ 2016, p. 318, spéc. p. 320 ; d'autre avis T. HEADDON, « An epilogue to Svensson: the same old new public and the worms that didn't turn », JIPLP 2014, p. 662, spéc. p. 666 ; P. MEZEI, « Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies », JIPLP 2016, p. 778, spéc. p. 790 ; G. VERCKEN, « La référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle », *in Chatry [éd.], Régulation d'internet*, mare & martin, 2016, p. 153, spéc. p. 156.

[623] Cela nécessiterait alors une préservation du critère de « public nouveau ».

[624] CJUE, aff. C-466/12, EU:C:2014:76, Rec. num. 2014, n^{os} 24 ss. – Svensson/Retriever Sverige; aff. C-348/13, EU:C:2014:2315, Rec. num. 2014, n^{os} 14 s. – BestWater.

[625] S. BRIEM, « Die Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Wiedergabe" in der Entscheidungspraxis des EuGH », GRUR Int. 2017, p. 493, spéc. p. 497 ; M. FICSOR, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks*, 2014, p. 10 à 20 ; A. QUAEDVLIEG, « Le droit de communication au public », PI 2015, n° 55, p. 125, spéc. p. 127 et 132 ; J. ROSEN, « CJEU as a legislator in its own rights? », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 95, spéc. p. 98 ; F. SIIRIAINEN, « Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » », PI 2015, n° 55, p. 143, spéc. p. 146.

alors d'avantage plaider en faveur de son abandon total.[626] Cela affecterait l'évaluation juridique des liens hypertextes car la jurisprudence actuelle de la Cour de justice ne pourrait plus servir de référence. En analysant la directive « *Infosoc* », il faut pourtant se rendre compte que celle-ci prévoit une protection propre aux mesures techniques qui limitent l'accès à une œuvre protégée dans son article 6.[627] Les liens renvoyant vers des œuvres qui ne sont pas librement accessibles sur Internet sont alors régis par le régime de l'article 6 de la directive « *Infosoc* », *lex specialis* face à l'article 3 de la même directive. Ils ne correspondent alors justement pas à une communication au public.

Le vrai désavantage de la proposition de réforme avancée par M. LEISTNER réside cependant dans l'idée de catégorisation elle-même. Il n'est pas convaincant de créer, au sein de l'article 3 de la directive « *Infosoc* », des sous-paragraphes pour chaque type de communication au public possible sur Internet et dans le monde analogique. La loi doit justement être rédigée de manière générale, de façon à ce que le juge puisse l'appliquer aux différents cas. Il est vrai que l'on peut apercevoir une certaine catégorisation du droit de communication au public à travers les arrêts de la Cour de justice.[628] Elle se sert par exemple de différents critères dans les cas de liens hypertextes, dans les cas de la transmission d'un signal par cable ou encore dans les cas de plateformes à contenu généré par les utilisateurs.[629] Il n'est cependant pas souhaitable que le législateur continue sur ce chemin. Cela gonflerait de manière inutile l'énoncé de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». Toute réforme de cet article devrait plutôt maintenir le caractère général de la norme. Il serait alors décidément préférable de cerner le droit de communication au public de manière générale de façon à ce qu'il inclurait à lui seul certains actes (voire certaines formes de liens hypertextes) et en exclurait d'autres, sans devoir le préciser au sein de l'article.

105. **Systématique d'un droit exclusif large combiné avec une exception obligatoire.** La proposition faite par P. SIRINELLI, J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN correspond ainsi mieux à la systématique de la directive « *Infosoc* » qui prévoit des droits exclusifs larges, puis quelques exceptions.[630] Les auteurs suggèrent dans ce but de revenir sur les exigences du droit international et de définir la communication au public comme tout acte donnant accès au public à une œuvre protégée.[631] La première mise à disposition au public d'une œuvre n'empêche toutefois pas une nouvelle mise à disposition secondaire, et ce peu importe l'utilisation du même mode technique.[632]

---

[626] ALAI, *Rapport et avis critère de « public nouveau »*, 2014, p. 2; P. B. HUGENHOLTZ et S. VAN VELZE, « Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public' », IIC 2016, p. 797, spéc. p. 810 s.

[627] Intitulé « Obligations relatives aux mesures techniques ».

[628] Ceci est confirmé par la Cour de justice dans son arrêt récent *Renckhoff*, dans lequel elle précise que la notion de « public nouveau » s'entend de manière différente concernant les liens hypertextes que la mise à disposition d'une œuvre protégée sur un site web, CJUE, aff. C-161/17, EU:C:2018:634, Rec. num. 2018, n^{os} 37 ss. – Renckhoff ; cf. également B. CLARK et J. DICKENSON, « Theseus and the labyrinth? An overview of "communication to the public" under EU copyright law: after Reha Training and GS Media Where are we now and where do we go from here? », EIPR 2017, 39(5), p. 265, spéc. p. 272 ; B. CLARK et S. TOZZI, « "Communication to the public" under EU copyright law: an increasingly Delphic concept or intentional fragmentation? », EIPR 2016, 38(12), p. 715, spéc. p. 717 ; A. QUAEDVLIEG, « Le droit de communication au public », PI 2015, n° 55, p. 125.

[629] Cf. B. CLARK et S. TOZZI, « "Communication to the public" under EU copyright law: an increasingly Delphic concept or intentional fragmentation? », EIPR 2016, 38(12), p. 715, spéc. p. 717.

[630] ALAI, *Résolution à la suite du congrès de l'ALAI tenu en 2015 à Bonn concernant certaines propositions visant à baser les droits d'exploitation sur un système global de rémunérations (« Résolution Bonn »*), 2016, p. 1.

[631] « *Constitue un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public tout acte consistant à donner accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé* », P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 48.

[632] P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 48 s.

Cette compréhension large de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » engloberait *a priori* toute forme de lien hypertexte en tant que communication au public.

Pour cette raison le projet prévoit alors l'introduction d'une exception obligatoire concernant les liens hypertextes. Un nouvel article 5 § 1 sous b de la directive « *Infosoc* » exempterait à ce titre certaines formes de liens hypertextes du consentement préalable sans prévoir une compensation des auteurs.[633] Cette exception s'appliquerait lorsque quatre conditions cumulatives seraient réunies : un manque de connaissance ou de méconnaissance négligente de l'illicéité du contenu relié de la part de l'auteur du lien ; l'accessibilité libre de l'œuvre reliée sur Internet ; l'absence du but lucratif et l'absence de visibilité de l'œuvre reliée sur le site source.[634]

Si une telle réforme correspond alors parfaitement à la systématique de la directive « *Infosoc* », des points de critique subsistent. En effet, les conditions particulières de l'exception proposée sont critiquables. En ce qui concerne l'inapplicabilité de l'exception aux liens encadrés, la proposition correspond à une analyse économique du droit de communication au public bienvenue : les liens encadrés, en affichant l'œuvre directement sur le site, portent atteinte au droit patrimonial de l'auteur.

Des difficultés subsistent cependant avec les trois autres critères d'applicabilité de l'exception, notamment l'accessibilité libre de l'œuvre, l'absence de but lucratif et la connaissance de la part de l'auteur du lien. Le fait que l'œuvre doit être librement accessible afin de pouvoir profiter de l'exception correspond à la conception de la Cour de justice qui considère que le lien hypertexte ne communique l'œuvre (licite) qu'en cas de contournement d'un blocage d'accès.[635] Le critère de contournement d'une mesure de protection ne devrait toutefois jouer aucun rôle dans le cadre de l'interprétation de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » car il profite d'un régime autonome de protection instauré par l'article 6 de la même directive.[636]

En ce qui concerne la condition d'un but lucratif poursuivi par l'auteur du lien, ses effets restent contestés.[637] La Cour de justice y attache une presomption de connaissance en matière de

---

[633] En faveur d'une introduction d'une exemption de responsabilité pour la fourniture de liens et l'opération de moteurs de recherche B. ALLGROVE et P. GANLEY, « Search engines, data aggregators and UK copyright law: a proposal », EIPR 2007, 29(6), p. 227, spéc. p. 237.

[634] P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 53: « ***Article 5.1.b.*** *Les actes de communication au public et/ou de mise à la disposition du public sur un service en-ligne par le biais d'hyperliens qui donnent accès au public à une œuvre et/ou à un objet protégé communiqué au public et/ou mis à la disposition du public sur un autre service en-ligne sont exemptés d'autorisation au titre du droit de communication au public et/ou de mise à la disposition du public, prévus à l'article 3, sous réserve :*

- i) que l'auteur de l'hyperlien ne sache pas ou n'ait pas de raisons valables de penser que le contenu pointé est communiqué au public ou mis à la disposition du public de manière illicite sur le service en-ligne vers lequel renvoie ce lien,

- ii) et que cet œuvre et/ou objet protégé soit accessible sans restriction sur le service en-ligne vers lequel renvoie ce lien,

- iii) et que la fourniture d'hyperlien n'ait pas été effectuée dans un but lucratif,

- iv) et que l'hyperlien ne permette pas d'afficher ou de diffuser directement l'œuvre ou l'objet protégé sur le service en-ligne à partir duquel il est établi. »

[635] Il demeure alors surprenant que la proposition se prononce pour l'abolition du critère du « public nouveau » pour ensuite s'appuyer sur la libre accessibilité de l'œuvre – critère qui, en ce qui concerne les liens hypertextes, provient justement de la condition du « public nouveau ». Comme il l'a d'ailleurs été démontré, l'accessiblité de l'œuvre ne devrait pas influencer le droit de communication au public, car le contournement d'une mesure technique de protection d'accès connaît un propre régime juridique règlementé par l'article 6 de la directive « *Infosoc* ». Son caractère de *lex specialis* devrait être respecté. Également V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet*, juriscom.net, 2014, p. 7.

[636] Cf. supra n° 104 en ce qui concerne la même critique faite par rapport à la proposition avancée par M. LEISTNER.

[637] Contre une telle influence du but lucratif M. FICSOR, Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks, 2014, [Quelle] p. 20 ss. ; en faveur : L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*, 2016, p. 559 s.

liens hypertextes : celui qui agit à titre lucratif est présumé avoir connaissance de l'illicéité de la source du lien et communique de ce fait l'œuvre au public.[638] Par le biais de cette présomption, la Cour souhaite protéger celui qui agit sans but lucratif. Compte tenu des dimensions de l'Internet, il ne peut pas être raisonnablement attendu d'une personne agissant sans but lucratif de vérifier si l'œuvre reliée est illicite.[639] La proposition avancée par P. SIRINELLI, J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN reprend cette appréciation et exempte de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » la personne agissant à titre privé. Cette idée correspond à la systématique de la directive « *Infosoc* » qui, dans son article 5 § 2 et 3, prévoit des exceptions et limitations facultatives aux droits patrimoniaux dont certaines exigent que l'acte soit commis « *à des fins non directement ou indirectement commerciales* ».[640] Il est alors bienvenu que la proposition s'insère dans la logique de la directive. La seule critique que l'on pourrait exprimer concerne le libellé de l'exception. Elle pourrait s'adapter aux exceptions existantes et se fonder sur les fins directement ou indirectement commerciales au lieu de se fonder sur le critère du but lucratif.

Le critère avancé par les auteurs qui pose les plus grandes difficultés demeure cependant celui d'une méconnaissance de l'illicéité de la source. L'exception proposée exige que l'auteur du lien ne sache pas que l'œuvre reliée était contrefaisante. L'application de l'exception dépend alors d'une méconnaissance du caractère illicite de la source du lien. Cela pose la question de savoir si l'exception demeure applicable au cas des liens renvoyant vers une source licite. Comme il a été démontré, la proposition avancée représente une conception large du droit de communication au public qui incluerait toute forme de lien, peu importe l'illicéité ou non de la source. L'exception qui exige une méconnaissance de l'illicéité de la source ne serait cependant *a priori* pas applicable au cas de liens avec une source licite. Car la personne qui pose le lien ne peut, dans ces cas précis, jamais prouver sa méconnaissance du caractère illicite de la source. Toutefois, si une exception est faite en faveur des liens renvoyant vers une source illicite en cas de défaut de connaissance, elle devrait *a fortiori* être applicable aux liens renvoyant vers une source licite. Ceux-ci devraient soit relever de l'exception proposée, soit être exclus du champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ».[641]

En outre, il ne convainc pas de faire dépendre l'étendue du droit de communication au public d'un critère subjectif du côté de l'utilisateur. La conception traditionnelle du droit de communication au public ne repose justement pas sur un éventuel acte illicite en amont de l'acte en cause dont on pourrait exiger la connaissance. La proposition avancée par le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique ne fait évidemment pas de la connaissance du caractère illicite de la source une condition de fond du droit de communication au public. Elle exempte simplement certains cas dans lesquels – en cas de source illicite – l'auteur du lien n'avait pas de connaissance de son caractère illicite. Cela a cependant pour effet que la connaissance de l'auteur du lien devient *de facto*, par la porte dérobée des exceptions, une condition de fond de l'article 3 de la directive

[638] CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n° 51 – GS Media.

[639] La Cour de justice le reconnaît également, cf. CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n^{os} 46 s. – GS Media ; de manière encore plus détaillée cf. les conclusions de l'avocat général M. WATHELET, aff. C-160/15, EU:C:2016:221, n° 78 – GS Media.

[640] Article 5 § 2 sous b de la directive « *Infosoc* » ; de même article 5 § 2 sous c (« *qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect* ») et § 3 sous b (« *de nature non commerciale* ») de la directive « *Infosoc* ».

[641] Contre une différenciation selon la licéité ou l'illicéité de la source également CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, p. 48 ; L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*, 2016, p. 538.

« *Infosoc* ». Car si l'utilisateur sans connaissance est exclu du champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* », la communication au public ne couvre plus que les cas dans lesquels l'utilisateur avait bien connaissance de l'illicéité de la source. Au vu des problèmes que pose le critère de connaissance, il demeure alors préférable de ne pas l'introduire dans le cadre d'une éventuelle exception à l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». La connaissance de l'illicéite devrait uniquement jouer un rôle dans le cadre des régimes de responsabilité (secondaire).[642]

Pour conclure, la proposition discutée se fonde sur de bons points de départ, mais exigerait un affinement en ce qui concerne les critères d'application de l'exception prévue. La systématique d'une conception large des droits exclusifs réduite au niveau des exceptions ultérieures correspond à la directive « *Infosoc* » et doit être approuvée. Néanmoins, une question qui demeure est de savoir si la proposition analysée ne va pas trop loin en élargissant le champ d'application du droit de communication au public à ce qu'il capture toute mise à disposition au public.[643] C'est cette compréhension extrêmement large qui nécessite justement une rectification par le biais des exceptions. La rédaction des ces exceptions reste toutefois difficile. Elle risque de créer des exceptions qui seraient vite dépassées par les évolutions techniques. Il semble alors préférable de réduire l'étendue de la norme à un champ d'application maniable au lieu de corriger les effets involontaires au niveau des exceptions.[644]

2. Communication au public et plateformes à contenu généré par les utilisateurs

106. **Initiative européenne.** D'autres propositions de réforme du droit de communication au public se focalisent sur la question de savoir si une communication au public peut être accomplie en cas d'exploitation partagée entre utilisateur et plateforme à contenu généré par les utilisateurs. La Commission, stimulée par les débats concernant le phénomène du « *value gap* », a proposé une nouvelle directive en septembre 2016.[645] Son but est de réduire l'écart entre la rémunération faible des auteurs et le profit croissant des plateformes (« *value gap* »).[646] Il reste ainsi étonnant que la proposition de directive ne contienne pas de réforme du droit de communication au public dans son ensemble.[647] Elle ne reprend ni la directive « *Infosoc* », ni la

[642] Également G. BUSSEUIL, « Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public », RLDI 2016/132, n° 4093, p. 8, spéc. p. 10 ; F. DIOP, « Juridique – Un regard sur le droit de communication au public après l'arrêt Stichting Brein », Juris art etc. 2017, n° 48, p. 36 ; J. SMITH et H. NEWTON, « Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement », EIPR 2016, 38(12), p. 768, spéc. p. 769 ; N. RAUER, « Hyperlinks im Digitalen Binnenmarkt », *in FS Schulz*e, C.H.Beck, 2017, p. 85, spéc. p. 94 ; J. V. UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2015 », GRUR 2016, p. 321, spéc. p. 326 ; V. VARET, « Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile », Légipresse 2016/11, n° 343, p. 601, spéc. p. 608.

[643] L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*, 2016, p. 341 spéc. p. 524 ; M. GRÜNBERGER, « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 911.

[644] Également L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*, 2016, p. 538 ; M. LEISTNER, « Handlungsbedarf bei Hyperlinks: Ein Reformvorschlag », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 75, spéc. p. 82.

[645] Cf. supra note de bas de page n° 300.

[646] Cf. cons. 37 de la proposition de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (note de bas de page n° 300).

[647] Cf. également M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 140, note de bas de page n° 35.

directive « *e-commerce* ».[648] Suite à une critique fondamentale concernant sa rédaction[649], la proposition de directive a été amendée à plusieurs reprises. Sa version actuelle est un compromis avancé par le Parlement européen.[650]

La directive telle que proposée par le Parlement européen prévoit dans son article 13 § 1 que certains intermédiaires qualifiés de « *services de partage de contenus en ligne* », communiquent eux-mêmes les œuvres fournies par leurs utilisateurs au public.[651] L'article est alors un complément à l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». Il ne s'agit cependant pas d'une réforme globale du droit de communication au public car l'article 13 proposé ne précise aucunement les éléments qui permettraient d'affirmer une atteinte au droit de communication au public dans le cas de ces services. Il énonce simplement que certains prestataires qualifiables de *services de partage de contenus en ligne* communiquent les œuvres accessibles par leurs services au public. La directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique ne fait alors pas disparaître la nécessité de clarifier les éléments consititutifs d'une communication au public et de bien cerner ses limites dans les cas des plateformes.

La directive proposée vise expressément les fournisseurs de services qui ont pour but de stocker un grand nombre d'œuvres protégées par le droit d'auteur qui leur sont fournies par leurs utilisateurs, de les rendre accessibles et de les optimiser à des fins lucratives.[652] Ne sont pas considérés comme des *services de partage de contenus en ligne* les intermédiaires qui ne poursuivent pas de finalité commerciale, qui rendent les œuvres accessibles avec l'autorisation de tous les titulaires de droits, qui opèrent un marché en ligne ou qui proposent des services de stockage en nuage à usage individuel.[653]

Les intermédiaires qualifiés de *services de partage de contenus en ligne* portent alors, selon la proposition du Parlement européen, atteinte au droit de communication au public et ne peuvent, de ce fait, pas se prévaloir du privilège de responsabilité prévu par l'article 14 de la directive « *e-commerce* ».[654] Cela correspond à la jurisprudence récente de la Cour de justice qui a également affirmé une communication au public par certaines plateformes.[655]

La proposition avancée par le Parlement européen semble toutefois modifier le contenu du droit de communication au public. Ni l'article 13 § 1, ni le considérant 37*bis* du compromis de

---

[648] Critiqué par E. ROSATI, « Intermediary IP injunctions in the EU and UK experiences: when less (harmonization) is more? », GRUR Int. 2017, p. 206, spéc. p. 214.

[649] Cf. M. BERBERICH, « Zwischenstand zur Haftung von Plattformbetreibern als Intermediäre bei der Werkverwertung », GRUR-Prax 2017, p. 269, spéc. p. 271 ; A. CONRAD, « Zum Modell der Rechteklärung und Rechteverwaltung auf Hosting- Plattformen », ZUM 2017, p. 289, spéc. p. 298 ; R. HILTY et A. BAUER, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules. Part G. Use of Protected Content on Online Platforms. (Article 13 COM(2016) 593), Annex, n° 8 ; T. HOLZMÜLLER, « Anmerkungen zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit strukturierter Content-Plattformen », ZUM 2017, p. 301, spéc. p. 303.

[650] PARLEMENT EUROPEEN, P8_TA-PROV(2018)0337 du 12 septembre 2018 (cf. note de bas de page n° 608).

[651] Cf. article 13 n° 1 de la proposition de compromis de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique faite par le PARLEMENT EUROPEEN, P8_TA-PROV(2018)0337 du 12 septembre 2018, p. 62 s., Amendments 156 ss.

[652] Cf. la définition du « *service de partage de contenus en ligne* » à l'article 2 n° 4*ter*, cons. 37*bis*.

[653] Article 2 n° 4*ter*, cons. 37*bis* du compromis de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique ; sont expressément nommées en tant qu'exemples des deux première catégories les encyclopédies en ligne et les répertoires scientifiques.

[654] Cons. 37*bis* du compromis de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique ; ceci est évident vu que les exemptions de responsabilité ne visent justement pas les atteintes directe ce qui rend cet énoncé superflu, S. V. LEWINSKI, « Comments on the 'value gap' provisions in the European Commission's Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market », Kluwer Copyright Blog, 10 avril 2017 ; E. ROSATI, « The value gap proposal in the JURI Committee Report as a consolidation of the existing framework (not the end of the internet) », The IPKat, 2 juillet 2018.

[655] Cf. CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017 – Filmspeler ; aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017 – Ziggo BV.

directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique précisent les limites de ce droit. La catégorie des intermédiaires qualifiables de *services de partage de contenus en ligne*, qui commettent du simple fait de leur service une communication au public, présente des contours imprécis. La même critique a déjà été faite par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice : il est nécessaire que le droit de communication au public ait des limites claires et précises. L'introduction d'une nouvelle catégorie d'intermédiaires, celles des *services de partage de contenus en ligne*, pose cependant la question de savoir si des plateformes telles que *YouTube* ou *Dailymotion* relèvent de cette catégorie. Contrairement aux plateformes telles que *The Pirate Bay*, elles proposent un service dit « légitime », dont la société profite et qui n'encourage pas la commission de contrefaçons de la part de leurs utilisateurs. Peuvent-elles alors être considérées comme un service de partage de contenus en ligne qui communique les œuvres au public ?

Étant donné que l'article 2 n° 4*ter* du compromis de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique n'exige pas que les contenus stockés par les plateformes soient illicites, mais requiert simplement qu'il sagisse de contenus protégés par le droit d'auteur, il semble que les plateformes telles que *YouTube* et *Dailymotion* rentrent dans son champ d'application. Les vidéos que l'on trouve en grand nombre sur ces plateformes sont après tout protégées par le droit d'auteur. Ces plateformes pourraient alors être considérées comme *services de partage de contenus en ligne* et par conséquent comme portant directement atteinte au droit de communication au public.

L'extension du droit de communication au public par les articles 2 n° 4*ter* et 13 § 1 de la directive proposée n'apparaît toutefois pas justifiée.[656] Le fait de stocker un grand nombre d'œuvres protégées par le droit d'auteur ne paraît pas comme élément adéquat qui pourrait décider s'il y a une communication au public. Ce fait, qui, dans les conditions de l'article 14 de la directive « *e-commerce* » exclut toute responsabilité, ne peut pas indiquer une communication au public. Quant au fait de dépasser un simple stockage au sens de la directive « *e-commerce* » par l'optimisation et l'indexation des œuvres, celui-ci ne peut pas non plus, à lui seul, justifier l'affirmation d'une communication au public.

Afin d'éviter une telle extension du droit de communication au public, il faudrait alors interpréter l'article 2 n° 4*ter* de la directive proposé de façon à ce que les platefomes reposant sur un modèle économique dit « souhaitable », qui n'encouragent donc pas leurs utilisateurs à commettre des contrefaçons, ne correspondent pas à un *service de partage de contenus en ligne*.[657]

107. **Définition de la communication au public en cas d'exploitation partagée.** Une réforme du droit de communication au public demeure nécessaire. La raison principale qui permetta à la Cour de justice d'élargir le champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » est, comme l'a fait ressortir la présente analyse, l'absence de définition. P. SIRINELLI, J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN proposent alors de définir la communication au public comme tout acte mettant l'œuvre à disposition du public.[658] Ils précisent que le public se distingue du

[656] Cf. la critique similaire que fait A. OHLY face à la jurisprudence récente de la Cour de justice : A. OHLY, « The broad concept of "communication to the public" in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability? », GRUR Int. 2018, p. 517, spéc. p. 525.

[657] S. V. LEWINSKI, « Comments on the 'value gap' provisions in the European Commission's Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market », Kluwer Copyright Blog, 10 avril 2017.

[658] P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 48.

cercle familial et des amis proches.[659] Les auteurs codifieraient concomittamment le principe selon lequel « *cet acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public peut être effectué par une ou plusieurs personnes, simultanément ou successivement, initialement ou par un acte secondaire* ».[660]

Les auteurs proposent ensuite que, dans les cas d'exploitation partagée, tant l'utilisateur qui initie la communication en fournissant l'œuvre, que l'intermédiaire qui effectue cette communication, par exemple en déverouillant l'œuvre sur la plateforme, porte atteinte au droit de communication au public.[661] Cette situation correspond aux faits de l'espèce *marions-kochbuch.de*, où le *Bundesgerichtshof* avait jugé que l'intermédiaire en cause communiquait l'œuvre au public.[662] Le fait que l'intermédiaire qui dévérouille une œuvre protégée sur sa plateforme et la rend de ce fait accessible à ses utilisateurs soit directement responsable pour une communication au public ne surprend pas. L'intermédiaire effectue dans ces cas justement lui-même la communication au public puisqu'il joue un rôle indispensable en ce qui concerne l'accessibilité de l'œuvre.[663] Cette forme d'exploitation partagée n'a donc jamais posé de problèmes quant à la qualification juridique des actions de l'intermédiaire. La question qui se pose concerne cependant les cas inverses : Comment faut-il qualifier le comportement d'un intermédiaire qui ne télécharge pas lui-même des œuvres protégées sur son site, mais qui optimise l'accessibilité des œuvres protégées téléchargées par ses utilisateurs ? Dans ces cas, l'utilisateur accomplit une (première) communication au public en intégralité, l'intermédiaire agit en aval de cette communication.[664]

À ce sujet, le Conseil Superieur de la Propriété Littéraire et Artistique propose que le fait de donner accès à une œuvre revienne à une communication au public, même si l'œuvre en question a été communiquée au public auparavant et ce peu importe le mode technique en question.[665] En raison du rejet du critère d'un « public nouveau », cette norme, qui fut proposée pour réformer le régime juridique des liens hypertextes, reste applicable au-delà à toute personne permettant l'accès à une œuvre protégée. Les plateformes à contenu généré par les utilisateurs permettent en général

---

[659] P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 49 ; également ALAI, *Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment,* 2013, p. 5 ; M. FICSOR, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI, 2003, p. 310.

[660] P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 48.

[661] « *Lorsqu'une personne physique ou morale **initie** un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public **en transmettant** à une autre personne physique ou morale une œuvre et/ou un objet protégé **afin que** cette dernière en donne accès au public, ces personnes réalisent ensemble un acte de communication au public et/ou de mise à la disposition du public.* P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 49 [souligné par l'auteur].

[662] BGH, I ZR 166/07, GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de ; dans ce sens également BGH, I ZR 88/13, GRUR 2016, 493, n° 15 et n° 18 – Al Di Meola ; M. LAUSEN, « Unmittelbare Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers », ZUM 2017, p. 278, spéc. p. 287.

[663] Ce qui étonne est pourtant le fait que les auteurs proposent que la personne qui initie cette communication est également coupable d'une communication au public. En leurs mots « *Elles sont toutes deux conjointement responsables d'un tel acte unique et indivisible.* », P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 49 ; ce constat ne joue pourtant aucun rôle en ce qui concerne l'évaluation des plateformes CGU.

[664] Il s'agit alors de la question de savoir si certains actes, qui en soi ne reviennent qu'à une fourniture de moyens de la communication au public commise par l'utilisateur, peuvent eux-même être qualifié de comunication au public, cf. à ce sujet également F. HOFMANN, « Die Ausweitung der öffentlichen Wiedergabe als Ersatz für die Harmonisierung der Haftung von Beteiligten », ZUM 2017, p. 750, spéc. p. 751 ; M. LEISTNER, « Die „The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber », GRUR 2017, p. 755, spéc. p. 759 ; A. OHLY, « Von GS Media zu einer unionsrechtlichen Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten? », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 387, spéc. p. 391.

[665] Dans ce sens également M. LAUSEN, « Unmittelbare Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers », ZUM 2017, p. 278, spéc. p. 288.

un tel accès et effectueraient alors toutes une communication au public. En ce qui concerne les liens hypertextes, la proposition reconnaît la necessité de réduire le champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». Elle le fait par le biais d'une nouvelle exception pour les liens simples et profonds renvoyant vers des œuvres librement accessibles sur Internet, posés à titre privé et sans connaissance de l'illicéité de la source.[666] En ce qui concerne les plateformes, la proposition ne prévoit aucune exception ou autre limite au droit de communication au public. Une conception aussi large du droit patrimonial doit être critiquée au vu de ses possibles répercussions négatives sur la liberté d'expression et la liberté d'entreprendre sur Internet. Elle ne correspond d'ailleurs pas non plus aux valeurs nationales en la matière qui cherchent d'un côté à élargir la notion de communication au public par le biais d'une éventuelle autorisation ou appropriation de contenus, sans pour autant aller assez loin pour reconnaître une communication au public par des plateformes telles que *YouTube* ou *Dailymotion*.[667] Même si l'on souhaite étendre le champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » à certaines plateformes, cela ne peut toutefois pas entraîner une responsabilité directe de tout type de plateformes.

108. **Offre concurentielle ou offre complémentaire.** À la recherche d'une limite appropriée de la notion de communication au public en ce qui concerne les plateformes à contenu généré par les utilisateurs, P. CHRISTIANSEN et M. LEISTNER proposent à leur tour de distinguer les plateformes qui proposent une *offre concurentielle* à celle de l'auteur des plateformes qui proposent une *offre complémentaire*.[668] Leur idée est la suivante : les plateformes dont le service se substitue à l'offre de l'auteur (*offre concurentielle*) doivent payer des redevances.[669] À ces fins leurs actions sont qualifiées de communication au public. Même si ce sont leurs utilisateurs qui téléchargent les œuvres sur la plateforme, les opérateurs effectuent également une communication au public lorsque leur service remplace une offre légale de l'auteur. Cela correspond à une interprétation économique du droit.

Il demeure nécessaire d'évaluer la pertinence de cette distinction entre offre concurentielle et offre complémentaire en tant que condition de fond. Il semble difficile d'identifier le seuil de *l'offre concurentielle* de manière claire. Les auteurs ne précisent pas exactement où se trouve la limite entre offre concurentielle et offre complémentaire. Les extrêmes sont facilement associable à une catégorie : une plateforme telle que *The Pirate Bay* propose clairement une offre concurentielle, alors qu'un fournisseur d'accès à Internet ou un moteur de recherche complète seulement l'offre de l'auteur.[670]

---

[666] Cf. supra n° 105.

[667] Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n^os^ 138 ss. – YouTube ; OLG München, 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, n^os^ 28 s. – Allegro Barbaro ; TGI Paris, n° 13/09290, 29 janvier 2015, PI 2015, n° 55, 202, obs. Bernault – Kare Productions/YouTube.

[668] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 13 ; M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 143 ; M. LEISTNER et A. METZGER, « The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages », IIC 2017, p. 381, spéc. p. 384 ; « Wie sich das Problem illegaler Musiknutzung lösen lässt », FAZ, 4 janvier 2017 ; M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 136.

[669] Cette approche se fondent alors expressément sur l'idée qu'il n'est pas juste que certaines plateformes CGU ne devaient pour l'instant pas payer de redevances mais profitaient considérablement des œuvres protégées, cf. P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 12 s.

[670] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 14 ; M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 143.

Pour identifier une offre concurentielle, les auteurs font alors référence à la proximité de la plateforme en cause par rapport au contenu particulier. Les intermédiaires qui permettent à leurs utilisateurs de télécharger des œuvres et qui stockent ou distribuent ces contenus (comme par exemple les plateformes de partage de pair à pair telles que *The Pirate Bay* ou les plateformes vidéos telles que *YouTube*) seraient suffisament près du contenu pour permettre leur qualification en tant qu'offre concurentielle.[671] Cette définition des offres concurentielles proposée est toutefois trop large. Tout intermédiaire, dont le modèle économique va au-delà d'une offre complémentaire et qui présente une certaine proximité avec le contenu illicite, effectuerait une communication au public. Or, il existe de nombreuses plateformes différentes dont les services ne peuvent pas tous constituer des atteintes aux droits patrimoniaux.

Les auteurs se montrent conscients de ce problème et proposent alors de prévoir, dans une deuxième étappe, une exception au droit de communication au public pour certains intermédiaires qualifiés d'offre concurentielle. Les plateformes « concurentielles » qui promeuvent activement la commission de contrefaçons de la part de leurs utilisateurs et en tirent profit relèveraient d'un « parasitisme » et engageraient alors leur responsabilité directe, tandis que les autres, proposant un service « légitime » et socialement souhaitable, donc un service qui ne vise pas la commission de contrefaçons, se verraient uniquement exposées à des redevances.[672]

Une telle gradation pose différents problèmes. Tout d'abord, elle ne résout aucunement les problèmes de délimitation entre offre concurentielle et offre complémentaire mais les déplace simplement au niveau des exceptions. L'instauration de critères quantitatifs tels que la détermination d'une offre en tant que *parasitaire* rendrait la délimitation d'ailleurs encore plus difficile. À partir de quel nombre d'utilisateurs ou de contenus protégés le seuil d'importance serait-il dépassé ? Les critères de promotion de contrefaçon et de profit tiré des œuvres protégées demeurent également trop imprécis – une critique qui a déjà pu être exprimée face à la jurisprudence récente de la Cour de justice.[673] Un tel système ne correspondrait d'ailleurs plus à la systématique de la directive « *Infosoc* ». La proposition qui veut faire entrer toutes les plateformes dans le champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » pour ensuite instaurer une exception pour certaines d'entre elles contre rémunération ne correspond pas exactement à l'idée des droits patrimoniaux. Si un comportement revient à un acte de communication au public, il n'est pas justifiable de dénier aux auteurs le droit de l'interdire. Si, en revanche, le comportement ne revient pas à un acte de communication, on ne peut pas justifier l'obligation de payer une redevance. Le droit à communication au public n'est pas un simple droit à rémunération.[674]

Toute réforme du droit de communication au public devra faire face à la difficulté de poser des limites claires. Le recours à une catégorisation entre offre *concurentielle* et offre *complémentaire* ne satisfait pas cette exigence. Les cas dans lesquels l'intermédiaire peut être qualifié de *parasite* entrent à ce jour déjà dans le champ d'application du droit de communication au public. Cela résulte tant de la jurisprudenc récente de la Cour de justice[675], que de la notion

[671] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 14 ; M. LEISTNER, « Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren », ZUM 2016, p. 580, spéc. p. 589 s.
[672] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 15 ; M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 144.
[673] M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators » JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 144.
[674] Cf. infra n^{os} 120 s.
[675] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017 – Ziggo BV.

d'autorisation[676] qui appréhende justement le cas de ces plateformes. On peut alors constater que la Cour a interprété l'article 3 de la directive « *Infosoc* » à la lumière du concept d'autorisation.[677] La Cour fait ici preuve d'une compréhension exacte de l'acte de communication.[678]

Pour appréhender les activités des plateformes telles que *The Pirate Bay* en tant qu'actes de communication, une réforme de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » n'est alors pas nécessaire. Elle demeure toutefois essentielle pour restreindre l'extension de son champ d'application à ces cas précis. La distinction entre offre concurentielle et offre complémentaire ne contribue cependant pas à une clarification exigée suite à la jurisprudence de la Cour de justice. Au lieu de procéder à une limitation du droit de communication au public par le biais d'une distinction floue entre offre concurentielle et offre complémentaire, il semble préférable d'avoir recours à la notion d'autorisation.[679] Celle-ci fait partie des droits patrimoniaux : il appartient uniquement à l'auteur d'une œuvre non seulement d'effectuer une des actions protégées par les articles 2 à 4 de la directive « *Infosoc* », mais également d'autoriser un tiers à effectuer un tel acte. La plateforme qui autorise alors ses utilsateurs à commettre des contrefaçons, commet elle-même une contrefaçon. Une autorisation n'est toutefois effectuée que par les plateformes qui exploitent l'œuvre financièrement en construisant le « cœur du modèle économique » autour de la commission de contrefaçons de leurs utilisateurs.[680] Ces plateformes effectuent par ce biais une communication au public des œuvres sans que leur connaissance du caractère illicite soit nécessaire.

Seuls les actes qui font partie de la notion d'autorisation, tels que l'opération de la plateforme *The Pirate Bay*, devraient alors constituer une communication au public. Cela éviterait une délimitation difficile au niveau des faits du droit de communication au public entre offre concurentielle et offre complémentaire.[681]

Conclusion de la Section I

Les premiers pas vers une réforme du droit de communication au public se font au sujet des liens hypertextes et des plateformes à contenu généré par les utilisateurs. Les projets de réforme sont toutefois loin d'avoir trouvé une solution universelle. La difficulté principale est celle de trouver une limite maniable du champ d'application du droit de communication au public.

En ce qui concerne les liens hypertextes, les projets de réforme existants se fondent soit sur une catégorisation du droit de communication au public qui engloberait les liens profonds, soit sur une conception large qui ferait rentrer tout type de lien dans le champ d'application du droit de communication au public, ce qui nécessiterait une rectification par le biais des exception au droit.

---

[676] L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 4 éd., 2014, p. 171 ; H. CARTY, « Joint tortfeasance and assistance liability », 19 Legal Stud. 1999, p. 489, spéc. p. 495, note de bas de page n° 49 ; cf. supra n^{os} 92 s. et n° 98.

[677] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n° 36 – Ziggo BV ; E. ROSATI, « The CJEU Pirate Bay judgement and its impact on the liability of online platforms », EIPR 2017, 39(12), p. 737, spéc. p. 739 s.

[678] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n^{os} 44 à 46 – Ziggo BV ; également E. ROSATI, « The CJEU Pirate Bay judgement and its impact on the liability of online platforms », EIPR 2017, 39(12), p. 737, spéc. p. 740 ; Les incohérences reprochées au raisonnement des juges européens ne concernent pas leur compréhension de l'acte de communication, mais leur usage du critère du « public nouveau ».

[679] Au sujet de la notion d'autorisation cf. supra n^{os} 91 ss.

[680] Ce sont alors les cas nommés de « parasite » par les auteurs qui proposent une distinction entre offre concurrentielle et offre complémentaire.

[681] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 15 ; les problèmes de délimitations, évités par la Cour de justice, seraient pourtant uniquement déplacés au niveau des exceptions.

En ce qui concerne la communication au public par les plateformes, le projet d'une directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique propose de faire rentrer dans son champ d'application toute plateforme qualifiée de *service de partage de contenus en ligne*. Cette conception paraît trop large. Il faut accepter que le droit de communication au public n'a pas pour but d'appréhender tous les modèles économiques pour garantir la meilleure protection aux auteurs. Il est au contraire vidé de sens à partir du moment où il est tellement large que son application n'est plus assurée. Il faut alors absolument cerner ses limites.

Concernant les plateformes, certains auteurs proposent alors d'inclure dans l'article 3 de la directive « *Infosoc* » uniquement les intermédiaires qui proposent une offre concurentielle à celle de l'auteur en construisant leurs modèles économiques autour des contrefaçons commises par leurs utilisateurs. Le droit de communication au public comprendrait alors certains actes situés en aval des contrefaçons commises par l'internaute.

Afin d'éviter une extension du droit de communication au public trop vaste, il est alors d'autant plus essentiel de clarifier ses limites précises. La section suivante se tourne vers cette question.[682]

Section II Limites indispensables au droit de communication au public

Le manque de définition d'une communication au public fut la raison pour laquelle ce droit se prêtait à un maniement quelque peu arbitraire par la Cour de justice.[683] Afin de trouver les justes limites du droit de communication au public, il est alors essentiel de cibler ses conditions de fond (1.) autant que ses exceptions (2.).

1. Les éléments constitutifs du droit de communication au public

109. **Deux éléments constitutifs.** D'un point de vue linguistique, il semble évident que le droit de communication au public se compose d'un acte de communication qui est fait à un public. Cette division en deux éléments constitutifs est prédéterminée. La diversité des critères pertinents qu'utilise ensuite la Cour de justice afin de déterminer s'il y a bien un acte de communication fait à un public assure certes une grande flexibilité qui se fait cependant au détriment de leur fiabilité.[684] Il est alors nécessaire d'identifier les critères auxquels il faut attribuer un rôle et ceux qui n'influencent en rien le droit de communication au public.

---

[682] Également A. OHLY, « Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen »GS Media«, »Filmspeler« und »The Pirate Bay«: Abenddämmerung für die Störerhaftung? », ZUM 2017, p. 793, spéc. p. 796 s.

[683] CSPLA, *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 19 s. ; A. OHLY, « Economic Rights », *in Derclaye [éd.], Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, 2009, p. 212, spéc. p. 240 ; M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 138 ; contrairement à la compréhension exprimée par P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 15, le manque de définition ne revient pas à une marge de manœuvre des États membres, mais à une marge d'interprétation de la Cour de justice.

[684] « *Les qualificatifs que réserve la Cour à ces critères* – [...] *mobilisés au gré de l'imagination de la Cour de justice – attestent de leur insaisissabilité.* », F. DIOP, « Juridique – Un regard sur le droit de communication au public après l'arrêt Stichting Brein », Juris art etc. 2017, n° 48, p. 36.

110. **Le public.** Partant de la condition que la communication doit être faite à un public, il demeure tout d'abord crucial de délimiter la notion de « public ». Comme il a pu être démontré ci-dessus, c'est l'application de cette notion qui pose des problèmes et qui permet à la Cour de justice une approche au cas par cas. Alors, et cela a également été exposé ci-dessus, le contenu de la notion de public est prédéterminé par des conventions internationales, précisément la Convention de Berne (article 11*bis*), la Convention de Rome (article 12), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (article 14), le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (article 8) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (articles 2 sous g, 10, 14 et 15). Celles-ci distinguent le public du seul cercle de famille et des amis proches.[685] Ce seuil *de minimis* doit être respecté. Dans un premier temps, le public vise alors, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, « *un nombre indéterminé de destinataires* »[686]. Ce groupe de personnes doit ensuite se distinguer du cercle de famille et des amis proches.[687] La notion de « public » ne peut pas, de surcroît, être attachée au critère d'un « public nouveau » qui n'a aucune base légale.[688] On peut d'ailleurs reconnaître une certaine désaffection de la Cour envers le critère du « public nouveau » dans les cas qui concernent les plateformes à contenu généré par les utilisateurs.[689] La Cour l'évoque toujours seulement pour directement passer au contrôle de la connaissance de l'intermédiaire.[690]

111. **L'acte de communication.** Tel que démontré ci-dessus, la notion de public s'entend de manière large. Il ressort de cette analyse que l'élément pertinent de la notion de communication au public, pouvant définir les limites du droit de manière raisonnable, est celui d'acte de communication. À partir du moment où l'on reconnaît un acte de communication dans les situations traitées par le présent travail, l'affirmation du public ne devrait plus s'avérer problématique.

---

[685] ALAI, *Rapport et avis critère de « public nouveau »*, 2014, p. 2 ; CSPLA, *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 2014, p. 21 ss. ; M. FICSOR, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI, 2003, p. 310; F. SIIRIAINEN, « Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » », PI 2015, n° 55, p. 143, spéc. p. 148 ; P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 52.

[686] CJUE, aff. C-607/11, EU:C:2013:147, Rec. num. 2013, n° 32 – ITV Broadcasting/TVC.

[687] M. FICSOR, Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI, OMPI, 2003, p. 310; L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*,2016, p. 109 s. ; F. SIIRIAINEN, « Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » », PI 2015, n° 55, p. 143, spéc. p. 148.

[688] M. FICSOR, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks*, 2014, p. 5 s.; P. B. HUGENHOLTZ et S. VAN VELZE, « Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public' », IIC 2016, p. 797 ; F. SIIRIAINEN, « Retour sur la construction du « droit de communication au public » par la CJUE ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle » », PI 2015, n° 55, p. 143, spéc. p. 148 ; P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 48 ; d'autre avis M. GRÜNBERGER, « Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2016 – Teil 1 », ZUM 2017, p. 324, spéc. p. 335 ; « Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke », ZUM 2016, p. 905, spéc. p. 910, qui y reconnaît la composante dogmatique de base d'une règle médiatique d'accès aux contenus.

[689] Cf. expressément l'arrêt *Renckhoff*, dans lequel la Cour de justice affirme un « public nouveau » alors que l'œuvre en question se situait sur un site librement accessible et dont la deuxième publication sur un autre site ne pouvait donc pas, selon les critères posés par la Cour, toucher un public noveau, CJUE, aff. C-161/17, EU:C:2018:634, Rec. num. 2018, n^{os} 29 à 47 – Renckhoff.

[690] Cf. par exemple CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n^{os} 44 s. – Ziggo BV, où la CJUE, après avoir défini le public nouveau, passe directement à l'affirmation de la connaissance de l'opérateur en cause, ce qui lui suffit ensuite pour affirmer un public nouveau ; cf. également S. V. LEWINSKI, « Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum so genannten „Value Gap" », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 381, spéc. p. 382 s.

L'élément essentiel de l'acte de communication est l'intervention de utilisateur de l'œuvre.[691] Il n'est donc pas étonnant que son rôle soit central selon la jurisprudence de la Cour de justice. L'utilisateur doit permettre l'accès à une œuvre en pleine connaissance des conséquences de son comportement.[692] Le droit de mise à disposition au public faisant partie du droit de communication au public, l'acte de communication au public ne requiert aucune transmission réelle de l'œuvre.[693] L'utilisateur doit toutefois jouer un rôle central au vu de l'accessibilité de l'œuvre.[694] Ceci est toujours le cas quand l'utilisateur joue un rôle indispensable pour l'accessiblité de l'œuvre et que celle-ci ne serait pas accessible sans son intervention.[695] Ceci représente le véritable « acte de communication ».[696]

Compte tenu du développement des différents modèles économiques et fonctions techniques en ligne, il est toutefois devenu souhaitable d'également appréhender comme « acte de communication » certains actes qui ne communiquent pas directement l'œuvre, mais qui l'optimisent d'une manière ou d'une autre en aval. On pourrait alors parler de communications « secondaires » au public. Ici, l'intermédiaire ne joue généralement pas de rôle absolument indispensable à l'accessibilité de l'œuvre. La notion « d'acte de communication » doit ainsi s'ouvrir, sans pour autant inclure toutes les actions d'intermédiaires dans son champ d'application.[697] Cela continuerait la dénaturation du droit de communication au public.

Il faut alors, premièrement, exiger que l'utilisateur dépasse la simple fourniture d'installation permettant une communication.[698] Le simple stockage d'une œuvre ou la mise à disposition d'une plateforme ne suffisent donc pas, de manière générale, pour qualifier l'intermédiaire de contrefacteur direct. L'idée d'appropriation du contenu, telle qu'avancée par le *Bundesgerichtshof*[699], ne se prête pas non plus à délimiter le rôle central de l'intermédiaire. Un tel moyen d'attribution du dommage est nécessaire seulement si l'acte en cause ne relève pas en soi du droit de communication au public. Si certains actes « secondaires » font cependant eux-mêmes partie du droit de communication au public, et que le contenu du droit patrimonial est élargi de ce fait, il n'y a plus de besoin de se servir d'une notion telle que l'appropriation du contenu.[700]

---

[691] M. LEISTNER, « Die „The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber », GRUR 2017, p. 755, spéc. p. 758.

[692] CJUE, aff. C-610/15, EU:C:2017:456, Rec. num. 2017, n° 34 et n° 36 – Ziggo BV ; P. MEZEI, « Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies », JIPLP 2016, p. 778, spéc. p. 786 ; P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 50.

[693] D'une perspective internationale ALAI, *Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment*, 2013, p. 3 ; M. FICSOR, Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks, 2014, p. 29 ; P. MEZEI, « Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies », JIPLP 2016, p. 778, spéc. p. 786 ; L. MIDELIEVA, « Rethinking hyperlinking: addressing hyperlinks to unauthorised content in copyright law and policy », EIPR 2017, 39(8), p. 479, spéc. p. 481 ; ceci correspond également à l'opinion de la Commission exprimée lors de l'adoption de la directive « *Infosoc* », COM(97) 628 final, p. 25, Article 3 § 1; d'autre avis ECS, *Opinion on the Reference to the CJEU in case C-466/12 Svensson*, 2013, p. 22 ; L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*, 2016, p. 555.

[694] CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n° 41 – Filmspeler ; aff. C-135/10, EU:C:2012:140, Rec. num. 2012, n° 82 – SCF/Marco Del Corso ; aff. C-162/10, EU:C:2012:141, Rec. num. 2012, n° 31 – Phonographic Performance/Irland ; avocat général M. WATHELET, conclusions, aff. C-160/15, EU:C:2016:221, n° 57 – GS Media.

[695] Avocat général M. WATHELET, conclusions, ff. C-160/15, EU:C:2016:221, n° 57 – GS Media.

[696] Cf. également l'avis de la République portugaise dans l'affaire *GS Media*, cf. les conclusions de l'avocat général M. WATHELET, aff. C-160/15, EU:C:2016:221, n^{os} 22 à 24 – GS Media.

[697] Cf. également la critique des projets de réformes existants ci-dessus, n^{os} 104 ss.

[698] Cons. 27 de la directive « *Infosoc* » ; M. LEISTNER, « Die „The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber », GRUR 2017, p. 755, p. 758; J. V. UNGERN-STERNBERG, « Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts », GRUR 2012, p. 576, spéc. p. 577.

[699] Cf. supra n^{os} 94 s.

[700] Cf. supra n° 95.

Afin de cerner le rôle central de l'intermédiaire, il faut plutôt faire référence au concept d'autorisation[701], à la jurisprudence *Airfield*[702] et au principe d'une interprétation économique des droits patrimoniaux.[703] Joue alors seulement un rôle « central » l'intermédiaire qui construit son modèle économique autour de la fourniture d'œuvres contrefaisantes par ses utilisateurs et en tire profit.[704] Dans ce cas, il « autorise » la contrefaçon des utilisateurs ce qui représente également une action réservée aux auteurs.[705] Cela correspond également à une analyse économique du droit qui reconnaît un acte de communication pour des raisons économiques.

Le rôle central de l'utilisateur est alors le critère décisif de l'acte de communication. Il se pose de plus la question de savoir si les critères utilisés à ce jour demeurent pertinents.

112. **La connaissance.** L'introduction d'un élément moral de connaissance au droit de communication au public a suscité de vives critiques dans les trois États membres analysés, et ce bien à raison.[706] Le rôle central de l'utilisateur, quelle que soit son importance, ne peut avoir pour conséquence l'introduction d'un élément subjectif de connaissance de l'illicétié au droit de communication au public. Un tel élément de connaissance ne doit toutefois pas être confondu avec la connaissance des conséquences de son propre comportement.[707] La connaissance autre que celle des conséquences du comportement n'influence pas le droit de communication au public. Le droit d'auteur en tant que droit de propriété intellectuelle est un droit de propriété.[708] Ainsi, par sa nature, il inclut un droit de défense qui se mesure à une échelle objective.[709] Cela ne signifie pour autant pas que des éléments subjectifs ne jouent aucun rôle en la matière. La connaissance de l'atteinte ne

[701] Cf. supra n^{os} 91 ss.
[702] CJUE, aff. C-431/09 et C-432/09, EU:C:2011:648, Rec. 2011, I-9363 – Airfield/Sabam ; cf. également supra n° 85.
[703] Cf. également S. V. LEWINSKI, « Comments on the 'value gap' provisions in the European Commission's Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market », Kluwer Copyright Blog, 10 avril 2017.
[704] Dramatico Entertainment Ltd. v British Sky Broadcasting Ltd. [2012] EWHC 268 (Ch), n^{os} 73 ss. ; EMI Records Ltd. v British Sky Broadcasting Ltd [2013] EWHC 379 (Ch), n^{os} 53 ss. ; ARNOLD J, Football Association Premier League Limited v British Sky Broadcasting [2013] EWHC 2058 (Ch), n° 50 ; cf. également cons. 38 § 1 et cons. 37a du compromis de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (note de bas de page n° 608).
[705] Également L. BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 4 éd., 2014, p. 171 ; H. CARTY, « Joint tortfeasance and assistance liability », 19 Legal Stud. 1999, p. 489, spéc. p. 495, note de bas de page n° 49.
[706] Également G. BUSSEUIL, « Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public », RLDI 2016/132, n° 4093, p. 8, spéc. p. 10 ; F. DIOP, « Juridique – Un regard sur le droit de communication au public après l'arrêt Stichting Brein », Juris art etc. 2017, n° 48, p. 36 ; M. LEISTNER, « Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-160/15 », ZUM 2016, p. 980, spéc. p. 981 s. ; L. LUEG, « Urheberrecht: Öffentliche Wiedergabe durch Verkauf eines multimedialen Medienabspielers », EuZW 2017, p. 520 ; A. OHLY, « Anmerkung », GRUR 2016, 1155, n^{os} 8 s. ; N. RAUER, « Hyperlinks im Digitalen Binnenmarkt », *in FS Schulze*, C.H.Beck. 2017, p. 85, spéc. p. 94 ; J. SMITH et H. NEWTON, « Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement », EIPR 2016, 38(12), p. 768, spéc. p. 669 ; J. V. UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2015 », GRUR 2016, p. 321, spéc. p. 326 ; V. VARET, « Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toile », Légipresse 2016/11, n° 343, p. 601, spéc. p. 608 ; plus positif : A. CASANOVA, « Lien hypertexte et renvoi vers un contenu protégé par le droit d'auteur : vers la reconnaissance d'un droit à l'erreur pour les internautes de bonne foi ? », Lexbase Hebdo affaires, 13 octobre 2016, n° 483.
[707] Cf. également M. LEISTNER, « Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-160/15 », ZUM 2016, p. 980, spéc. p. 982.
[708] Section 1 (1) du Code de propriété intellectuelle britannique: « *Copyright is a property right* [...]. » ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3 éd., 2016, n° 1042.
[709] P. B. HUGENHOLTZ et S. VAN VELZE, « Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public' », IIC 2016, p. 797, spéc. p. 810 ; L. MIDELIEVA, « Rethinking hyperlinking: addressing hyperlinks to unauthorised content in copyright law and policy », EIPR 2017, 39(8), p. 479, spéc. p. 486.

fait cependant pas partie de la définition du droit lui-même, mais représente un élément – d'ailleurs classique – des différents régimes de responsabilité, et surtout ceux de responsabilité secondaire.[710]

Pour donner un exemple qui provient du droit de propriété, notamment du domaine des dégradations du matériel. Quand le propriétaire d'une chose demande des dommages et intérêts à l'encontre d'une personne qui a prétendument endommagé cet objet, il faut constater trois choses : le fait générateur, donc l'action causale de l'auteur, son intention ou négligence et la présence d'un dommage. Ce dernier existe lorsque la chose est abîmée. La question de savoir si l'auteur savait ou devait savoir qu'il allait porter atteinte à la propriété d'un autre ne joue donc aucun rôle en déterminant s'il y a un dommage. Cette question de sa connaissance ou même de son intention ne se pose pas dans le cadre du dommage, mais concerne son imputabilité à l'auteur et représente un élément constitutif de la responsabilité autonome.

Les mêmes règles s'appliquent au droit d'auteur. Le fait qu'il y ait un dommage et la connaissance de son auteur sont deux éléments constitutifs de responsabilité qu'il faut distinguer. Au vu de la nature abstraite du droit d'auteur, le constat d'un dommage paraît cependant difficile. Sont donc formulés dans le cadre des droits patrimoniaux des actes réservés à l'auteur. Le fait d'effectuer un tel acte – comme l'acte de communication fait à un public – sans le consentement de l'auteur constitue alors une atteinte au droit d'auteur. C'est bien la commission de l'acte elle-même qui équivaut à l'objet abîmé dans l'exemple précédent. Le simple accomplissement d'un tel acte porte alors atteinte au droit d'auteur, peu importe si son auteur avait connaissance de l'illicéité.

La jurisprudence récente de la Cour de justice qui brouille exactement les limites entre ces deux éléments rend nécessaire de souligner ce rapport entre dommage et responsabilité qui devrait normalement aller de soi. La directive « *Infosoc* » soutient d'ailleurs également cette analyse. Si elle avait souhaité un renoncement aux valeurs traditionnelles, elle aurait dû instaurer un élément de connaissance tel qu'elle le fait dans son article 6.[711] La connaissance n'a alors justement aucune influence sur le contenu du droit de communication au public.

113. **Le but lucratif.** La Cour de justice se sert du but lucratif en tant que critère supplémentaire du droit de communication au public. Son rôle se déploie selon la jurisprudence principalement dans le cadre du critère du « public nouveau ».[712] En raison de son inconformité au droit international, ce critère doit être abandonné.[713] Par conséquent, le but lucratif ne peut pas impliquer la présence d'un public selon la définition maintenue ci-dessus.

Le but lucratif d'un acte ne peut d'ailleurs pas entraîner sa qualification comme « acte de communication ». Bien que le but lucratif puisse indiquer un « rôle central » de l'utilisateur selon l'interprétation économique de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » telle qu'elle ressort des arrêts

[710] F. DIOP, « Juridique – Un regard sur le droit de communication au public après l'arrêt Stichting Brein », Juris art etc. 2017, n° 48, p. 36 ; cf. par exemple les articles 1240 s. du Code civil qui requièrent une faute intentionnelle ou négligente ou l'article 97 § 2 du Code de droit d'auteur allemand qui requiert l'intention ou la négligence du contrefacteur.

[711] Article 6 § 1 de la directive « *Infosoc* » : « *Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectuan en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cette objectif.* »

[712] Les fournisseurs de liens hypertextes agissant à titre lucratif doivent justement prendre les mesures nécessaires pour vérifier si la source du lien a un charactère licite ou pas, CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n° 51 – GS Media.

[713] Cf. supra n° 80.

récents de la Cour[714], on ne peut pas réduire le champ d'application du droit de communication au public aux seuls actes commis avec une intention économique.[715] Les auteurs doivent être protégés des actes des personnes privées ainsi que des personnes agissant à titre lucratif.[716] La systématique de la directive « *Infosoc* » montre que les droits patrimoniaux sont universels. Ce n'est qu'au niveau des exceptions qu'elle exempte certaines actions poursuivies « *à des fins non directement ou indirectement commerciale* ».[717] Cette systématique doit être conservée.[718] Le fait que l'auteur de l'atteinte agisse à titre lucratif ou non ne devrait donc jouer aucun rôle dans la qualification de ses actes en tant que communication au public.

114. **L'illicéité de la source du lien.** Il en va de même en ce qui concerne l'illicéité de la source d'un lien hypertexte. La Cour de justice utilise ce critère pour affirmer un « public nouveau » en matière de liens hypertextes.[719] Compte tenu de l'abandon requis du critère de « public nouveau », l'illicéité de la source du lien ne peut donc influencer le droit de communication au public.[720]

De plus, le critère de l'illicéité du lien ne correspond pas au manque d'épuisement du droit de communication au public. La directive « *Infosoc* » prévoit que toute communication au public exige le consentement de l'auteur, peu important que l'œuvre ait déjà été communiquée auparavant.[721] L'atteinte aux droits patrimoniaux nécessite, comme il a été précisé, seulement la présence d'un comportement réservé à l'auteur. Le fait que l'œuvre communiquée ait déjà été communiquée par un autre contrefacteur n'importe donc pas.[722] Cela signifie en matière de liens hypertextes que l'illicéité de la source du lien ne peut pas entraîner l'illicéité du lien lui-même. Soit la fourniture du lien correspond à elle seule à une communication au public, et ce peu important la licéité ou non de la source, soit elle ne revient pas à un tel acte réprimé.

115. **L'accessibilité libre de l'œuvre.** L'accessibilité libre de l'œuvre ne peut pas non plus influencer le contenu du droit de communication au public. La Cour de justice s'est, jusqu'à présent, servie de ce critère en matière de liens hypertextes, pour affirmer une communication au

[714] Cf. également CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n° 34 – Filmspeler ; aff. C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, Rec. 2011, I-9083, n° 204 – Football Association Premier League ; aff. C-306/05, EU:C:2006:764, Rec. 2006, I-11519, n° 44 ; la Cour s'appuie sur le fait que l'intermédiaire ait propagé une contrefaçon directe et en ait tiré profit, ce qui ressemble au raisonnement sous-jacent de la notion britannique d'autorisation, cf. supra n^{os} 91 ss.

[715] « [...] *it is a brutally toxic error that the Court limits the application of the right of public communication to communications of a profit-making nature* [...] » M. FICSOR, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks*, 2014, p. 22.

[716] Également V.-L. BENABOU, « Droits patrimoniaux – Communication au public – Télévision connectée – Responsabilité de la transmission », PI 2013, n° 47, p. 208, spéc. p. 211 s.

[717] Même les exceptions valant pour ces actes ont d'autres conditions supplémentaires, cf. par exemple article 5 § 2 sous b de la directive « *Infosoc* » qui exige non seulement que la copie soit effectuée à titre privé mais également une rémunération équitable de l'auteur.

[718] Également CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, p. 43 ; P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 49 ; A. TSOUTSANI, « Why copyright and linking can tango », JIPLP 2014, p. 495, spéc. p. 508.

[719] CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016 – GS Media

[720] À ce sujet cf. supra n° 80.

[721] CSPLA, *Le référencement des œuvres sur Internet*, p. 48 ; L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation*, 2016, p. 538 ; d'autre avis P. MEZEI, «Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies » ; JIPLP 2016, p. 778, spéc. p. 790.

[722] La question de savoir s'il existe une (autre) atteinte (primaire) à un droit ne joue alors aucun rôle dans le constat d'une atteinte primaire, mais importe dans le cadre des régimes de responsabilité secondaire, accessoires à l'atteinte primaire, comme notamment le régime de complicité ; cf. également P. B. HUGENHOLTZ et S. VAN VELZE, « Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public' », IIC 2016, p. 797, spéc. p. 809 s. ; M. GRÜNBERGER, « Anmerkung », JZ 2016, p. 318, spéc. p. 319.

public lorsque le lien pointe vers des œuvres qui ne sont pas librement accessible sur Internet.[723] Car, dans ces cas précis, un public « nouveau » serait visé par le lien. Ce raisonnement n'est toutefois que peu convaincant. Premièrement, il a déjà été démontré que le critère du « public nouveau », auquel est rattaché le critère d'accessiblité de l'œuvre, doit être abandonné.[724] Deuxièmement, la directive « *Infosoc* » prévoit un régime spécial concernant le contournement des mesures techniques de protection dans son article 6.[725] Celui-ci oblige les États membres à prévoir une protection juridique des « mesures techniques de protection » telles que des mesures techniques qui restreignent l'accès au site Internet à certaines personnes, comme par exemple des membres ou abonnés.[726] Si telles mesures sont contournées par le biais d'un lien hypertexte, c'est le mécanisme de protection prévu par l'article 6 de la directive « *Infosoc* » qui est pertinent et non pas le droit de communication au public.[727] L'accessibilité libre d'une œuvre ne représente donc pas un critère décisif quant à la détermination des actes de communication au public.

116. **Application aux intermédiaires.** Les critères fournis par la jurisprudence et la doctrine pour délimiter le droit de communication au public sont inadapté. Ni la connaissance de l'utilisateur, ni la poursuite d'un but lucratif ainsi que l'illicéité de l'œuvre communiquée ou son accessibilité libre devraient jouer un rôle quant à l'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». Le critère décisif reste donc l'acte de communication qui se définit au vu du rôle central de l'utilisateur concernant l'accessibilité de l'œuvre.[728] Celui qui pose un lien simple ou profond ne joue pas un tel rôle.[729] En revanche, celui qui utilise un lien encadré et affiche donc l'œuvre sur son propre site la communique au public. L'affichage de l'œuvre revient à une communication tant d'un point de vue linguistique[730] qu'à cause du rôle central en ce qui concerne l'accessibilité de l'œuvre sur ce site précis.

Ensuite, en ce qui concerne les actes de communication qualifiés de « secondaires », une interprétation économique de la norme s'impose. Comme l'ont montré les approches nationales et

---

[723] CJUE, aff. C-466/12, EU:C:2014:76, Rec. num. 2014, n^{os} 25 s. – Svensson/Retriever Sverige ; C. CARON, « Les cinq rencontres entre les liens hypertextes et le droit d'auteur », CCE 2016/10, comm. 78, p. 26, spéc. p. 28 s. ; cf. également le rapport de la DIRECTION GENERALE MARCHE INTERIEUR ET SERVICES, *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, 2014, p. 16 à 18.

[724] Il est alors d'autant plus étonnant que P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 36 ss. et p. 53, qui s'expriment en faveur d'une abolition du critère de « public nouveau », maintiennent le critère d'accessibilité libre.

[725] Transposé à l'article 95a du Code de droit allemand, à l'article L. 331-5 ss. du Code de la propriété intellectuelle français et à la section 296 ss. du Code de propriété intellectuelle britannique.

[726] En faveur d'une soumission des mesures restrictives d'accès sous les mesures techniques de protection T. DREIER et L. SPECHT, *in Dreier/Schulze, UrhG*, C.H.Beck, 5 é.d, 2015, § 95a, n° 1 ; G. SPINDLER, *in Spindler/Schuster*, C.H.Beck, 3 éd., 2015, § 95a UrhG, n° 10 ; pour une définition des mesures techniques de protection cf. M. FICSOR, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI, 2003, p. 298 ; également article 6 § 3 de la directive « *Infosoc* ».

[727] Également V.-L. BENABOU, *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet,* juriscom.net, 15 février 2014, p. 7 ; d'autre avis S. OTT, « Anmerkung », MMR 2013, p. 599, n° 3, qui déduit la communication au public en cas de liens hypertextes de la théorie du consentement et s'appuye alors sur le fait que le placement de mesures protectrices d'accès indique justement l'absence de consentement de l'auteur d'être relié.

[728] CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n° 35 – GS Media ; aff. C-117/15, EU:C:2016:379, Rec. num. 2016, n° 46 – Reha Training ; aff. C-135/10, EU:C:2012:140, Rec. num. 2012, n° 82 – SCF/Marco Del Corso.

[729] Pour les liens hypertextes cf. déjà les conclusions de l'avocat général M. WATHELET, aff. C-160/15, EU:C:2016:221, n° 54 – GS Media ; également P. B. HUGENHOLTZ et S. VAN VELZE, « Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public' », IIC 2016, p. 797 (814) ; T. RENDAS, « How Playboy Photos Compromised EU Copyright Law: The *GS Media* Judgement », [2017] Journal of Internet Law 20 (11), p. 11, spéc. p. 13.

[730] Le lexique « Duden » définit la communication en tant que « présentation » ou « reproduction », cf. http://www.duden.de/suchen/dudenonline/wiedergabe [consulté en dernier lieu 28.8.2018].

l'idée de différenciation entre offre concurentielle et offre complémentaire, une responsabilité directe n'est souhaitée que pour les intermédiaires considérés comme « parasites économiques ».[731] Pour réduire le risque d'une extention continue de l'article 3 de la directive « *Infosoc* », il faut alors admettre que tout autre intermédiaire ne communique pas l'œuvre au public, et ce même s'il propose une certaine indexation (automatique).[732] La vente d'un lecteur multimédia ne présente alors, par exemple, pas la proximité requise afin d'être qualifiée d'atteinte directe elle-même. Cette délimitation s'inspire de la jurisprudence *Airfield*, du concept d'autorisation et de l'idée d'une interprétation économique. Ce qui importe est alors que l'intermédiaire construise son modèle économique sur la commission de contrefaçons par ses utilisateurs et en tire un profit. Seul dans ces cas son rôle peut être considéré comme étant central et défini en tant qu'acte de communication.

2. Les éventuelles exceptions au droit de communication au public

117. **Systématique des exceptions.** L'article 5 § 2 et 3 de la directive « *Infosoc* » prévoit quelques exceptions facultatives aux droits patrimoniaux selon lesquelles un acte illicite réservé aux auteurs devient licite. Le comportement profitant d'une exception est alors toujours qualifié de reproduction, communication au public ou distribution ; il échappe pourtant à l'assujettissement à une autorisation préalable de l'auteur. Certaines de ces exceptions sont attachées à la condition d'une compensation équitable que doit recevoir l'auteur.[733]

118. **Compensation équitable.** Ce qu'il faut entendre par compensation équitable n'est toutefois pas défini par la directive. Il faut alors avoir recours à la jurisprudence de la Cour de justice.[734] Celle-ci a décidé qu'une indemnité forfaitaire qui dépend de la vitesse de reproduction ne correspond pas à une compensation équitable.[735] Est cependant considéré comme étant équitable le forfait qui se mesure par rapport au préjudice effectif et qui est combiné avec une compensation variable selon le montant de reproductions par appareil.[736]

119. **Compétence d'introduction de nouvelles exceptions.** Les législateurs nationaux peuvent alors, selon la systématique de la directive « *Infosoc* », instaurer les exceptions prévues par son article 5. Toutefois, l'instauration d'exceptions est liée à cet article. Si les législateurs nationaux ne sont pas obligés d'instaurer des exceptions, ils ne peuvent pas en prévoir d'autres que

[731] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 15 ; un exemple en serait la plateforme « The Pirate Bay ».
[732] G. NOLTE assimile la responsabilité directe des plateformes telles que YouTube à leur interdiction effective, cf. G. NOLTE, « Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte) », ZUM 2017, p. 304, spéc. p. 305 s.
[733] Cf. l'article 5 § 2 sous a, b et e de la directive « *Infosoc* ».
[734] Pour un aperçu de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière cf. J. EICHELBERGER, « Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2) », WRP 2016, p. 1060, spéc. p. 1067 s. ; J. V. UNGERN-STERNBERG, « Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2015 », GRUR 2016, p. 321, spéc. p. 329 ss.
[735] CJUE, aff. C-572/13, EU:C:2015:750, Rec. num. 2015, n^{os} 67 ss. et n° 77 – Hewlett-Packard Belgium.
[736] CJUE, aff. C-572/13, EU:C:2015:750, Rec. num. 2015, n° 83 – Hewlett-Packard Belgium ; aff. C-463/12; C:2015:144, n^{os} 21 ss. – Copydan/Nokia ; aff. C-467/08, C:2010:620, Rec. 2010, I-10055, n^{os} 38 ss. – Padawan ; Cass. civ. 1re, n° 15-10.895, 17 mars 2016, RIDA 2016, II (249), 275 (283) – Sony Mobile Communications/Copie France.

celles qui figurent à l'article 5 de la directive « *Infosoc* ».[737] Ceci ressort de l'harmonisation du contenu des droits patrimoniaux par la directive « *Infosoc* ». La restriction du contenu des droits patrimoniaux incombe au législateur européen. Si aucune des exceptions concerne *de lege lata* les intermédiaires techniques, seul le législateur européen pourrait en introduire *de lege ferenda*.

120. **Exception pour certaines plateformes.** Une exception pour la fourniture de liens hypertextes n'est pas requise, comme l'a montré l'analyse préalable.[738] Il se pose toutefois la question de savoir si l'instauration d'une exception pour certaines plateformes serait judicieuse. Toutes les faire rentrer dans le champ d'application du droit de communication au public conduirait à une obligation de conclure des accords de licence avec les auteurs. Trouver un tel accord peut s'avérer difficile. L'instauration d'une exception au droit d'auteur qui soumettrait les actions des intermédiaires à une obligation de rémunération pourrait alors représenter une alternative raisonnable.

Au lieu de restreindre le contenu du droit de communication au public qui ne reste applicable qu'aux plateformes « pirates », on pourrait alors également envisager d'y faire rentrer tous les intermédiaires représentant une « offre concurentielle ». Ceci éviterait dans un premier temps les difficultés de délimitation au sein de la catégorie des offres concurentielles.[739] Toute plateforme opérant une structuration et indexation d'un contenu fourni par ses utilisateurs communiquerait alors ce contenu au public. Afin de ne pas pénaliser les modèles économiques socialement souhaitables, il faudrait évoquer l'instauration d'une exception supplémentaire.[740] Il n'est d'ailleurs pas dans l'intérêt des auteurs d'avoir des droits patrimoniaux tellement larges que leur mise en œuvre ne peut plus être assurée.[741]

Une proposition avancée par M. LEISTNER prévoit alors d'instaurer une exception pour les plateformes en-dessous du seuil de la plateforme *The Pirate Bay*. Celle-ci soumettrait les plateformes visées à une obligation de rémunération en contrepartie d'une exception au droit de communication au public.[742] Il doit être constaté que le problème de délimitation au sein des plateformes proposant une offre concurentielle n'est pas résolu de cette manière – il serait simplement déplacé au niveau des exceptions. L'avantage est évident : l'extension du droit de communication au public et sa restriction immédiate par le biais des exceptions éviteraient des questions de responsabilité et soumettraient en même temps les plateformes à une obligation de rémunération – une licence légale.[743] Les licences individuelles sont difficiles à gérer dans un contexte numérique automatisé.[744] Les pratiques commerciales de certaines plateformes montrent

[737] R. XALABARDER, « The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law », IIC 2016, p. 635, spéc. p. 638.
[738] Cf. supra n° 105.
[739] Cf. supra n° 108.
[740] P. CHRISTIANSEN ET. A., *Berliner Gedankenexperiment*, 2015, p. 15, s'appuyent sur la nécessité d'une protection du marché.
[741] L. HEINZMANN, *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation,* 2016, p. 341 ; M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators » ; JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 145.
[742] M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 147 ; « Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren » ZUM 2016, p. 580, spéc. p. 590 s.
[743] Ayant regard aux considérants 37 et 38 proposition de directive cela semble également avoir été l'objectif de la Commission qu'elle n'importe pourtant pas dans le dispositif de la directive proposée.
[744] M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 146 ; M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen » ; ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 139.

pourtant qu'elles ne sont pas entièrement impossibles.[745] Afin de ne pas priver les opérateurs des plateformes de la possibilité d'une licence individuelle, M. LEISTNER propose alors de leur offrir le choix de la méthode de licence.[746] Parallèlement, les titulaires de droit garderaient la possibilité de licencer certains contenus de manière individuelle pour lesquels ils n'obtiendront plus de rémunération collective.[747]

121. **Mise en œuvre.** La faisabilité pratique d'un tel système n'apparaît pas évidente étant donné sa complexité. Le fait d'accorder la possibilité du choix du type de licence, individuelle ou collective, tant aux plateformes qu'aux titulaires de droit, serait difficile à mettre en œuvre.[748] De plus, le fait d'étendre le contenu du droit de communication au public seulement pour le restreindre de même manière au niveau des exceptions ne correspond pas à l'esprit de la directive « *Infosoc* ». Il semble que les auteurs favorisant une telle proposition visaient une obligation de rémunération des plateformes sans pour autant vouloir engager leur responsabilité directe. Cela n'est pas convaincant. Soit la plateforme communique une œuvre au public et peut de ce fait voir sa responsabilité engagée si elle n'a pas obtenu le consentement de l'auteur (et donc généralement pas payé de redevances), soit elle n'effectue pas d'acte de communication au public auquel cas on ne peut pas l'obliger à payer une redevance.

L'instauration d'une licence obligatoire comme réponse au « *value gap* » doit être faite avec prudence. Les exceptions contenant une obligation à rémunération instaurent une licence légale et se distinguent alors de la mise en œuvre du droit patrimonial. La licence légale remplace l'accord de licence individuel que devraient normalement trouver la plateforme et l'auteur. Elle présume de ce fait l'autorisation de l'auteur en contrepartie d'une obligation de rémunération pesant sur la plateforme.[749] Tant la licence individuelle que la licence légale reviennent cependant au même résultat : une rémunération de l'auteur pour l'utilisation de son œuvre en contrepartie de son consentement à telle utilisation.[750] La licence légale a pourtant un désavantage sérieux : le montant d'une rémunération négociée individuellement dépasse régulièrement le montant d'une licence légale.[751] Il ne semble alors pas justifié d'instaurer une licence légale là où le marché est capable de conclure des licences individuelles. Dans ces cas, le principe de la liberté contractuelle

---

[745] LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 146 s. ; la plateforme YouTube est, selon ses propres indications, également une plateformes qui obtient des licences pour tout contenu protégé, G. NOLTE, « Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte) », ZUM 2017, p. 304, spéc. p. 310.

[746] M. LEISTNER, « Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren », ZUM 2016, p. 580, spéc. p. 592.

[747] M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 146 ; « Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren », ZUM 2016, p. 580, spéc. p. 591 ; A. PEUKERT, « „Copydan/Nokia" und die Zukunft des gesetzlichen Vergütungsanspruchs für die digitale Privatkopie », GRUR 2015, p. 452, spéc. p. 453 ; critiqué par M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen » ; ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 140.

[748] M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 140.

[749] M. STIEPER parle d'un équivalent fonctionnel des droits exclusifs, M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 139.

[750] Si l'autorisation d'exploitation des plateformes pourrait être étendue aux exploitations de leurs utilisateurs, la licence légale ne toucherait pas la nature illicite des actions des utilisateurs, M. LEISTNER, « Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators », JIPLP 2017, p. 136, spéc. p. 146.

[751] D'autre avis G. NOLTE, « Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte) », ZUM 2017, p. 304, spéc. p. 310, note de bas de page n° 42.

et de la prééminence de l'autorisation réelle de l'auteur prévalent sur l'intérêt d'une licence légale. Le législateur ne peut alors introduire des exceptions que si la licence individuelle échoue face à une défaillance du marché. De plus, toute exception doit respecter le test des trois étapes.[752]

En ce qui concerne les plateformes de contenu structuré, on ne peut pas constater une telle nécessité d'instaurer une licence légale. Les licences individuelles sont réalisables et existent d'ailleurs.[753] Il n'appartient donc pas au législateur européen d'instaurer une obligation de rémunération.[754]

Conclusion de la Section II

Le champ d'application du droit de communication peut être étendu de manière à ce qu'il englobe certaines activités secondaires d'intermédiaires. Ses limites se trouvent toutefois là où le modèle économique est légal et socialement souhaitable. Seules les plateformes qui construisent leur modèle économique autour la commission de contrefaçon par leurs utilisateurs et en tirent profit, telles que la plateforme *The Pirate Bay* ou la plateforme *Newzbin*, peuvent elles-mêmes se voir imputer d'avoir effectué la communication au public. Elles visent et de ce fait « autorisent » les contrefaçons commises par leurs utilisateurs ce qui correspond également à un acte reservé à l'auteur. Cela exprime une extension du droit de communication au public. Toute autre plateforme, structurant de manière automatisée ou non les contenus fournis par ses utilisateurs, ne communique pas elle-même le contenu au public.

L'idée d'une licence légale ne convainc pas. Le contenu du droit doit être cerné au niveau de son champ d'application et non pas dans un deuxième temps au niveau des exceptions, à condition qu'il n'y ait pas de défaillance du marché.

Conclusion du Chapitre I

Il est devenu évident que le champ d'application du droit de communication au public en tant que norme doit présenter un caractère général au lieu de déformer plusieurs régimes juridiques en fonction de l'acte en cause (hyperlien, plateforme à contenu généré par les utilisateurs, etc.). L'élément constitutif de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » est l'acte de communication, fait à un public. Alors que le public s'entend de manière large et ne se distingue que du cercle familial et des amis proches, c'est à juste titre la notion d'acte de communication qui joue le rôle central quant à la détermination du contenu du droit. Il faut ici distinguer deux situations. Lorsqu'il s'agit d'un acte

---

[752] ALAI, *Résolution à la suite du congrès de l'ALAI tenu en 2015 à Bonn concernant certaines propositions visant à baser les droits d'exploitation sur un système global de rémunérations (« Résolution Bonn »)*, 2016, p. 1 ; C. SCOLLO LAVIZZARI, « Die andere Seite der Medaille: von zwingenden und anderen Schranken », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 156, spéc. p. 159 ; M. STIEPER, « Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen », ZUM 2017, p. 132, spéc. p. 139 ; R. SUCKER, *Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht*, Mohr Siebeck, 2014, p. 184.

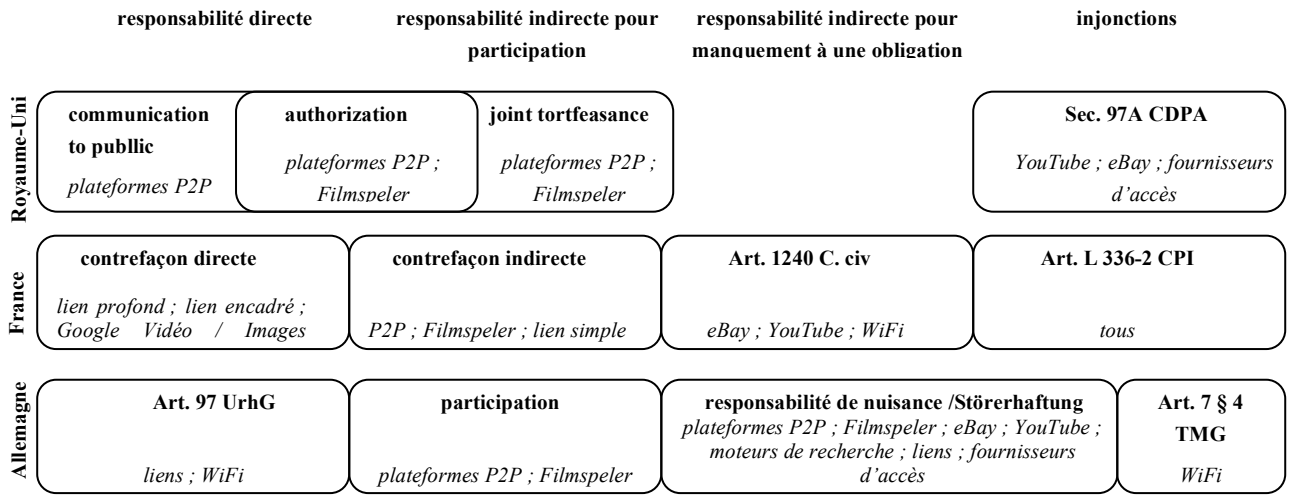
[753] ALAI, *Résoluiton Bonn*, 2016, p. 3.

[754] Il faut également s'interroger sur la conformité d'une exception si vaste avec les critères du teste des trois étapes car il s'agirait justement d'une exploitation dans le cadre d'une offre concurentielle, ce qui pourrait indiquer une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, cf. M. SCHEUFELE, « Neue gesetzliche Vergütungsansprüche für Kreative? », ZUM 2017, p. 316, spéc. p. 319 ; contre l'effectivité des licences légales également T. HOLZMÜLLER, « Exklusivität und Werkzugang - Überlegungen zur Zwangslizenz im Urheberrecht », *in FS Schulze*, C.H.Beck, 2017, p. 137, spéc. p. 144.

qui rend directement accessible une œuvre, l'utilisateur joue évidemment un rôle central : il communique l'œuvre. Mais le droit de communication au public va au-delà de ce qu'on entend comme « communication » classique. Il appréhende également certaines actions dites « secondaires » à une communication. Afin de reconnaître un tel acte de communication, il est nécessaire que l'utilisateur (par conséquent l'intermédiaire) construise son modèle économique autour de la commission de contrefaçons par ses utilisateurs et en tire profit. L'instauration d'une licence légale ne présente pas une alternative : il ne paraît pas logique d'affirmer une communication au public par certaines plateformes pour exclure leur responsabilité en même temps. Soit la plateforme communique l'œuvre, dans ce cas elle peut être entièrement tenue responsable de cette atteinte directe au droit d'auteur. Soit elle reste en-dessous du seuil de l'article 3 en opérant un modèle économique « souhaitable », qui ne vise pas la commission de contrefaçons, dans le cadre duquel elle indique et structure les contenus fournis par ses utilisateurs. Dans ces cas, il n'y a aucune communication au public. Il est alors préférable de restreindre le champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* », une tâche que la Cour de justice évite pour le moment.

Chapitre II Le rôle de la responsabilité secondaire renforcé

L'analyse précédente a pris en considération les différents régimes nationaux de responsabilité et face à ceux-ci l'extension du droit de communication au public effectuée par la Cour de justice. Elle a fait ressortir la nécessité d'une réforme intégrale qui ne touche pas que l'article 3 de la directive « *Infosoc* », mais également les régimes de responsabilité secondaire. C'est justement leur cohabitation qui pose des problèmes. Le tableau suivant permet de visualiser les différentes conceptions et bases légales nationales ainsi que leurs effets en ce qui concerne les intermédiaires.



Les différents régimes de responsabilité secondaire exposés dans la première partie du présent travail peuvent être classés en deux catégories principales en fonction de leurs faits

générateurs. Ils sont soit rattachés à la contribution à l'atteinte primaire[755], soit à la violation d'une obligation qui cause un dommage[756]. Cette deuxième catégorie ne se distingue pas clairement des injonctions prévues par l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* »[757] et brouille les limites des exemptions de responsabilité prévues par la directive « *e-commerce* »[758]. Afin d'éviter les divergences et de clarifier les incertitudes existantes concernant l'éventuelle responsabilité secondaire des intermédiaire, il est alors souhaitable d'harmoniser des obligations de surveillance à l'échelle européenne.

La nécessité d'une telle harmonisation devient encore plus évidente lorsqu'on se tourne vers la jurisprudence récente de la Cour de justice exposée dans cette deuxième partie du présent travail. Celle-ci étend de plus en plus le contenu du droit de communication au public qui appréhende dès lors des cas d'espèce ressortissant traditionnellement à un régime de responsabilité secondaire. L'extention du droit de communication au public réduit alors le champ d'application des régimes nationaux de responsabilité secondaire.

Pour clarifier le rapport entre les différents régimes de responsabilité, la réforme du droit de communication au public, telle que proposée ci-dessus, doit être complétée par l'harmonisation des régimes de responsabilité secondaire qui les adapterait au régime de responsabilité primaire. Cette adaptation sera alors analysé (Section I), afin de pouvoir proposer une réforme concrète qui aborderait les difficultés existantes (Sections II).

Section I L'adaptation du régime de responsabilité secondaire

Il ressort des analyses précédentes que tout régime de responsabilité secondaire – harmonisé ou non – doit s'intégrer dans l'acquis communautaire. Celui-ci comporte un droit de communication au public harmonisé et exige la possibilité d'obtenir des injonctions. L'harmonisation d'un régime de responsabilité secondaire devra alors s'intégrer parfaitement dans ce système, afin d'éviter des nouvelles difficultés d'application résultant d'un rapport obscur avec les injonctions et le droit de communication au public. Le régime de responsabilité secondaire harmonisé représente la pièce qui manque à présent à la construction d'un régime de « responsabilité des intermédiaires » intégral. Il devra, comme toute pièce d'un puzzle, effectuer une transition sans heurts vers le régime des injonctions, d'un côté, et le régime de la responsabilité primaire pour communication au public de l'autre.

Ce constat a certainement des répercussions sur le champ d'application *ratione personae* du régime de responsabilité secondaire. Il apparaît que l'idée permettant d'éviter tout hiatus entre les différents régimes est celle de la proximité de l'intermédiaire de l'atteinte. Elle permet tant de combler les lacunes entre ces différents régimes (1.) que de déterminer la sévérité des obligations de vigilance auquelles seraient soumis les intermédiaires selon la proposition du présent travail (2.).

[755] Cf. supra n^os^ 8 ss.
[756] Cf. supra n^os^ 15 ss.
[757] Cf. supra n^os^ 38 ss.
[758] Cf. supra n^os^ 30 ss.

1. La proximité avec l'atteinte : critère déterminant le régime applicable

***122*. Le rôle de la proximité avec l'atteinte.** Il est évident que le terme « d'intermédiaire » couvre toute une série de services proposés sur l'Internet de nos jours. Tous les énumérer serait une tâche qui dépasserait le cadre du présent travail. Certains de ces services ne font que construire l'infrastructure de l'Internet. Ceci sont précisément les fournisseurs d'accès « classiques » et les moteurs de recherche « classiques ». D'autres services restent entièrement neutres envers les contenus stockés ou affichés. Un exemple en est le fournisseur d'un service de nuage à usage individuel. D'autres encore construisent leur modèle économique sur des contenus fournis par leurs utilisateurs tout en fournissant un service dit « socialement souhaitable », comme les opérateurs de marchés aux enchères en ligne ou de plateformes vidéos. Finalement il existe sur Internet bien évidemment aussi des fournisseurs qui encouragent leurs utilisateurs à commettre des contrefaçons et qui construisent leurs modèles économiques autour de la fourniture de contenus contrefaisants pour en tirer profit. L'exemple le plus marquant en est certainement la plateforme *The Pirate Bay*.

Le régime de responsabilité des intermédiaires se base sur trois piliers : la responsabilité directe pour communication au public, la responsabilité indirecte pour manquement à une obligation de vigilance et le régime des injonctions. Le troisième pilier ne permet que l'obtention d'une injonction obligeant l'intermédiaire à effacer ou à bloquer un certain contenu illicite. Pour cette raison, il ne requiert aucune action contrefaisante de la part de l'intermédiaire. Le deuxième pilier oblige, quant à lui, les intermédiaires à participer à la lutte contre les contenus contrefaisants en les soumettant à un système de notification et de retrait. L'intermédiaire qui viole une telle obligation peut donc voir sa responsabilité secondaire engagée, ce qui permet aux titulaires de droit d'obtenir des dommages et intérêts. Et finalement, le premier pilier comprend tous les intermédiaires qui, en raison de leurs services spécifiques, communiquent l'œuvre directement au public. Ils sont contraints de conclure des contrats de licence avec les titulaires de droit. Sinon, ils risquent de voir leur responsabilité directe engagée et de devoir payer des dommages et intérêts importants.

En analysant ce système et en examinant les conséquences juridiques que contient chaque pilier, il devient clair que la proximité de l'intermédiaire avec l'atteinte commise par son utilisateur revêt une importance particulière. Si l'on souhaite élargir le contenu du droit de communication au public, tel que proposé ci-dessus, de façon à ce qu'il couvre non seulement les actions commises par les utilisateurs qui téléchargent en amont une œuvre, mais également certaines actions commises par des intermédiaires en aval, ou si l'on souhaite introduire différentes obligations de vigilance, les une plus sévères que les autres, il est absolument crucial d'examiner à quel point l'intermédiaire contribue aux atteintes de ses utilisateurs et donc à quel point il se trouve proche de cette infraction.

***123*. Première catégorie : communication au public au lieu d'une responsabilité pour participation.** La réforme du droit de communication au public proposée ci-dessus élargirait le champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » de façon à ce qu'il englobe les actions de certains intermédiaires, secondaires par rapport à une éventuelle communication au public commise par leurs utilisateurs. La délimitation se ferait par le biais de la notion d' « acte de

communication » et non pas par celle de « public ». Cette première se définit par le rôle central de l'utilisateur de l'œuvre. La restructuration du droit de communication au public ne peut toutefois avoir pour effet d'absorber totalement les régimes nationaux de responsabilité pour participation.[759] Comme l'a bien précisé la jurisprudence anglaise, la fourniture de moyens ne constitue pas l'atteinte elle-même.[760]

Le rôle central de l'intermédiaire, lui-même utilisateur de l'œuvre, doit alors présenter une certaine intensité. La proposition faite est de le réduire aux cas dans lesquels l'intermédiaire construit son modèle économique autour des contrefaçons commises par ses utilisateurs, les y incite et en tire un profit. Dans ces cas l'intermédiaire, qui exploite les contrefaçons commises par ses utilisateurs, est tellement proche de ces atteintes qu'il est justifié d'affirmer une communication au public dite « secondaire ».

Cette conception se fait au détriment des régimes nationaux de responsabilité pour participation. Un tel empiètement est justifié par l'objectif d'une harmonisation effective des droits patrimoniaux.[761] Il ne paraît pas légitime que des actes si proches des atteintes commises par les utilisateurs du service soient traîtés de manière différente dans chaque État membre.[762] La conception ci-dessus va cependant moins loin que celle qu'a montré la Cour de justice à travers sa jurisprudence récente. Celle-ci inclut également la vente de lecteurs multimédia dans le contenu du droit de communication au public et se soustrait de surcroît à une délimitation concrète concernant les modèles économiques souhaitables. Ors, le vendeur d'un lecteur multimédia qui serait traditionnellement reconnu comme complice ou instigateur dans des cas similaires à celui de l'arrêt *Filmspeler*, ne joue pas un rôle central tel que requis par la présente proposition. La seule vente d'un tel dispositif ne permet pas, en soi, d'accéder aux œuvres protégées qui figurent sur un serveur étranger. Il faut que l'acquéreur le branche à sa télévision, choisisse le module particulier et se rende sur le site Internet pour pouvoir consommer les œuvres. Si alors le vendeur tire probablement un profit du fait qu'il facilite l'accès à un site Internet de partage de fichiers, sa fourniture de moyens ne correspond pas à une communication au public. Ses actions ne sont pas assez proches de l'atteinte commise par l'utilisateur sur Internet. La réforme proposée du droit de communication au public garantit donc tout à fait une marge d'application aux régimes nationaux de responsabilité secondaire non harmonisés pour participation.[763]

124. **Deuxième catégorie : obligations de vigilance renforcées.** Lorsque l'intermédiaire ne présente pas la proximité requise pour affirmer une propre communication au public, et donc ne propose pas un service socialement illégitime qui vise la commission de contrefaçons de la part de ses utilisateurs pour en tirer profit, il faut réfléchir à ses obligations de vigilance dans le cadre de sa responsabilité secondaire.

Un régime de responsabilité secondaire fondé sur le manquement à une obligation connaît un rôle important parmi les systèmes civilistes, même si des différences subsistent tant en ce qui

[759] Cf. à ce sujet supra n^{os} 8 ss.
[760] BIRSS J, Twentieth Century Fox Film Corporation v Sky UK Ltd [2015] EWHC 1082 (Ch), n° 42.
[761] Cf. également les conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR, aff. C-610/15, EU:C:2017:99, n° 3 – Ziggo BV ; F. HOFMANN, « Die Ausweitung der öffentlichen Wiedergabe als Ersatz für die Harmonisierung der Haftung von Beteiligten », ZUM 2017, p. 750, spéc. p. 751 ; M. LEISTNER, « Die „The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber », GRUR 2017, p. 755, spéc. p. 759.
[762] La directive « *Infosoc* » requiert d'ailleurs dans son considérant 4 un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle et précisément du droit d'auteur.
[763] À ce sujet cf. supra n° 13.

concerne son fondement juridique que ses conséquences.[764] L'idée demeure la même : celui qui viole une obligation et, ainsi, contribue de manière indirecte à une atteinte au droit d'auteur est responsable de ce fait.[765] Cette idée se prête à une harmonisation à l'échelle européenne. Même si l'harmonisation du régime de responsabilité secondaire et donc des obligations à la charge des intermédiaires serait une tâche bien difficile d'un point de vue politique, elle reste tout à fait possible.[766] Son besoin en tant que partie médiane d'un régime de responsabilité des intermédiaires excède d'ailleurs les difficultés probables d'un processus législatif.[767] Seule l'harmonisation de la responsabilité secondaire à côté des deux autres piliers permet l'obtention d'un juste équilibre entre les intérêts des auteurs et ayants droit, des opérateurs de plateformes et des internautes.[768]

Comme il a pu être montré, les exemptions de responsabilité figurant aux articles 12 à 14 de la directive « *e-commerce* » ont effectué le travail préparatoire d'une telle harmonisation.[769] Ceci devrait désormais aboutir à une harmonisation complète du régime de responsabilité secondaire pour violation d'une obligation de vigilance sous forme de procédure de notification et de retrait.

125. **Champ d'application.** Il reste à clarifier le champ d'application *ratione personae* d'un tel régime de responsabilité se fondant sur un système de notification et de retrait. Celui-ci dépendrait de nouveau de la proximité des intermédiaires de l'atteinte en cause. Ceci correspond également aux exemptions de responsabilité qui seraient transformés en conditions de fond d'une responsabilité.[770] Seuls les articles 13 et 14 de la directive « *e-commerce* » contiennent une obligation d'agir suite à la connaissance d'un contenu illicite. L'article 12 de la directive « *e-commerce* » privilégie, quant à lui, le fournisseur d'accès indépendamment de sa connaissance du contenu illicite et d'une certaine réaction de sa part. Il en ressort alors que les fournisseurs d'accès, intermédiaires avec la plus grande distance possible des infractions commises en ligne, sont exclus

[764] Cf. supra n^os^ 15 ss.
[765] Pour un aperçu des différentes conceptions de la causalité cf. C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright*, Wolters Kluwer, 2017, p. 340 ss.
[766] Cf. supra n^os^ 45 ss.
[767] L. MIDELIEVA, « Rethinking hyperlinking: addressing hyperlinks to unauthorised content in copyright law and policy », EIPR 2017, 39(8), p. 479, spéc. p. 486 s. ; E. ROSATI, « Intermediary IP injunctions in the EU and UK experiences: when less (harmonization) is more? », GRUR Int. 2017, p. 206, spéc. p. 215 ; C. SEVILLE, « Rhetoric and Reality: The Impact of Constitutional and Fundamental Rights on Intellectual Property Law, as Revealed in the World of Peer-to-Peer File Sharing », *in The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2013, p. 691, spéc. p. 707 ; d'autre avis A. RAHMATIAN, « European Copyright Inside or Outside the European Union: Pluralism of Copyright Laws and the "Herderian Paradox" », IIC 2016, p. 912, spéc. p. 937 s. ; également montrant une certaine prudence P. B. HUGENHOLTZ, « The dynamics of harmonization of copyright at the European level », *in Geiger [éd.], Constructing European Intellectual Property*, Edward Elgar, 2013, p. 273, spéc. p. 277.
[768] Également C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright*, Wolters Kluwer, 2017, p. 276 s. ; « Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe », [2013] IPQ p. 253, spéc. p. 273 ; L. MIDELIEVA, « Rethinking hyperlinking: addressing hyperlinks to unauthorised content in copyright law and policy » EIPR 2017, 39(8), p. 479, spéc. p. 486 s. ; A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 314 s. ; E. ROSATI, « Intermediary IP injunctions in the EU and UK experiences: when less (harmonization) is more? », GRUR Int. 2017, p. 206, spéc. p. 215 ; C. SEVILLE, « Rhetoric and Reality: The Impact of Constitutional and Fundamental Rights on Intellectual Property Law, as Revealed in the World of Peer-to-Peer File Sharing », *in The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2013, p. 691, spéc. p. 707 ; d'autre avis A. RAHMATIAN, « European Copyright Inside or Outside the European Union: Pluralism of Copyright Laws and the "Herderian Paradox" », IIC 2016, p. 912, spéc. p. 937 s. ; P. B. HUGENHOLTZ, « The dynamics of harmonization of copyright at the European level », *in Geiger [éd.], Constructing European Intellectual Property*, Edward Elgar, 2013, p. 273, spéc. p. 277.
[769] Cf. supra n^os^ 48 ss.
[770] Cf. supra n^os^ 48 ss.

du champ d'application *ratione personae* de la responsabilité secondaire découlant de la violation d'une obligation déclenchée par une procédure de notification et de retrait.

126. **Troisième catégorie : injonctions.** L'article 12 de la directive « *e-commerce* » contient l'idée selon laquelle l'intermédiaire, tel que le fournisseur d'accès « classique », qui a une grande distance des infractions commises par ses utilisateurs, ne peut pas voir sa responsabilité engagée et ce peu importe sa connaissance du contenu illicite. Le système des trois piliers tel que proposé par le présent travail prévoit donc une séparation entre régime de responsabilité secondaire et régime des injonctions. L'intermédiaire qui dépasse une certaine proximité de l'atteinte requise pour en faire découler des obligations de vigilance serait prioritairement traîté par le régime de responsabilité secondaire. Dans ces cas, le titulaire de droit ne pourra pas contourner les conditions de responsabilité, précisément le système de notification et de retrait, en demandant une injonction selon l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ». L'applicabilité de la procédure de notification et de retrait exlcut donc *a priori* la possibilité d'obtenir une injonction suivant le troisième pilier.

Inversement, l'intermédiaire qui présente une distance trop éloignée de l'atteinte primaire de sorte qu'il n'est pas soumis à la procédure de notification et de retrait, pourra uniquement être contraint d'effacer un contenu par le biais d'une injonction.[771] Une telle distance concerne les cas où l'intermédiaire ne fait que fournir l'infrastructure essentielle de l'Internet. Ceci vaut donc pour les fournisseurs d'accès « classiques » et pour les moteurs de recherche « classiques ».[772]

127. **Idée dite « notification et injonction ».** Alors qu'il faut nettement séparer le système de notification et de retrait d'un côté, et le régime des injonctions de l'autre, il s'est avéré utile d'utiliser le système des injonctions dans le cadre d'une procédure de notification et de retrait.[773] Ceci précisément dans les cas où la notification concerne un contenu qui n'est pas manifestement illicite. Étant donné les droits fondamentaux en cause, on ne peut pas obliger l'intermédiaire à effacer un tel contenu suite à une notification. La proposition faite est donc d'obliger l'intermédiaire à exprimer ses doutes concernant l'illicéité par avis motivé et de donner au titulaire de droit la possibilité de passer devant un juge qui déterminera si le contenu en cause est licite ou non.[774] Si le magistrat considère le contenu comme étant illicite, il pourra, par le biais d'une injonction, obliger l'intermédiaire à l'effacer.

En cas de doute concernant la licéité d'un contenu notifé, le système de notification et de retrait passera alors à un système que l'on pourrait dénommer de « notification et d'injonction ». Car la notification obligerait toujours l'intermédiaire à agir, notamment de répondre au notifiant par avis motivé. Ce ne serait toutefois que l'injonction prononcée par un juge qui l'obligerait à effacer le contenu.

---

[771] Cela correspond au régime prévu par les articles 12 § 3 de la directive « *e-commerce* » et 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ».
[772] Également M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaires*, Cambridge University Press, 2017, p. 226 s.
[773] Cf. supra n^{os} 58 ss.
[774] Cf. supra n° 60.

2. La proximité avec l'atteinte : critère déterminant le contenu des obligations de vigilance

***128*. Rapport entre proximité avec l'atteinte et obligation de vigilance.** En ce qui concerne le régime de responsabilité secondaire harmonisé, c'est à nouveau l'idée de la proximité avec l'atteinte qui déterminera le contenu précis des obligations de vigilance. L'imposition d'obligations à la charge des différents intermédiaires atteint justement ses limites lorsqu'elle dépasse le seuil de proportionnalité. Ce qui peut être raisonnablement attendu d'un intermédiaire dépend toutefois de son service particulier. L'intermédiaire qui optimise activement les œuvres fournies par ses utilistateurs, tout en restant en dessous du seuil de la communication au public, pourra légitimement être contraint non seulement d'effacer un contenu manifestement illicite notifié, mais également de prévenir sa réapparition suite à sa suppression. L'intermédiaire qui reste purement passif ne devra inversement que participer au système de notification et de retrait principal. Il est donc essentiel de déterminer les critères qui influencent la proximité avec l'intermédiaire de l'atteinte.

***129*. Activité économique socialement souhaitable.** Les trois ordres juridiques analysés dans le présent travail, aussi bien que la Cour de justice, attachent de l'importance au modèle économique particulier de l'intermédiaire dont la responsabilité est mise en cause. Il est alors tout à fait plausible, tant d'un point de vue national, qu'européen, de faire dépendre l'intensité des obligations de vigilance de l'activité commerciale poursuivie par l'intermédiaire.

Le premier critère décisif est donc la légitimité du service proposé par l'intermédiaire. L'intermédiaire agissant de manière légitime et socialement souhaitable n'a pas d'obligations de suppression ou de blocage avant d'avoir connaissance, de manière effective, de l'illicétié du contenu. Sa connaissance est déduite d'une notification complète.[775] En revanche, les intermédiaires proposant un service socialement illégitime, qui visent donc précisément la commission de contrefaçons par leurs utilisateurs, rentrent selon cette proposition dans le champ d'application du droit de communication au public. Au cas où une communication au public ne pourrait pas être affirmée en raison d'un manque de rôle central, il sera bien évidemment possible de soumettre un tel intermédiaire à des obligations de surveillance proactives.[776]

À partir du moment où l'intermédiaire propose un service socialement souhaitable, ses obligations découlent uniquement de la notification d'un contenu illicite. Elles varient en intensité selon la proximité de l'intermédiaire de l'infraction commise par son utilisateur. Plus l'intermédiaire est proche de la contrefaçon commise, plus ses obligations seront strictes.

***130*. Passivité de l'intermédiaire.** Un critère essentiel déterminant la proximité de l'atteinte peut être tiré des exemptions de responsabilité de la directive « *e-commerce* ». Celles-ci exemptent les intermédiaires qui reste purement passif et ne font que stocker les contenus de toute responsabilité, à condition qu'ils réagissent d'une certaine manière à la notification du contenu illicite. On trouve ici l'idée que la passivité de l'intermédiaire envers le contenu indique une certaine distance à l'infraction commise. Le simple stockage purement passif d'un contenu illicite ne peut donc pas justifier des obligations allant au-delà d'une participation au système de

[775] Cf. également la jurisprudence actuelle du *Bundesgerichtshof*, supra n° 18 et n° 57.
[776] Cf. à ce sujet la jurisprudence allemande, supra n^{os} 22 ss.

notification et de retrait. La passivité se définit par l'absence de mesures d'indexation qui optimisent la visibilité des œuvres.[777] Les hébergeurs, qui ne font que stocker les informations d'un tiers, tels que la plateforme *Dropbox*, doivent alors simplement effacer le contenu manifestement illicite suite à la notification ou, en cas de doutes légitimes quant à l'illicéité du contenu, rendre un avis motivé à l'expéditeur de la notification. Inversement, les plateformes qui vont au-delà d'un simple stockage, telles que *eBay* ou *YouTube*, doivent non seulement effacer ou bloquer un contenu illicite lors d'une notification, mais également empêcher sa réapparition.

131. **But lucratif poursuivi.** Un autre critère indiquant une certaine proximité de l'atteinte pourrait être le but lucratif poursuivi par l'intermédiaire. L'intermédiaire qui tire un profit des contenus en cause a bien évidemment un certain rapport avec ces contenus. D'ailleurs, ce qui peut être raisonnablement attendu d'un intermédiaire dans le cadre des obligations de vigilance dépend évidemment de ses possibilités techniques mais aussi financières. Il n'est donc pas surprenant que l'exercice de l'activité à but lucratif affecte l'intensité des obligations à la charge des intermédiaires dans les modèles nationaux.

La jurisprudence de la Cour de justice a élaboré une interdépendance des obligations de vigilance et du but lucratif. Dans un souci de ne pas trop restreindre l'activité de poser des liens sur Internet, elle lie les obligations (proactives) de surveillance à la poursuite d'un but lucratif.[778] On peut donc attendre d'une personne agissant à titre lucratif une augmentation de sa vigilance. Elle doit automatiquement réaliser « *les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertextes* ».[779] En revanche, la personne posant un lien à titre privé ne doit pas agir avant l'obtention d'une notification. Si cette jurisprudence concerne le contenu des droits patrimoniaux, on peut toutefois en tirer la conclusion que la poursuite d'un intérêt lucratif influence l'intensité de l'obligation de vigilance.

On pourrait alors proposer une imposition automatique d'une obligation de « *stay down* » aux intermédiaires agissant à titre lucratif. Ceci présente toutefois des risques. Le seuil d'une action à titre lucratif n'est après tout pas très élevé. Ce ne sont pas seulement les grandes plateformes comme *YouTube* ou *Amazon*, dont la responsabilité est généralement mise en cause par les titulaires du droit, qui agissent à titre lucratif. Si seul leur but lucratif commun entraînait déjà une obligation de vigilance élevée, cela constituerait un obstacle d'accès aux marchés considérable et discutable d'un point de vue des droits fondamentaux. Les grandes plateformes proposent d'ores et déjà des systèmes de filtrage qui empêchent la réapparition de contenus supprimés.[780] L'élaboration de tels systèmes est cependant très coûteuse. Même si les opérateurs de services plus petits que ceux de *YouTube* ou *eBay* nécessitent moins de filtrage dû à leur contenu réduit, le risque d'entraver leur exploitation commerciale protégée par les droits fondamentaux ne peut être ignoré.

La poursuite d'un but lucratif est alors un critère pertinent pour évaluer l'intensité des obligations qui ne peut toutefois pas être le seul critère décisif. Il faut plutôt reconnaître que les obligations de vigilance tirées des exemptions de responsabilité ne concernent de toute façon que

[777] Cf. à ce sujet supra n° 26.
[778] CJUE, aff. C-160/15, EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n° 51 – GS Media.
[779] CJUE, aff. C-527/15, EU:C:2017:300, Rec. num. 2017, n° 49 – Filmspeler.
[780] YouTube gère un système dénommé « Content ID », eBay offre un programme « VERO » (*verified rights owner-programm*). Ces deux programmes permettent aux titulaires de droit de rechercher des contenus contrefaisants et de les notifier à la plateforme qui les bloque ensuite.

les services « *presté*[s] *normalement contre rémunération* »[781]. Le but lucratif joue donc son rôle dans la naissance des obligations de vigilance. Il peut ensuite influencer leur intensité, ceci toutefois seulement en ayant recours à l'activité commerciale en cause.

132. **Quantité de contenus illicites.** La proximité de l'intermédiaire des atteintes commisent par ses utilisateurs pourrait également être influencée par la quantité de contenus illicites sur le site de l'intermédiaire. L'idée paraît très simple dans les cas extrêmes : l'opérateur d'un site sur lequel se trouvent de nombreux contenus illicites semble avoir une certaine proximité immédiate avec les atteintes alors que l'opérateur d'un site sur lequel se trouve une seule contrefaçon pourrait toujours se prévaloir d'une grande distance avec l'atteinte. Toutefois, l'analyse des ordres juridiques des différents États membres a fait ressortir des difficultés liées à la quantification de contenus illicites. À partir de quel pourcentage de contenus illicites devrait-on supposer une proximité plus grande de l'intermédiaire ? Étant donné que l'introduction d'un critère de quantité de contenus illicites agrandirait l'insécurité juridique, elle doit être traitée avec précaution.

133. **Critères indépendants.** Les critères nommés ci-dessus ne peuvent pas être conçus de manière rigide. Il correspond au rôle des magistrats de déterminer la proximité de l'intermédiaire en cause avec l'atteinte et donc de déterminer s'il a satisfait toutes ses obligations. Les juges seraient toujours libres d'accorder une importance majeure à un seul critère ou d'accentuer différents critères dans différents cas d'espèce. Une telle interaction souple entre les critères est nécessaire. La loi ne peut pas prévoir tous les modèles économiques des intermédiaires présents, ni ceux du futur. Elle ne peut donc pas déterminer au préalable la proximité de chaque intermédiaire et lister à la suite ses obligations. Cela correspond justement au devoir des juges qui appliquent la norme générale à une espèce particulière. La loi peut et doit simplement clarifier en avance le critère décisif qui serait celui de la proximité par rapport à l'atteinte.

134. **Plateformes à contenu généré par les utilisateurs « légitimes ».** Cela signifie pour le moment que les plateformes qui exercent une activité commerciale socialement souhaitable et légitime seraient soumises à une obligation d'agir à partir de la réception d'une notification. Les plateformes telles que *YouTube* ou *eBay* dépassent, selon les différentes conceptions nationales, le seuil de passivité requis par l'article 14 de la directive « *e-commerce* ».[782] Elles ont un intérêt à proposer un service attractif et offrent, à cette fin, la possibilité de consommer des œuvres protégées dont elles optimisent la visibilité, et d'agir de façon entièrement anonyme.

Selon la conception exposée ci-dessus, ces plateformes présentent alors une proximité assez grande avec les infractions commises dans le cadre de leurs services. Elles trouvent alors à leur charge des obligations élevées. [783] Elles doivent non seulement retirer un contenu illicite mais également empêcher sa réapparition sur la plateforme après sa suppression – sans qu'une nouvelle

[781] Article 2 sous a de la directive « *Infosoc* », revoyant vers l'article 1 § 2 de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE.
[782] Cf. supra n^{os} 30 ss.
[783] Pour une conception similaire en Allemagne cf. BGH, I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 (706) – Internet-Versteigerung III ; I ZR 304/01, BGHZ 158, 236 = GRUR 2004, 860 (864) – Internet-Versteigerung I ; LG Hamburg, 310 O 461/10, MMR 2012, 404 (406) – GEMA ; Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 287 – YouTube ; pour une conception similaire en France cf. supra n° 23.

notification de la part des titulaires de droit soit nécessaire.[784] Inversement, l'opérateur de plateforme qualifié d'hébergeur selon la conception de la directive « *e-commerce* » voit à sa charge la simple obligation de participer au système de notification et de retrait proposé.[785]

135. **Liens hypertextes.** La question de savoir s'ils rentrent dans le champ d'application personnel d'une procédure de notification et de retrait se pose également pour les liens hypertextes. En effet, ils constituent une base fondamentale d'Internet ce qui pourrait exclure une responsabilité secondaire.[786] Toutefois, celui qui fournit un lien hypertexte doit respecter une obligation de vigilance. La Cour de Justice s'est avancée sur ce terrain dans son arrêt *GS Media*. Alors que cet arrêt contient principalement des innovations significatives en ce qui concerne le contenu des droits patrimoniaux de l'auteur, on y trouve également un raisonnement permettant de savoir si une obligation de vigilance doit être reconnue. La Cour de justice estime dans cette affaire que la personne qui fournit un lien – et peu importe lequel – voit à sa charge une obligation de vigilance proactive pour les personnes agissant à titre lucratif.[787] Sinon l'obligation naît avec la connaissance de l'illicéité de la source. On retrouve ici, à nouveau, l'idée d'une procédure de notification et de retrait, du moins pour les liens posés sans but lucratif.[788] Si, selon la réforme de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » proposée ci-dessus, certaines formes de liens, notamment les liens encadrés, constituent d'ores et déjà une communication au public, l'instauration d'obligations de vigilance reste possible à l'encontre des autres types de liens. Étant donné qu'une présomption de connaissance ne convainc pas, les obligations des fournisseurs de liens résultent de leur connaissance, obtenue par notification.[789]

136. **Fournisseurs d'accès.** Comme il a été démontré ci-dessus, le fournisseur d'accès offre un service d'infrastructure indispensable et demeure de ce fait purement passif envers les contenus en ligne. Il a la distance la plus éloignée possible par rapport à l'infraction commise par un internaute. Pour cette raison, la proposition avancée par le présent travail n'inclut pas les fournisseurs d'accès « classiques », tels que définis par l'article 12 de la directive « *e-commerce* », dans le système de notification et de retrait.[790] Ils rentrent dans le régime prévu par le troisième pilier de la responsabilité des intermédiaires, celui des injonctions.

Le fait que la Cour de justice affirme que les articles 12 et 15 de la directive « *e-commerce* » ne s'opposent pas à l'imposition d'obligations proportionnées telles que la sécurisation

[784] Également Hans. OLG, 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370, n° 300 – YouTube ; LG Hamburg, 310 O 461/10, MMR 2012, 404 (406) – GEMA.
[785] Cela correspond également à l'interprétation de la jurisprudence française de l'article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, cf. Cass. civ. 1re, n° 09-15.857, 17 février 2011 – X/Amen ; n° 09-67.896, 17 février 2011, RLDI, 2011/69, n° 2281, p. 46 s., obs. Costes – Nord-Ouest films/Dailymotion.
[786] Cf. supra n° 125.
[787] CJUE, aff. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, Rec. num. 2016, n° 51 – GS Media.
[788] B. CLARK et J. DICKENSON, « Theseus and the labyrinth? An overview of "communication to the public" under EU copyright law: after Reha Training and GS Media Where are we now and where do we go from here? », EIPR 2017, 39(5), p. 265, spéc. p. 270 ; M. LEISTNER, « Closing the book on the hyperlinks: brief outline of the CJEU's case law and proposal for European legislative reform », EIPR 2017, 39(6), p. 327, spéc. p. 330 ; « Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-160/15 », ZUM 2016, p. 980, spéc. p. 981 ; A. OHLY, « Anmerkung », GRUR 2016, 1155, n° 9 ; J. SMITH et H. NEWTON, « Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement », EIPR 2016, 38(12), p. 768, spéc. p. 770.
[789] Cf. supra n° 24.
[790] Cf. supra n° 125.

d'un réseau par mot de passe à la charge des fournisseurs d'accès[791], n'influence pas ce constat. Ces arrêts rendus par la Cour ne concernaient pas la responsabilité secondaire des fournisseurs d'accès. Car le déclencheur de telles obligations prévues par la Cour de justice reste toujours l'injonction prononcée par un juge.[792]

Une question qui se pose toutefois est celle de savoir si les fournisseurs d'accès à Internet WiFi privés pourraient rentrer dans le champ d'application *ratione personae* du régime de responsabilité secondaire. Ceux-ci ne sont pas qualifiés de fournisseurs d'accès selon la directive « *e-commerce* ».[793] En termes de proximité de l'atteinte, il paraît qu'ils se trouvent plus près de l'atteinte commise par le biais de leurs réseaux qu'un fournisseur d'accès « classique ». La proximité résulte ici du fait qu'ils permettent à des personnes tierces d'utiliser leurs réseaux. Ils connaissent alors généralement le contrefacteur direct. D'ailleurs, ils peuvent avoir l'obligation de sécuriser leurs réseaux comme le montrent les exemples français et allemand.[794]

Étant donné que les exemptions de responsabilité prévues par la directive « *e-commerce* » ne touchent pas les titulaires d'accès à Internet WiFi privés, leur transformation en conditions de fond d'un régime de responsabilité ne toucherait pas non plus la possibilité des États membres de prévoir des obligations à leur charge. Ils devraient toutefois veiller à ce que le principe de proportionnalité soit respecté. Étant donné leur passivité, il faudrait alors exiger leur connaissance de l'atteinte comme condition de toute obligation. Cette obligation ne pourra ensuite pas aller au-delà d'une simple participation au système de notification et de retrait.

137. **Moteurs de recherche.** Les moteurs de recherche présentent également une grande distance par rapport aux atteintes commises en ligne en ce qui concerne leur activité classique de référencement. En France, la vision large de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle permet toutefois d'obliger les moteurs de recherche à dé-indexer les sites illicites par le biais d'une injonction.[795] La *Störerhaftung* obtient le même résultat : à partir de sa connaissance du contenu manifestement illicite, l'opérateur du moteur de recherche doit désindexer le site web.[796]

Étant donné leur rôle primordial dans le fonctionnement d'Internet, une assimilation aux fournisseurs d'accès paraît équitable. Au vu de leur distance par rapport aux infractions commises sur Internet, la désindexation de sites illicites devrait alors suivre le système non pas de notification et de retrait, mais celui des injonctions. Les moteurs de recherche et les fournisseurs d'accès étant indéniablement les intermédiaires les plus éloignés d'une contrefaçon en ligne et proposant un service fondamental, n'ont pas d'obligation d'action suite à une éventuelle notification. Les

[791] CJUE, aff. C-484/14, EU:C:2016:689, Rec. num. 2016, n^{os} 101 s. – McFadden.
[792] Contrairement à la notification de la part des titulaires de droit qui déclenche la procédure de notification et de retrait et donc la responsabilité secondaire de l'intermédiaire en cas de violation de ses obligations.
[793] Cf. supra n° 26.
[794] En France cf. article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle ; en Allemagne cf. BGH, I ZR 19/16, BeckRS 2017, 108569, n° 15 – Loud ; I ZR 121/08, BGHZ 185, 330 = GRUR 2010, 633, n^{os} 23 s. – Sommer unseres Lebens. Selon la nouvelle conception allemande de l'article 8 § 4 de la loi sur les télémédias, l'ordonnance d'une sécurisation par mot de passe est pourtant soumise à la compétence du juge ce qui exclut une obligation proactive, cf. surpa n° 29 ; La Cour fédérale allemande l'avait auparavant jugé inversement à plusieurs et affirmé une obligation de sécurisation par mot de passe proactive, cf. supra n° 24.
[795] « *Considérant d'abord que contrairement à ce que prétendent les intimées, le texte précité n'a pas entendu limiter son application aux seuls hébergeurs et fournisseurs d'accès dès lors la formule générale et non limitative « toute personne susceptible de contribuer à y remédier »;* » CA Paris, n° 10/19845, 3 mai 2011, RLDI 2011/72, n° 2385, p. 26, obs. Costes – SNEP/Google France.
[796] La suppression équivaut ici la dé-indexation, cf. LG Köln, 28 O 75/15, openJur 2015, 15797, n° 20.

titulaires de droit ont cependant la possibilité de demander une injonction à leur encontre par le biais de laquelle ils pourraient être contraints de bloquer l'accès à un contenu ou de le désindexer.

Toutefois, il est devenu clair que les moteurs de recherche tels que *Google* ou *Yahoo* n'opèrent pas seulement un seul service d'indexation classique. Ils offrent une grande variété d'autres services tels que les services de *Google Vidéo* ou *Blogger.com*. Leurs obligations doivent alors toujours être analysées en fonction du service particulier en cause. Si on ne peut pas admettre, dans le cadre du régime de responsabilité secondaire, une obligation de dé-indexation du service d'indexation classique, ceci ne préjudicie pas l'introduction d'obligations concernant les autres branches de leurs services qui vont au-delà d'une simple indexation. Si par exemple la société *Google* stocke des vidéos qu'elle affiche dans le cadre de son service *Google Vidéo*, le titulaire d'un droit violé pourrait bien entendu demander la suppression d'une vidéo contrefaisante par le biais du système de notification et de retrait et donc, *a priori*, sans avoir recours au juge.[797]

Conclusion de la Section I

La présente section met en exergue la nécessité de clarifier la synergie des différents régimes juridiques traités. La responsabilité secondaire d'un intermédiaire pour manquement à une obligation de surveillance se trouve justement entre la responsabilité primaire découlant d'une atteinte directe au droit d'auteur et la possibilité d'obtenir une injonction (en cessation) à l'encontre d'un intermédiaire, dont le service a été utilisé pour porter atteinte au droit d'auteur. La ligne de démarcation entre communication au public et responsabilité secondaire se trouve là où un intermédiaire offre un service dont le modèle économique central est conçu autour de la commission de contrefaçons par ses utilisateurs pour en tirer profit. Toute indexation et structuration de contenus en-dessous de cette limite ne peut être considérée comme étant une communication au public. Le seul régime de responsabilité qui est alors applicable est celui de la responsabilité secondaire.

La responsabilité secondaire, quant à elle, connaît deux faits générateurs majeurs : la participation à l'atteinte et le manquement à une obligation de vigilance qui cause le dommage. Ce dernier nécessite une harmonisation au niveau européen. Le régime proposé ci-dessus rattache les obligations de vigilance au modèle économique en cause. Des obligations surgissent uniquement quand une certaine proximité avec l'atteinte peut être démontrée. Cela exclut du champ d'application de la responsabilité secondaire les fournisseurs d'accès « classiques » et les opérateurs de moteurs de recherche « classiques », car leurs services ne font que fournir l'infrastructure de l'Internet. Tant le fournisseur de cache que l'hébergeur ont, en revanche, une telle proximité. Étant donné leur passivité, ils ne sont toutefois qu'obligés à participer au système de notification et de retrait. Ils doivent alors supprimer tout contenu manifestement illicite qui leur est notifié.

Les opérateurs de plateformes qualifiés d'actifs, qui ne rentrent donc pas dans le champ d'application des exemptions de responsabilité, ont des obligations plus sévères. Ils doivent non

[797] Ainsi déjà CA Paris, n° 09/11737, 14 janvier 2011 – Google/Compagnie des phares et balises ; n° 09/11779, 14 janvier 2011 – Google/Bac Films et The Factory ; n° 09/11729, 14 janvier 2011 – Google/Bac Films ; TGI Paris, n° 08/03717, 24 juin 2009 – Lafesse/Google ; n° 06/11874, 19 octobre 2007, JurisData n° 2007-344344 = CCE 2007/12, comm. 143 – Zadig Productions/Google.

seulement participer au système de notification et de retrait, mais également empêcher la réapparition des contenus effacés.

Les intermédiaires concernés par le régime de responsabilité secondaire harmonisé auront alors des obligations déclenchées par l'obtention d'une notification. À défaut d'agir, ils verront leur responsabilité secondaire engagée. Ce régime de responsabilité exclut par principe la possibilité d'obtenir une simple injonction suivant l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ».[798] La seule exception prévue concerne les cas de doutes légitimes sur la licéité du contenu notifié. Ici, l'intermédiaire ne devra pas supprimer le contenu, mais exprimer ses doutes par avis motivé. Ensuite, le titulaire de droit pourra demander au juge de déterminer la nature du contenu et, en cas d'illicéité, de prononcer une injonction à l'encontre de l'intermédiaire.

Les services ayant la plus grande distance à l'infraction, notamment la fourniture d'accès et l'opération d'un moteur de recherche « classique », ne présentent à leur tour pas la proximité de l'infraction nécessaire pour voir déclencher des obligations de vigilance à partir de leur connaissance. Ils n'ont alors aucune obligation d'agir en présence d'une simple notification privée. Ils seraient exclus du système de notification et de retrait. Une action à leur encontre demeure possible dans le cadre des injonctions.

Section II Proposition de réforme

Il est toujours plus facile d'évoquer des lignes de conduite d'une proposition de réforme que de réellement esquisser et présenter une réforme concrète. Cela est pourtant nécessaire (1.) afin d'entamer une réflexion sur une possible transposition par les États membres (2.).

1. Réforme concrète du droit de communication au public et d'une responsabilité secondaire harmonisée

138. **Communication au public : nature de la réforme.** Si le législateur européen voulait adopter des propositions de délimitation du droit de communication au public, il devrait réfléchir à leur transposition particulière. Or cela touche tant la nature d'une réforme que son libellé concret. En ce qui concerne la nature de la réforme, il aurait deux possibilités majeures : l'adoption d'un règlement de droit d'auteur ou la réforme par le biais d'une directive. Une simple recommandation (article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) ne suffirait pas, étant donné qu'une réforme en la matière est nécessaire et fondamentale.[799] Compte tenu de l'effet direct dans tous les États membres d'un règlement, il présente l'avantage d'éviter tout problème de transposition. Il manque pour l'instant toutefois le consensus nécessaire à l'adoption d'un règlement européen en matière de droit d'auteur.[800] Étant donné que le législateur européen est

[798] Cela ne signifie pas que titulaire de droit ne pourra pas intenter une action à l'encontre de l'intermédiaire fondé sur le fait que celui-ci n'aurait pas satisfait ses obligations. Cette action ne se fera toutefois pas par une injonction, mais par une action civile.

[799] Cf. également la critique de H. SCHACK, « Europäische Urheberrechts-Verordnung: erwünscht oder unvermeidlich? », *in Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, Mohr Siebeck, 2010, p. 173, spéc. p. 182.

[800] Pour une réglementation par règlement : M. RICOLFI, « Towards an EU Copyright Code? A Conceptual Framework », *in New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2016, p. 447 ss. ; H. SCHACK, « Europäische Urheberrechts-Verordnung: erwünscht oder unvermeidlich? », *in Europäische Perspektiven des*

avisé de ne plus perdre de temps en ce qui concerne une réforme du droit de communication au public, celle-ci pourrait alors voir le jour par le biais d'une directive, voire être insérée dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.[801] Cette approche aurait l'avantage de compenser les incohérences apparentes dans cette proposition de directive. Étant donné l'état avancée du processus législatif, il reste cependant plus réaliste de réformer l'article 3 de la directive « *Infosoc* » par une nouvelle directive.

139. **Responsabilité secondaire : règlement ou directive.** Pour ces mêmes raisons, l'instauration d'un régime de responsabilité secondaire harmonisé devrait se faire par le biais d'une nouvelle directive, voire la directive proposée par la Commission le 16 septembre 2016 et discutée à l'heure actuelle.[802] Un consensus européen nécessaire pour l'adaptation d'un règlement de droit d'auteur n'a pas encore été trouvé.

Outre la directive « *Infosoc* », le régime de responsabilité secondaire pourrait être introduit au sein de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Cette approche aurait l'avantage d'être universellement applicable en matière de propriété intellectuelle. La responsabilité secondaire pour manquement à une obligation ne dépend pas des spécificités du droit d'auteur. Une règle générale serait alors envisageable. Cependant, la directive 2004/48/CE concerne la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle et non pas les exigences de fond. Celles-ci se trouvent dans différentes directives. En ce qui concerne le droit d'auteur, c'est justement la directive « *Infosoc* » qui contient les règles matérielles. On pourrait alors instaurer le régime de responsabilité secondaire harmonisé dans son quatrième chapitre, plus précisément son premier sous-chapitre (« dispositions communes »). Il concernerait tout d'abord les obligations des intermédiaires, avant de prévoir en son article 8 les conséquences d'une atteinte et les injonctions. Cette solution convainc grâce à sa rigueur systématique. Le régime de responsabilité secondaire pour manquement à une obligation de surveillance n'aurait alors d'effet qu'en matière de droit d'auteur. Il pourrait toutefois servir d'incitation pour codifier ultérieurement au sein d'un règlement, une partie générale intitulée « droit de la propriété intellectuelle ».[803] D'ailleurs, les États membres seraient libres d'interpréter leurs régimes de responsabilité secondaire en droit des marques, de brevets ou de concurrence déloyale suivant le système proposé.

140. **Responsabilité secondaire : clause générale ou clauses spéciales.** En ce qui concerne l'harmonisation d'un régime de responsabilité secondaire, il faut de plus choisir le genre de disposition que l'on souhaite introduire : une clause générale ou des clauses spéciales. Une des raisons pour lesquelles les exemptions de responsabilité ont posé autant de problèmes tient au fait qu'elles ne valent que pour des activités particulières prévues au début des années 2000, qui

---

Geistigen Eigentums, Mohr Siebeck, 2010, p. 173, spéc. p. 182 s. ; contre : M. WALTER, « Du développement du droit d'auteur européen durant la dernière décennie et du rôle de la Cour de justice de l'Union européenne », *in Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 785, spéc. p. 787.

[801] Cf. également P. SIRINELLI et J.-A. BENAZERAF et A. BENSAMOUN, *Mission droit de communication au public*, 2016, p. 56 ss.

[802] Également L. MIDELIEVA, « Rethinking hyperlinking: addressing hyperlinks to unauthorised content in copyright law and policy », EIPR 2017, 39(8), p. 479, spéc. p. 487.

[803] En ce qui concerne la codification d'un droit de propriété intellectuelle cf. A. OHLY, « Europäische Grundsätze des Geistigen Eigentums? », *in Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, Mohr Siebeck, 2010, p. 190, spéc. p. 193 ss. ; M. RICOLFI, « Towards an EU Copyright Code? A Conceptual Framework », *in New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2016, p. 447 ss.

n'existaient plus sous cette forme, déjà quelques années après. Afin d'éviter ces problèmes d'adaptation technologique, l'harmonisation de la responsabilité secondaire devrait avoir une portée globale et générale. Ce qui est d'ailleurs l'objectif d'une norme, le fait de posséder un caractère général. Ce sont ensuite les magistrats qui seront compétents pour interpréter la norme dans les cas particuliers. Ceux-ci doivent veiller, d'un côté à conserver leur flexibilité quand ils seront amenés à traiter des nouveaux modèles économiques, et de l'autre, à maintenir un cadre juridique fiable. Il est alors essentiel de déterminer les valeurs de base d'une responsabilité secondaire fondée sur la violation d'une obligation de vigilance. Celles-ci reposent essentiellement sur l'idee d'une graduation des obligations selon la proximité de l'atteinte, en prenant en compte l'activité commerciale en cause, le but lucratif et le principe de proportionnalité. Ceci renforcerait la sécurité juridique sans pour autant restreindre la flexibilité des juges. En outre, une sécurité juridique absolue n'est pas garantie face à la vitesse de la transformation numérique. L'instauration d'une clause générale de responsabilité réduirait toutefois les risques à un niveau tolérable. Elle mettrait d'ailleurs un terme aux difficultés liées aux exemptions de responsabilité qu'elle transformerait en conditions de fond.

141. Libellé. Le droit de communication au public devrait alors, selon les propositions avancées par le présent travail, être réformé de la manière suivante.

Article 1 Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés

(1) Un troisième paragraphe est ajouté à l'article 3 de la directive 2001/29/CE qui suit :

La notion de communication au public est définie comme étant un acte de communication qui doit être fait à un public.

La notion de public se distingue du cercle familial et des amis proches.

La personne qui joue un rôle central concernant la permission d'accéder à l'œuvre effectue un acte de communication au public.

Un tel rôle central existe lorsqu'il ressort d'une perspective globale de toutes les circonstances pertinentes que l'utilisateur en cause vise à rendre possible la consommation d'œuvres illicites en construisant son modèle économique autour de la commission de contrefaçon et en tire profit.

La simple indexation et l'optimisation de contenus ne permettent pas de considérer l'existence d'un tel rôle central.

(2) L'article 3 § 3 devient l'article 3 § 4 de la directive 2001/29/CE.

Les considérants pourraient de plus préciser que le contenu du droit de communication au public suit le droit international et que le contournement de mesures techniques de protection relève, quant à lui, du champ d'application de l'article 6 de la directive « Infosoc ».

Ensuite, le régime de responsabilité indirecte découlant d'un manquement à une obligation propre pourrait avoir le libellé qui suit :

Article 2 Responsabilité indirecte des intermédiaires

(1) Celui qui fournit un service de la société de l'information au sens de l'article 1 § 2 de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE, est responsable du dommage qu'il cause indirectement par manquement fautif à une obligation de surveillance.

Pour déterminer le montant des dommages et intérêts par redevance de licence, le juge prend en compte la nature indirecte de l'atteinte.

(2) Les obligations de surveillance ne s'appliquent qu'aux fournisseurs de services qui créent un risque de commission de contrefaçons. La création d'un tel risque est évaluée en fonction de la proximité du fournisseur du service à l'égard de l'atteinte en cause. Le simple transport au sens de l'article 12 de la directive 2000/31/CE et l'indexation de sites par un moteur de recherche sont trop éloignés des atteintes commises en ligne pour faire naître des obligations de surveillance.

(3) Le fournisseur d'un service qui ne vise pas la commission de contrefaçons de la part de ses utilisateurs (« service socialement souhaitable ») est soumis à une obligation de surveillance dès que ce dernier a connaissance du contenu illicite, par notification conformément au système de notification et de retrait prévu par l'article 3.

(4) Par « obligations de surveillance » est généralement entendu une obligation de suppression ou de blocage d'un contenu illicite. Le fournisseur d'un service limité à un stockage durable ou un stockage dit « caching » au sens des articles 13 et 14 de la directive 2000/31/CE, voit à sa charge une obligation de faire, conformément au système de notification et de retrait prévu par l'article 3. Le fournisseur d'un service allant au-delà du simple stockage passif peut se voir imposer des obligations plus sévères, notamment l'obligation d'empêcher la réapparition d'un contenu bloqué ou supprimé sans qu'une nouvelle notification ne soit nécessaire.

Article 3 Notification et retrait

(1) L'opérateur d'un service de la société de l'information qui exploite un service socialement souhaitable est considéré avoir connaissance d'une contrefaçon au sens de l'article 2 § 3 dès la notification de l'atteinte par l'auteur ou l'ayant droit.

(2) La notification doit comporter les éléments cumulatifs suivants :

a) noms, prénoms et domicile du notifiant;

b) justification de la détention de droits ;

c) description des faits litigieux ;

d) localisation précise de l'atteinte.

(3) La notification complète engendre une obligation de faire de l'intermédiaire au sens de l'article 2 § 4.

a) Lorsqu'un contenu manifestement illicite est notifié à l'intermédiaire, celui-ci a l'obligation de supprimer ou de bloquer immédiatement l'accès à ce contenu.

b) Lorsque l'intermédiaire a des doutes légitimes quant à la présence d'une atteinte, il est obligé de les communiquer au notifiant par avis motivé. Celui-ci a ensuite la possibilité de demander une injonction suivant l'article 8 § 3 de la directive

2001/29/CE. Si l'atteinte est confirmée, et en conséquence une ordonnance est prononcée, l'intermédiaire supporte la charge des coûts.

L'intermédiaire supporte également les coûts d'exécution de l'ordonnance.

c) Le fait de ne pas réagir ou de réagir de manière insuffisante à une notification revient à une violation de l'obligation de faire.

(4) Les États membres condamnent toute notification abusive. Une personne qui présente aux intermédiaires un contenu ou une activité licite comme étant illicite, dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, doit être sanctionnée.

(5) Il revient au notifiant de prouver la réception de la notification.

2. Transposition par les États membres

142. **Transposition de l'article 1 de la proposition de réforme.** Une réforme par directive rend indispensable sa transposition par les États membres. Afin d'éviter des problèmes de transposition tels que l'ont connus la directive « *e-commerce* » et la directive « *Infosoc* », il demeure utile d'évoquer les possibilités de transposition des trois États membres analysés. Étant donné que l'article 1 proposé ci-dessus réforme l'article 3 de la directive « *Infosoc* », le point de départ de sa transposition se trouve dans les transpositions existantes du droit de communication au public.

Les normes de transposition de l'article 3 de la directive « *Infosoc* », précisément l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle français, la section 20 du Code de propriété intellectuelle britannique et l'article 15 § 2 du Code de droit d'auteur allemand, doivent être interprétées à la lumière du droit européen. Cela pourrait rendre une transposition réelle de l'article 1 proposé superflue. Car il suffirait d'interpréter les normes de transposition suivant l'article 1.

En droit français et en droit allemand, une vraie transposition de l'article 1 proposé semble cependant judicieuse. Le droit français et allemand contiennent à présent plusieurs articles concernant des différents cas de communication au public.[804] Comme le présent travail a pu le préciser, il n'est cependant pas souhaitable d'insérer, aus sein du droit de communication au public, des catégories de toutes les formes de communication concevables. La transposition de l'article 1 proposé pourrait alors donner une impulsion nécessaire tant en Allemagne qu'en France pour règlementer le droit de communication au public dans une (seule) norme allégée.[805]

143. **Transpositions nationales des obligations de vigilance.** La transposition du régime de responsabilité secondaire harmonisé pourrait en outre se faire à côté des régimes de responsabilité primaire. Le troisième titre du troisième livre de la première partie du Code de la propriété intellectuelle français (*Prévention, procédures et sanctions*) concerne la responsabilité en cas d'atteinte au droit d'auteur. Son cinquième chapitre prévoit la responsabilité pénale du contrefacteur, suivi du sixième chapitre contenant les articles L. 136-1 et suivants, instaurés par la

[804] Articles L. 122-2 à L 122-2-2 du Code de la propriété intellectuelle français, articles 19 à 22 du Code de droit d'auteur allemand.
[805] Cf. également A. OHLY, *Urheberrecht in der digitalen Welt*, C.H.Beck, 2014, p. 60.

loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine. La présente proposition de réforme ne laisserait aucune place pour ces règles d'ailleurs critiquables qui pourraient alors être abrogées en faveur du régime de responsabilité secondaire proposé. Le désavantage d'une transposition au sein du Code de propriété intellectuelle serait toutefois la limitation du régime de responsabilité aux cas de violations du droit d'auteur, voire d'un droit de propriété intellectuelle. Une autre possibilité de transposition des articles 2 et 3 proposés semble alors favorable. Le régime de responsabilité secondaire proposait pourrait être inclu au sein de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Celle-ci contient déjà le régime de responsabilité pour faute caractérisée des hébergeurs en son artilce 6-I-2 et une procédure de notification et de retrait en son article 6-I-5. La transposition des articles 2 et 3 proposés pourrait alors se faire au sein de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

Si le Royaume-Uni voulait, après sa sortie de l'Union européenne, importer le modèle proposé, il devrait réformer le Code de propriété intellectuelle britannique.[806] Le sixième chapitre de sa première partie (*Remedies for Infringement*) se prêterait à ces fins – par exemple en instaurant une nouvelle section après la section 97 du Code précité. Comme en France, la procédure de notification et de retrait serait insérée dans la section 22 de la loi sur le commerce éléctronique qui institue un tel système.

En Allemagne, une instauration des articles 2 et 3 proposés dans la partie quatre, deuxième section (*Rechtsverletzungen*), première sous-section (*Bürgerlich-rechtliche Vorschriften; Rechtsweg*) du Code du droit d'auteur semble idéale, par exemple à la suite de l'article 97 du Code de droit d'auteur en tant qu'articles 97a et 97b.[807]

144. **Actions en absence d'une réforme européenne.** Tant que le législateur européen demeure inactif, les législateurs nationaux ont deux possibilités d'agir. Ils peuvent d'un côté montrer le bon exemple en transposant de manière proactive le système proposé. Dans ce cas, ils encourraient toutefois le risque qu'un nouvel arrêt de la Cour de justice rende leurs lois contraires au droit de l'Union. D'ailleurs, en ce qui concerne l'article 1 proposé ci-dessus, les États membres ne sont pas compétent à réformer le droit de communication au public.

Tant que le droit de communication au public n'est pas encadré de manière raisonnable, la Cour de justice pourrait de plus continuer son extension et entraver par ce biais le champ d'application des régimes de responsabilité secondaire nationaux. Les États membres seraient alors bien avisés d'encourager une réforme européenne. Entre temps, ils resteraient libres d'interpréter leurs régimes juridiques à la lumière des propositions faites aux articles 2 et 3.

La présente analyse a cependant fait ressortir des déséquilibres indépendants de l'instauration d'un régime de responsabilité secondaire européen qui pourraient être abordés par les États membres en question. Les articles L. 136-1 et suivant du Code de la propriété intellectuelle français doivent être abrogés en raison de leur inconformité au droit de l'Union. Le législateur britannique pourrait, quant à lui, reconsidérer le rôle de l'autorisation entre responsabilité primaire et secondaire. La plus grande urgence à agir subsite toutefois en Allemagne, où le législateur n'a toujours pas produit de véritable transposition de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* ».

[806] Compte tenu de la longueur du processus législatif au niveau européen et le délai de transposition, il faut estimer que le Royaume-Uni ne sera plus obligé à transposer la réforme proposée ci-dessus ou toute nouvelle directive en la matière.

[807] Également A. OHLY, « Die Verantwortlichkeit von Intermediären », ZUM 2015, p. 308, spéc. p. 315.

Conclusion du Chapitre II

Il ressort de l'analyse précédente que la limite entre le droit de communication au public et la responsabilité secondaire dépend du modèle économique de l'intermédiaire. L'intermédiaire dont l'activité repose sur la fourniture d'œuvres contrefaisantes par ses utilisateurs pour en tirer profit joue un rôle qui peut être qualifié de « central » dans le sens de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » (réformé). Lorsqu'il reste en dessous de ce seuil pertinent, sa responsabilité peut toujours être engagé sur un autre fondement, notamment celui d'un manquement à une obligation. Le régime de responsabilité secondaire proposé fait dépendre l'intensité des obligations de vigilance de la proximité de l'intermédiaire avec l'atteinte. Seuls les intermédiaires qui ne font que fournir l'infrastructure de l'Internet sont trop éloignés des contrefaçons commises sur Internet afin d'avoir des obligation de surveillance. Ils relèvent du régime des injonctions.

Conclusion du Titre second

Le droit de communication au public doit faire l'objet d'une réforme afin de clarifier non seulement son étendue, mais également sa cohabitation avec le régime de responsabilité secondaire harmonisé, tel que proposé par le présent travail. Cette réforme doit éviter de créer des catégories au sein de la notion de communication au public. Il est préférable de se concentrer sur les principes fondamentaux ressortant des conventions internationales. Ni la connaissance de l'utilisateur, ni son but lucratif ou l'illicéité d'une source ne jouent un rôle dans la détermination d'un acte de communication au public. La limitation nécessaire se fait par le biais du critère d'acte de communication qui exige un rôle central de l'utilisateur. Les intermédiaires qui agissent en aval d'une communication au public commise par un internaute ne jouent un tel rôle que lorsqu'ils construisent leur modèle économique autour de la commission de contrefaçons et en tirent un profit. Tout autre intermédiaire échappe à une responsabilité primaire, ce qui ne signifie toutefois pas qu'il ne pourrait pas être tenu responsable en raison d'un manquement à une obligation ayant contribué à l'atteinte primaire. Dans le but d'une harmonisation effective, ces obligations devraient être instaurées au niveau européen. Une réforme devrait faire dépendre leur intensité de la proximité de l'intermédiaire avec l'atteinte – excluant les intermédiaires dont les services n'augmentent pas de manière considérable le risque de contrefaçons commises par leurs utilisateurs.

Conclusion de la deuxième partie

Le droit de communication au public souffre d'une dénaturation par la jurisprudence de la Cour de justice qui modifie ses conditions et devient ainsi imprévisible. Au lieu de se concentrer sur les deux conditions fondamentales, celle d'un acte de communication et celle d'un public, la

Cour se lance dans une distinction entre « public » et « public nouveau » en faisant appel aux différentes circonstances selon le cas précis. Ceci a abouti à une jurisprudence qui se distancie du droit international et du libellé de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». L'intervention du législateur est alors nécessaire. Une réforme doit toutefois prendre en compte la tendance universelle à appréhender au moins certains intermédiaires sous l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». Au vu du développement du « *value gap* », elle pourrait alors consolider une interprétation économique du droit de communication au public qui serait toutefois ramené à son contenu prévu par le droit international. Au lieu de continuer une fragmentation au sein de l'article 3 de la directive « *Infosoc* », le législateur pourrait de ce fait renoncer à l'influence de certains critères non décisifs, tels que la connaissance de l'atteinte ou l'illicéité d'une source et déterminer la communication au public en fonction de la présence d'un acte de communication. Celui-ci comprend tout à fait certaines activités d'intermédiaires qui visent la commission de contrefaçons de la part de leurs utilisateurs comme le montre le droit britannique.

Ensuite, lorsque les critères fondamentaux du droit de communication au public seront trouvés et renforcés, sa relation aux régimes de responsabilité secondaire devra être clarifiée. Une réforme de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » ne résout pas à elle seule les problèmes existants. Pour éviter son extension continue par la Cour de justice en tant que quasi-législateur, le législateur européen serait alors bien avisé de profiter de la proposition de directive pour oser franchir le pas vers l'harmonisation d'un régime de responsabilité secondaire pour manquement à une obligation de vigilance qui toucherait tous les intermédiaires ayant une certaine proximité avec la contrefaçon commise en augmentant son risque de commission.

Conclusion générale

Compte tenu de la croissance exponentielle des contrefaçons commises en ligne, la possibilité d'engager la responsabilité des intermédiaires techniques devient un enjeu majeur afin de garantir un recours effectif aux titulaires de droit. Toutefois, il n'existe pas un régime unique de « responsabilité des intermédiaires » ce qui rend d'autant plus essentiel de cerner et de délimiter les différents fondements juridiques d'une telle responsabilité. Le présent travail poursuit une double finalité. Il s'efforce, premièrement, de clarifier les rapports entre les différents régimes existants. Il propose, deuxièmement, après avoir clarifié les différents régimes et consolidé une base, de restructurer les régimes de responsabilité en introduisant une responsabilité secondaire harmonisée et en précisant quelles sont ses limites supérieures face à la responsabilité découlant d'une atteinte directe au droit d'auteur.

Comme il a pu être démontré, la responsabilité des intermédiaires s'articule en fonction des cas d'espèce et se divise en trois régimes juridiques qu'il faut distinguer. La responsabilité primaire, d'abord, couvre les actes qui portent par eux-mêmes directement atteinte au droit d'auteur. Ce sont notamment les actes de reproduction, de communication au public et de distribution d'une œuvre protégée. La responsabilité secondaire, ensuite, englobe tous les actes qui contribuent d'une manière ou d'une autre à la contrefaçon commise par un tiers. Le régime d'injonctions, enfin, permet aux titulaires de droit de contraindre l'intermédiaire non responsable à un acte d'assistance qui met un terme à ou qui prévient la contrefaçon en ligne.

Les bases légales de ces régimes de responsabilité se trouvent tant au niveau européen qu'au niveau national. L'acquis communautaire contient certaines règles fondamentales au sein des directives dite « *e-commerce* » et « *Infosoc* ». Il aborde cependant le problème de la responsabilité des intermédiaires de manière lacunaire. La conception du législateur européen au début des années 2000 était la suivante : les internautes, qui ont obtenu de plus en plus de possibilités d'agir sur Internet, sont désormais capable de porter atteinte au droit d'auteur de multiples manières. Ceux qui effectuent certains actes réservés aux auteurs commettent alors une contrefaçon directe. À ce sujet, la directive « *Infosoc* » a instauré des droits patrimoniaux dans ses articles 2 à 4 dont l'atteinte engage la responsabilité directe du contrefacteur. Cependant, le législateur européen s'est rendu compte que les intermédiaires techniques pouvaient voir leur responsabilité indirecte engagée par rapport aux infractions commises par leurs utilisateurs. Il a donc instauré au sein de la directive « *e-commerce* », trois exemptions de responsabilité pour certains intermédiaires purement passifs, notamment le fournisseur d'accès, de cache et d'hébergement. Cela devait encourager les intermédiaires à développer leurs modèles économiques sans encourir des risques de responsabilité. Pour préserver un juste équilibre entre les droits des intermédiaires et les droits des auteurs, le législateur européen a toutefois subordonné l'application des exemptions de responsabilité du fournisseur de cache et de l'hébergeur à un comportement de leur part : ils ne peuvent se prévaloir de ces exemptions que si, lorsqu'ils obtiennent connaissance d'un contenu illicite, ils l'effacent promptement. De plus, la directive « *Infosoc* » contient une obligation à l'égard des États membres

de prévoir la possibilité d'obtenir des injonctions à l'encontre des intermédiaires dans son article 8 § 3.

Le droit communautaire prévoit ainsi certaines règles concernant les intermédiaires. D'un côté, il prévoit des droits patrimoniaux des auteurs dont la possibilité de violation de la part d'un intermédiaire doit être examinée. De l'autre, il définit des cas dans lesquels un intermédiaire ne peut pas être tenu pour responsable des infractions commises par le biais de son service. Le droit communautaire n'introduit toutefois aucun régime de responsabilité secondaire des intermédiaires. Celui-ci provient du droit national des États membres.

Les régimes nationaux de responsabilité indirecte connaissent généralement deux faits générateurs distincts : la contribution à l'atteinte et la violation d'une obligation de vigilance. Face au manque d'harmonisation du régime de la responsabilité secondaire et à ses liens étroits avec le droit des délits et, partiellement, le droit pénal, les systèmes nationaux divergent profondément dans les trois États membres étudiés.

Au Royaume-Uni, il n'existe aucune responsabilité secondaire pour manquement à une obligation de vigilance. La seule base légale d'une responsabilité secondaire est le régime de « *joint tortfeasance* ». Il appréhende seulement les intermédiaires qui encouragent la commission de contrefaçons de la part de leurs utilisateurs. Ce concept se confond avec le principe d'autorisation. Celui-ci veut que l'intermédiaire qui autorise ses utilisateurs à commettre des contrefaçons commet lui-même une contrefaçon directe. Les critères permettant d'affirmer une autorisation et ceux qui définissent la *joint tortfeasance* se superposent. Les intermédiaires qui encouragent leurs utilisateurs à commettre une contrefaçon, comme par exemples certaines plateformes de partage de fichiers de pair à pair, autorisent généralement aussi la commission des infractions par leurs utilisateurs. Si l'intermédiaire reste en-dessous du seuil de la *joint tortfeasance*, comme il a été affirmé pour *eBay* ou *YouTube*, voire les fournisseurs d'accès, les titulaires de droits ne sont pas en mesure de demander des dommages et intérêts à son encontre. Ils peuvent uniquement agir par le biais des injonctions. Étant donné que le régime de responsabilité secondaire britannique obéit à des conditions strictes, les magistrats anglais se servent alors des injonctions de manière très flexible et pragmatique afin de préserver les droits d'auteur violés en ligne.

Alors que les obligations de vigilance n'existent pas au Royaume-Uni, la responsabilité pour manquement à une telle obligation est la base légale la plus importante à l'encontre des intermédiaires en Allemagne. La responsabilité dite « de nuisance » (« *Störerhaftung* ») couvre tous les cas de violation d'une obligation de contrôle. Les obligations des intermédiaires sont alors très élaborées. Leur intensité dépend de la proximité de l'intermédiaire par rapport à l'atteinte primaire. Le fournisseur d'un service tel que *eBay* qui tire un profit des ventes réalisées sur son site peut donc avoir à sa charge l'obligation non seulement de retirer un contenu illicite, mais également d'empêcher sa réapparition. Bien que la *Störerhaftung* dépende d'un manquement à une obligation reprochable à l'intermédiaire, elle limite ses conséquences juridiques à la cessation de l'atteinte. Il n'est quasiment pas possible d'obtenir des dommages et intérêts à l'encontre d'un

intermédiaire en Allemagne. Étant donné les conséquences juridiques de la *Störerhaftung* limitées à la cessation, la jurisprudence allemande s'en sert non seulement en tant que régime de responsabilité secondaire, mais également en tant que base légale des injonctions.

En ce qui concerne la distinction claire des trois piliers de la responsabilité des intermédiaires, l'ordre juridique français pourrait alors être qualifié de précurseur. Il distingue, d'une part, la contrefaçon directe de la contrefaçon indirecte, voire de la responsabilité pour faute, et, d'autre part, celle-ci du régime des injonctions de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle. La responsabilité secondaire peut être engagée en cas de faute de l'intermédiaire. Fondée sur la LCEN, pareille faute réside, pour les intermédiaires privilégiés tels que les hébergeurs, dans le non-respect de la procédure de notification et de retrait. Les magistrats français ont alors transformé les conditions des exonérations de responsabilité en condition de fond d'une éventuelle responsabilité secondaire pour faute *qualifiée*. Une difficulté majeure de la jurisprudence française concernait alors la définition de la notion d'hébergeur entraînant l'application du régime de responsabilité pour faute caractérisée.

Les faits générateurs et les conséquences juridiques des régimes nationaux de responsabilité secondaire varient donc de manière considérable. Cela ne semble ni justifiable, étant donné la nature globale des actions des intermédiaires, ni nécessaire d'un point de vue juridique. Le droit communautaire pourrait et devrait harmoniser les obligations des intermédiaires dans le cadre d'une responsabilité secondaire, au lieu de se limiter à l'instauration de certaines exemptions de responsabilité qui sont vite dépassées par les évolutions techniques. La Cour de justice fait un premier pas vers l'harmonisation d'obligations à la charge des intermédiaires dans sa jurisprudence récente. Cette jurisprudence ne concerne toutefois pas un régime de responsabilité secondaire dont l'instauration reviendrait au législateur européen, mais le contenu des droits patrimoniaux des auteurs, notamment le droit de communication au public prévu à l'article 3 de la directive « *Infosoc* ».

Le droit de communication au public est devenu un droit primordial afin de faire face aux défis du web 2.0. Il a deux éléments constitutifs : un acte de communication, qui doit être fait à un public. À l'époque de son instauration, il était clair que toute personne qui téléchargait en amont une œuvre contrefaisante sur un site Internet portait atteinte au droit de communication au public. Au fur et à mesure des évolutions techniques, la Cour de justice a cependant élargi le champ d'application de l'article 3 de la directive « *Infosoc* » de façon à ce qu'il comprenne certains services d'intermédiaires.

Dans un premier temps, la Cour de justice s'est servie de différents critères afin de distinguer si un comportement « secondaire » d'un intermédiaire, qui agit à côté de son utilisateur, pouvait être qualifié de communication au public. L'acte de communication requiert tout d'abord un rôle central de l'utilisateur de l'œuvre. L'intermédiaire qui fournit l'infrastructure d'un service dont l'utilisateur se sert pour commettre une contrefaçon ne peut donc *a priori* pas être considéré comme communiquant l'œuvre lui-même. Quant au public, celui-ci se compose d'un grand nombre de personnes et doit, dans les cas où l'œuvre en question a déjà été communiquée (par un

internaute), être « nouveau ». Il doit donc se distinguer du public que l'auteur a pris en compte lors de l'autorisation de première communication. Un public nouveau n'est cependant pas requis si la deuxième communication, ou la communication « secondaire », utilise un mode technique différent comparé à la première communication.

Par la suite, la Cour de justice s'est servie de critères supplémentaires afin de déterminer si les activités de certains intermédiaires pouvaient être considérées comme étant une communication au public alors que leurs utilisateurs commettaient une communication « primaire ». En utilisant des critères tels que la connaissance de l'illicéité, une présomption de connaissance en cas de but lucratif et le rôle central de l'intermédiaire, la Cour de justice a affirmé l'existence d'un public nouveau et, en conséquence, une communication au public dans les cas de la plateforme *The Pirate Bay*, du lecteur multimédia *Filmspeler* ou encore d'un fournisseur de liens renvoyant à une source illicite. Pour parvenir à ses fins, la Cour de justice emploie des critères subjectifs tels que la connaissance par l'intermédiaire de l'atteinte primaire. Elle en fait découler des obligations de surveillance dont la violation entraîne la responsabilité non pas secondaire, mais la responsabilité primaire de l'intermédiaire. Ceci est toutefois contraire aux principes de droit d'auteur. D'un point de vue systématique, l'atteinte à un droit patrimonial ne dépend pas de critères subjectifs. La seule commission d'un acte défini aux articles 2 à 4 de la directive « *Infosoc* » correspond à un dommage que subi l'auteur. La violation d'une obligation de surveillance n'influence donc *a priori* pas la qualification d'un acte en tant qu'acte de communication au public. Il ressort également de l'analyse des régimes juridiques nationaux que les obligations de vigilance, notamment l'accomplissement d'un certain acte à partir de la connaissance de l'atteinte primaire, sont un élément classique des régimes de responsabilité secondaire – tout au moins en France et en Allemagne.

En élargissant le champ d'application du droit de communication au public, la Cour de justice a donc réduit le rôle des régimes de responsabilité secondaire qui était jusqu'alors applicables dans les systèmes nationaux à des intermédiaires comme *The Pirate Bay* ou *Filmspeler*. La Cour de justice a fait du droit de communication au public une sorte de « bassin collecteur » des formes d'usages sur Internet. Elle a ainsi étendu ses propres compétences de manière considérable. Au lieu de renvoyer les affaires devant les tribunaux nationaux en raison de la nature secondaire de la responsabilité en cause, la Cour de justice a fait le choix de faire entrer les cas précis dans le champ d'application du droit de communication au public. Afin d'éviter une dénaturation du droit de communication au public d'un côté et de clarifier les limites entre responsabilité primaire et responsabilité secondaire de l'autre, le présent travail propose alors une réforme globale.

En ce qui concerne la réforme du droit de communication au public, celle-ci devra prendre en compte le fait que les droits patrimoniaux, en tant que droits exclusifs, représentent le cœur du droit d'auteur qui assure aux auteurs l'exploitation de leurs œuvres. Il n'est cependant ni utile pour leur mise en œuvre, ni pertinent d'un point de vue sociétal, de les définir de manière trop large. Si l'on admet alors qu'une certaine tendance à appréhender quelques comportements secondaires en tant qu'atteinte directe existe, celle-ci doit connaître des limites raisonnables. Pour les instaurer, le présent travail propose d'opérer un retour aux fondamentaux qui ont été posés par les traités

internationaux. Il faudrait alors, dans un premier temps, renoncer au critère du public nouveau. Celui-ci n'a aucune base légale, ni au niveau international, ni au niveau européen. Tant le droit communautaire que les conventions internationales prévoient que le droit de communication au public ne s'épuise pas lors d'une première communication. Une nouvelle communication à un même public doit toujours être considérée comme étant une communication au public. Le public doit alors se définir comme tout groupe de personnes qui se distinguent du cercle de famille et des amis proches. Étant donné sa définition large, ce n'est donc pas le critère du public qui pose la limite essentielle, mais celui de l'acte de communication.

L'utilisateur doit jouer un rôle central dans l'accessibilité de l'œuvre. Les actes de communication « primaires » sont alors clairement identifiables. Ce sont les actes qui rendent directement accessible une œuvre sur un site particulier comme par exemple le fait de télécharger en amont un œuvre ou le fait de poser un lien encadré qui rend l'œuvre directement visible sur le site en cause. En ce qui concerne les actes de communication « secondaires », l'intermédiaire joue le rôle central requis par l'article 3 de la directive « *Infosoc* » réformé lorsqu'il encourage ses utilisateurs à commettre des contrefaçons et en tire profit. Son service pourrait alors être qualifé d'*offre concurentielle*, voire *parasitaire* à celle de l'auteur. Cela justifie l'assimilation de ses actions qui ne rendent pas en soi l'œuvre accessible sur Internet à une communication au public. En ce qui concerne les plateformes à contenu généré par les utilisateurs, il est alors évident que la simple organisation des contenus et leur indexation ne peut être considéré comme étant parasitaire à l'offre de l'auteur et donc comme revenant à une communication au public. Il en va de même pour les formes de liens hypertextes autres que les liens encadrés. Ils ne font que faciliter l'accès à l'œuvre et relèvent ainsi du champ d'application de la responsabilité secondaire, et ce peu important la nature licite ou illicite de la source, la connaissance de l'illicéité ou l'accessibilité du site source.

Cette définition universelle du droit de communication au public éviterait une fragmentation de son contenu par l'introduction de plusieurs catégories au sein de l'article 3 de la directive « *Infosoc* ». Le rôle central de l'utilisateur serait alors le critère décisif pour effectuer une délimitation entre la responsabilité primaire et la responsabilité secondaire sans qu'il soit nécessaire de lister tous les types possibles de communication. Le fait de s'appuyer sur le rôle central est d'ailleurs désirable dans la mesure où tout régime de responsabilité dépend d'un comportement (action ou omission) de l'auteur.

Ensuite, en ce qui concerne l'harmonisation d'un régime de responsabilité secondaire, il est proposé par le présent travail de transformer les exemptions de responsabilité existantes en conditions de fond et de les intégrer dans un système d'obligations de vigilance. La base d'un tel régime serait l'harmonisation d'une procédure de notification et de retrait. Car, pour faire naître des obligations à la charge des fournisseurs de services dit « socialement souhaitables », qui visent donc un usage licite de leurs services de la part des utilisateurs, il sera nécessaire qu'ils obtiennent connaissance des contenus illicites par notification de ces derniers. Cela assurerait la sécurité juridique et permettrait aux plateformes de facultativement rechercher des contenus illicites sans encourir le risque de voir leur responsabilité engagée.

Lorsque l'intermédiaire aura reçu une notification complète, celui-ci se verra alors imposé une obligation de faire. Celle-ci se traduit par une obligation de supprimer le contenu notifié en cas d'illicéité manifeste. En cas d'illicéité moins évidente ou de doutes sur l'illicéité du contenu, l'obligation de faire à la charge de l'intermédiaire se transformerait en une obligation de communiquer ses doutes par avis motivé. Dans ces cas précis, l'auteur serait toujours protégé par la possibilité de demander une injonction suivant l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » à l'encontre de l'intermédiaire, qui devra supporter la charge des coûts si celle-ci est prononcée.

Le contenu précis des obligations de surveillance dépend de la proximité de l'intermédiaire par rapport à l'atteinte principale et donc de son modèle économique. Car, en termes de proportionnalité des obligations, il est tout à fait admissible d'exiger qu'un intermédiaire qui se situe juste en dessous du seuil d'une communication au public, qui est donc actif, qui optimise le contenu illicite et en tire un profit sans pour autant fonder son modèle économique sur la commission de contrefaçons, fasse un effort plus important dans la lutte contre ces contenus qu'un intermédiaire purement passif. Les intermédiaires ayant une certaine proximité par rapport à l'infraction principale, comme par exemple *YouTube* ou *eBay*, seraient alors non seulement obligés de participer à la procédure de notification et de retrait, mais également d'empêcher la réapparition d'un contenu supprimé sans qu'une nouvelle notification devienne nécessaire (obligations dite de « *stay down* »). En revanche, les intermédiaires qui présentent une plus grande distance aux infractions, comme par exemple les services de stockage en nuage, n'auraient qu'une obligation de participer au système de notification et de retrait.

La proximité de l'atteinte serait évaluée par le juge au cas par cas. Le critère le plus important qui suggère une certaine proximité avec l'atteinte est la nature active ou passive du service de l'intermédiaire. L'intermédiaire qui stocke un contenu de manière purement passive et entre, de ce fait, dans le champ d'application de l'article 14 de la directive « *e-commerce* », présente une distance assez importante par rapport aux contenus contrefaisants, tandis que l'intermédiaire qui indexe et optimise le contenu et qui est donc actif au vu du contenu en cause, doit être estimé comme proche de l'atteinte, ce qui justifie une obligation de *stay down.* Outre l'activité neutre ou non du fournisseur de services, les magistrats peuvent prendre en considération le but lucratif de l'activité de l'intermédiaire ou encore la quantité de contenus contrefaisants sur son site pour déterminer sa proximité avec l'atteinte.

En raison du caractère décisif de la proximité par rapport à l'atteinte, le système de responsabilité secondaire proposé exclut par sa nature certains intermédiaires qui se trouvent à une distance tellement grande des infractions commises en ligne que l'imputation d'une obligation de vigilance ne paraît plus adéquate. Ces intermédiaires sont précisément le fournisseur d'accès « classique » et les moteurs de recherche d'indexation « classiques ». Ces services qualifiables de purement complémentaires à l'offre de l'auteur ne seraient appréhendables que par injonction prononcée par un juge.

Le présent travail a pu montrer que la volonté de parvenir à un rapport clair entre responsabilité primaire, responsabilité secondaire et injonctions requiert certainement l'élaboration d'un projet de réforme majeur et complexe. Une telle clarification aurait cependant pour effet d'apporter une sécurité juridique accrue. En se fondant justement sur les valeurs communes des États membres, il est envisageable de parvenir à un consensus européen. Parmi les différentes approches possibles, la proposition faite par le présent travail répondrait aux problèmes que pose la responsabilité des intermédiaires et rendrait, pour revenir à la citation de A. EINSTEIN, son maniement le plus simple possible, mais pas plus simple.

Bibliographie

La liste ci-dessous contient les références consultées et citées dans la thèse allemande et son résumé français.

ABRAR, SASCHA : *EuGH: Gewinnerzielungsabsicht und Kenntnis der Rechtsverletzung lösen Linkhaftung aus*, GRUR Prax. 2016, p. 450.

AHRENS, HANS-JÜRGEN : *Erfolgs- und Verhaltensunrecht in der Rechtesprechung des I. Zivilsenats – Wirkungszusammenhänge mit der Störerhaftung?*, in : Festschrift für Wolfgang Büscher, édité par Hans-Jürgen Ahrens, Joachim Bornkamm, Karl-Heinz Fezer, Thomas Koch, Mary-Rose McGuire et Gert Würtenberger ; Cologne 2018, p. 423 – 439 [Carl Heymanns Verlag].

21 Thesen zur Störerhaftung im UWG und im Recht des Geistigen Eigentums, WRP 2007, p. 1281 – 1290.

Störerhaftung als Beteiligungsform im Deliktsrecht, in : Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, édité par Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller et a., Tome I ; Munich 2007, p. 3 – 21 [C.H.Beck].

ALEXY, ROBERT : *The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. 1 (2017), p. 31 – 47.

ALLGROVE, BEN/GANLEY, PAUL : *Search engines, data aggregators and UK copyright law: a proposal*, EIPR 2007, 29(6), p. 227 – 237.

AMSCHEWITZ, DENNIS : *Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht* ; Tübingen 2008 [Mohr Siebeck].

ANGELOPOULOS, CHRISTINA : *European Intermediary Liability in Copyright. A Tort-Based Analysis* ; Alphen aan den Rijn et a. 2017 [Wolters Kluwer].

Axel Voss's JURI Report on Article 13 Would Violate Internet Users' Fundamental Rights, Kluwer Copyright Blog du 29 juin 2018 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/29/axel-vosss-juri-report-article-13-violate-internet-users-fundamental-rights/.

Are Blocking Injunctions against ISPs Allowed in Europe? Copyright Enforcement in the Post-Telekabel Legal Landscape, GRUR Int. 2014, p. 1089 – 1096.

Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe, (2013) IPQ, p. 253 – 274.

APEL, SIMON/STOLZ, ALEXANDER : *Letzter Halt vor einer Zeitenwende im WLAN-Störerhaftungsregime - Anmerkung zu BGH ZUM 2017, 672 - WLAN-Schlüssel*, ZUM 2017, p. 674 – 687.

ARENS, PETER : *Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlass einstweiliger Verfügungen*, in : Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, édité par Hans Claudius Ficker, Detlef König, Karl F. Kreuzer, Hans G. Leser, Wolfgang Frhr. Marschall von Bieberstein et Peter Schlechtriem ; Tübingen 1978, p. 75 – 86 [J.C.B.Mohr (Paul Siebeck)].

AREZZO, EMANUELA : *Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?*, IIC 2014, p. 524 – 556.

ARNOLD, RICHARD/DAVIES, PAUL : *Accessory liability for intellectual property infringement: the case of authorisation*, (2017) 133(Jul) LQR, p. 442 – 468.

ASSOCIATION LITTERAIRE ET ARTISTIQUE (ALAI) : *Résolution relative aux propositions européennes du 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par la voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés* ; disponible sous http://www.alai.org/assets/files/resolutions/170218-value-gap-fr.pdf.

Résolution à la suite du congrès de l'ALAI tenu en 2015 à Bonn concernant certaines propositions visant à baser les droits d'exploitation sur un système global de rémunérations ; disponible sous http://www.alai.org/assets/files/resolutions/20160914-resolution-Bonn_fr.pdf.

Avis. Proposé au Comité Exécutif et adopté lors de sa réunion du 17 septembre 2014 sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public ; disponible sous http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf.

Rapport et Avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et du droit de communication au public sur Internet ; disponible sous http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf.

Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet ; disponible sous http://www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf.

ASTAIX, ANTHONY : *Contenus protégés : Dailymotion n'est pas un contrefacteur*, Recueil Dalloz 2009, p. 1410 – 1412.

Le statut juridique des plateformes électroniques d'enchères, Dalloz actualité du 8 juillet 2008.

AZZI, TRISTAN : *Le projet de code européen du droit d'auteur : une étrange idée*, Recueil Dalloz 2012, p. 1193 – 1194.

La responsabilité des nouvelles plates-formes : éditeurs, hébergeurs ou autre voie ? in : Colloque de l'IRPI, Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0 ; Paris 2009, p. 59 – 75 [LexisNexis].

La loi du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé, CCE 2007/7-8, étude 16.

AZZI, TRISTAN/BENABOU, VALERIE-LAURE/BENSAMOUN, ALEXANDRA/MARTIAL-BRAZ, NATHALIE/ZOLYNSKI, CELIA/TREPPOZ, EDOUARD : *Que penser du projet global européen du droit d'auteur ?* Petites affiches, juin 2012, n°130, p. 55 – 59.

VON BAR, CHRISTIAN : *Entwicklung und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten*, JuS 1988, p. 169 – 174.

Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht ; Cologne et a. 1980 [Carl Heymanns Verlag].

Entwicklung und rechtssaatliche Bedeutung der Verkehrssicherungspflichten, JZ 1979, p. 332 – 337.

BARBRY, ÉRIC/OLIVIER, FREDERIQUE : *Responsabilité sur Internet : le droit commun, encore et toujours !* JCP G 2000, n° 13, 2000, II 10279.

La responsabilité des prestataires d'hébergement sur l'Internet, JCP G 1999, n° 23, II 10101.

BARRAUD, BORIS : *Droit 1.0, droit 2.0, droit 3.0 ? Les NTIC, mille défis pour les juristes*, RLDI 2017/134, n° 4997, p. 41 – 50.

BAUR, FRITZ : *Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 - Zugleich ein Beitrag zum Problem der Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Güterschutzes*, AcP 160 (1961), p. 465 – 493.

BBC NEWS : *Government drops website blocking*, BBC News du 3.8.2011 ; disponible sous http://www.bbc.com/news/technology-14372698.

BECK'SCHER ONLINE-KOMMENTAR : *Bürgerliches Gesetzbuch*, édité par Heinz Georg Bamberger et Herbert Roth ; 46ième édition [C.H.Beck].

Grundgesetz, édité par Volker Epping et Christian Hillgruber ; 29ième édition [C.H.Beck].

Informations- und Medienrecht, édité par Hubertus Gersdorf et Boris P. Paal ; 16ième édition [C.H.Beck].

Urheberrecht, édité par Hartwig Ahlberg et Horst-Peter Götting ; 11ième édition [C.H.Beck].

ZPO, édité par Volkert Vorwerk et Christian Wolf ; 23ième édition [C.H.Beck].

BECK'SCHER ONLINE-GROßKOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH : *Band zum Deliktsrecht*, édité par Andreas Spickhoff ; éditeurs du droit civil : Gsell, Beathe/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Myer, Jörg/Henssler, Martin [C.H.Beck].

BEIGNIER, BERNARD/DE LAMY, BERTRAND/ DREYER, EMMANUEL [éd.] : *Traité de droit de la presse et des médias* ; Paris 2009 [Litec].

BELLIA, PATRICIA L./SCHIFF BERMAN, PAUS/POST, DAVID G. : *Cyberlaw. Problems of Policy and Jurisprudence in the Information Age*, 3 ième édition ; St. Paul 2007 [Thomas West].

BENABOU, VALERIE-LAURE : *La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle*, Dalloz IP/IT 2016, p. 531 – 536.

Quelles solutions pour les UGC en France ? Juris art etc. 2015, n° 25, p. 20 – 24.

Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, du 15 février 2014, disponible sous http://juriscom.net/wp-content/uploads/2014/02/hyp20140217.pdf.

Droits patrimoniaux – Communication au public – Télévision connectée – Responsabilité de la transmission, PI 2013, n° 47, p. 208 – 212.

Définition du droit de communication au public – Lien cliquable – Compétence des États membres, PI 2013, n° 46, p. 82 – 83.

Codification de la propriété intellectuelle 1992-2012… in : Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30e anniversaire de l'IRPI, Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris, le 28 novembre 2012 ; Paris 2013, p. 141 – 162 [LexisNexis].

Notion de communication au public – Droit à rémunération équitable, PI 2012, n° 45, p. 429 – 434.

Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes, PI 2012, n° 43, p. 140 – 153.

Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009), RLDI 2009/52, n° 1732, p. 63 – 73.

Le processus d'harmonisation communautaire du droit d'auteur, JCl. Europe Traité, fasc. 1770; 26.3.2003.

La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire, CCE 2001/10, p. 8 – 11.

BENABOU, VALERIE-LAURE/ZOLYNSKI, CELIA : *Quelle réforme du droit d'auteur pour l'Union européenne ?* Recueil Dalloz 2014, p. 731 – 732.

BENAZERAF, JOSEE-ANNE : *Qualification et responsabilité des sites contributifs*, Dalloz IP/IT 2016, p. 173 – 177.

BENHAMOU, FRANÇOISE/FARCHY, JOËLLE : *Droit d'auteur et copyr*ight, 3ième édition ; Paris 2014 [Edition La Découverte].

BENKARD, GEORG [fond.] : *Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz. Patentkostengesetz*, 11ième édition ; Munich 2015 [C.H.Beck].

BENSAMOUN, ALEXANDRA : *Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne*, Dalloz IP/IT 2016, p. 182 – 186.

Réflexions sur la jurisprudence de la CJUE : du discours à la méthode, PI 2015, n° 55, p. 139 – 142.

BENSAMOUN, ALEXANDRA/GROFFE, JULIE : *Répertoire de droit civil. Création numérique*, édité par Éric Savaux ; octobre 2013, dernière mise à jour en juin 2014.

BENSAMOUN, ALEXANDRA/SIRINELLI, PIERRE : *Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin...* Recueil Dalloz 2015, p. 1672 – 1677.

BENTLY, LIONEL/SHERMAN, BRAD : *Intellectual Property Law*, 4ième édition ; Oxford 2014 [Oxford University Press].

BERBERICH, MATTHIAS : *Zwischenstand zur Haftung von Plattformbetreibern als Intermediäre bei der Werkverwertung*, GRUR-Prax 2017, p. 269 – 271.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO : *La communication au public dans la doctrine de la Cour de justice de l'Union européenne*, in : Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas, édité par Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Agnès Lucas-Schloetter et François-Xavier Lucas ; Paris 2014, p. 35 – 46 [Lexis-Nexis].

BERNAULT, CARINE : *Régime de responsabilité des intermédiaires techniques – Acte de reproduction ou représentation imputable à l'hébergeur (non) – Exception au droit d'auteur (non)*, PI 2015, n° 55, p. 202 – 203.

Diffusion non autorisée de vidéos sur une plate-forme en ligne – Plate-forme qualifiée d'hébergeur (oui) – Défaut de prompte réaction – Concurrence déloyale (oui), PI 2015, n° 54, p. 73 – 76.

BERTRAND, ANDRE R. : *Droit d'auteur 2011/2012*, 3ième édition ; Paris 2010 [Dalloz].

BESSELINK, LEONARD F.M. : *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction*

between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions, disponible sous https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjnwZLjx5fdAhVvMewKHQonACIQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fpure.uva.nl%2Fws%2Ffiles%2F1863964%2F122194_The_Protection_of_Fundamental_Rights_post_Lisbon_FINAL_corrected.doc&usg=AOvVaw1HWOuUXJOx6bWNSa1kSHw4.

BITAN, HUBERT : *Réflexions sur la loi « Création et Internet » et sur le projet de loi « HADOPI 2 »*, RLDI 2009/51, n° 1703, p. 121 – 126.

BLOCHE, PATRICK : *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles et de l'éducation sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine. Assemblée Nationale, N° 3583*; 17 mars 2016, disponible sous http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3583.pdf.

BÖHLER, ROLAND : *Einstweilige Verfügungen in Patentsachen*, GRUR 2011, p. 965 – 971.

BOIRON, PATRICK/MIRAT, ÉLEONORE : *La loi HADOPI : beaucoup de bruit pour rien ?* RLDI 2009/51, n° 1702, p. 117 – 120.

BOOS, SABINE : *Carrier's Liability for Patent Infringement Under German Law*, IIC 2010, p. 428 – 441.

BORGES, GEORG : *Die Haftung des Internetanschlussinhabers für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte*, NJW 2014, p. 2305 – 2310.

BORGHETTI, JEAN-SEBATIEN : *Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017*, Recueil Dalloz 2017, p. 770 – 777.

BORNKAMM, JOACHIM : *E-Commerce Directive vs. IP Rights Enforcement. Legal Balance Achieved?* GRUR Int. 2007, p. 642 – 644.

BREESE, PIERRE/DREYFUSS-BECHMANN, LAURENCE/RODA, CAROLINE/KAISER, ALAIN : *Étude comparée sur les dommages et intérêts alloués dans le cadre des actions en contrefaçon en France, au Royaume-Uni et en Allemagne* ; janvier 2014, disponible sous https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/etudes-et-statistiques/etudes/dommages-interets-dans-actions-en-contrefacon.pdf.

BRIEM, STEPHAN : *Die Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Wiedergabe" in der Entscheidungspraxis des EuGH – zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil AKM/Zürs.net*, GRUR Int. 2017, p. 493 – 497.

BRIGHT, SUSAN : *Liability for the Bad Behaviour of Others*, 21 Oxford Journal of Legal Studies, (2001), p. 311 – 330.

BRIGOLA, ALEXANDER : *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gefüge der EU-Grundfreiheiten – Steuerungsinstrument oder Risikofaktor? Eine Analyse am Beispiel des freien Warenverkehrs*, EuZW 2017, p. 406 – 412.

BRITZ, GABRIELE : *Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof*, EuGRZ 2015, p. 275 – 281.

BRUGUIERE, JEAN-MICHEL : *Injonction de l'article L. 336-2 du CPI*, PI 2016, n° 60, p. 344 – 346.

Mise à disposition de liens hypertextes permettant de télécharger des œuvres contrefaites –

Complicité par fourniture de moyens (non) – Contrafaçon par diffusion (oui), PI 2015, n° 57, p. 431 – 432.

Communication au public – Streaming en direct, PI 2015, n° 56, p. 276 – 277.

Liens hypertextes – Framing – Communication au public (non), PI 2015, n° 54, p. 51 – 53.

BRUNET, JULIEN : *Internet - Copyright - « The Pirate Bay » : restriction à la liberté d'expression justifiée,* Juris art etc. 2013, n° 2, p. 11.

BRUNNER, LISL : *The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content. The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after Delfi v Estonia*, Human Rights Law Review, 2016, 16, p. 163 – 174.

BRÜß, MIRKO : *Hamburg court applies GS Media fort he first time in Germany*, JIPLP 2017, Vol. 12, No. 3, p. 164 – 166.

BULLINGER, WINFRIED : *Öffentliche Wiedergabe durch die Plattform „The Pirate Bay"*, GRUR-Prax 2017, p. 328.

BUSCHE, JAN : *Mittelbare Patentverletzung - zu den dogmatischen Grundlagen eines Rechtsinstituts*, GRUR 2009, p. 236 – 240.

BUSSEUIL, GUILLAUME : *Fourniture de liens hypertextes et vente d'un matériel multimédia : une nouvelle déclinaison de la notion de « communication au public »*, RLDI 2017/139, n° 5021, p. 8 – 10.

Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public, RLDI 2016/132, n° 4093, p. 8 – 11.

VON CAEMMERER, ERNST : *Wandlungen des Deliktsrechts,* Sonderdruck aus: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages. Tome II ; Karlsruhe 1964 [C.F.Müller].

CALABRESI, GUIDE/MELAMED, A. DOUGLAS : *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, Harvard Law Review 1972, 85(6), p. 1089 – 1128.

CALLIESS, CHRISTIAN/RUFFERT, MATTHIAS [éd.] : *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, 4ième édition ; Munich 2011 [C.H.Beck].

CAMPUS, GIANLUCA : *Legal aspects oft he video buffering process: the uncertain line between acts of reproduction and acts accessory to a communication to the public*, EIPR 2017, 39 (6), p. 366 – 374.

CANARIS, CLAUS-WILHELM : *Grundrechte und Privatrecht*, AcP 184 (1984), p. 201 – 246.

CARON, CHRISTOPHE : *Les administrateurs du site « The Pirate Bay » réalisent une communication non autorisée au public*, CCE 2017/9, comm. 70.

Exploitant d'un réseau « Wi-Fi » : pas de responsabilité, mais une injonction ! CCE 2016 n° 11, comm. 88, p. 26 – 28.

Les cinq rencontres entre les liens hypertextes et le droit d'auteur, CCE 2016 n° 10, comm. 78, p. 26 – 29.

Droit d'auteur et droits voisins, 4ième édition ; Paris 2015 [LexisNexis].

Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur, in : Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas, édité par Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Agnès Lucas-Schloetter et François-Xavier Lucas ; Paris 2014, p. 107 – 118 [LexisNexis].

Responsabilité des hébergeurs : requiem pour le « take down, stay down », CCE 2012 n° 9, comm. 91, p. 28 – 29.

Le droit d'auteur de l'an 2240. Cauchemar s'il en fût jamais, in : Études à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds. Droit et Technique ; Paris 2007, p. 105 – 115 [LexisNexis].

Contrefaçon et sites communautaires : état des lieux jurisprudentiel, CCE 2007/12, comm. 143, p. 28 – 32.

Condamnations de cyber-contrefacteurs ordinaires férus de peer to peer, CCE 2004/7, comm. 86, p. 27 – 28.

À l'impossible, chacun est tenu ! CCE 2001/7-8, comm. 76, p. 24 – 25.

Contrefaçon de phonogrammes sur Internet grâce aux liens hypertextes et aux fichiers MP3, CCE 2000/7-8, p. 26 – 27.

CARRE, STEPHANIE/VERCKEN, GILLES : *Google et la fortune du droit d'auteur*, in : Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas, édité par Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Agnès Lucas-Schloetter et François-Xavier Lucas ; Paris 2014, p. 119 – 138 [LexisNexis].

CARTY, HAZEL : *Joint tortfeasance and assistance liability*, 19 Legal Stud. 1999, p. 489 – 514.

CASANOVA, ANTOINE : *Lien hypertexte et renvoi vers un contenu protégé par le droit d'auteur : vers la reconnaissance d'un droit à l'erreur pour les internautes de bonne foi ?* Lexbase Hebdo affaires, n° 483 du 13 octobre 2016.

CASTENDYK, OLIVER/DOMMERING, EGBERT/SCHEUER, ALEXANDER [éd.] : European *Media Law* ; Austin et a. 2008 [Wolters Kluwer].

CASTETS-RENARD, CELINE : *Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur*, JCl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1810 ; 1 mars 2016, dernière mise à jour du 15 août 2017.

Répertoire de droit européen. Commerce éléctronique, édité par Denys Simon et Sylvaine Poillot-Peruzzetto ; Paris 2016 [Dalloz].

Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet, Recueil Dalloz 2012, p. 827 – 833.

Droit de l'internet : droit français et européen, 2ième édition ; Paris 2012 [Montchrestien, Lextenso éditions].

Publication du décret d'application relatif à la conservation et à la communication des données d'identification à la charge des prestataires techniques : enfin ! RLDI 2011/70, n° 2323, p. 81 – 85.

Revirement de l'arrêt Tiscali et conformation de la qualité d'hébergeur pour DailyMotion, RLDI 2011/69, n° 2258, p. 10 – 13.

Système Adwords de Google : la Cour de Cassasion suit sans surprise la CJUE, RLDI 2010/63

n° 2063, p. 15 – 18.

CAYROL, NICOLAS : *Mise en demeure. Sommation. – Généralités*, JCl. Voies d'exécution, fasc. 222, du 14 septembre 2015.

CHAINAIS, CECILE/FERRAND, FREDERIC/GUINCHARD, SERGE : *Procédure civile. Droit interne et euroopéen du procès civil*, 33ième édition ; Paris 2016 [Dalloz].

CHAMPEAU, GUILLAUME : *Le Parlement adopte la loi Création qui oblige Google à payer pour afficher vos photos*, numérama politique du 29 juin 2016 ; disponible sous http://www.numerama.com/politique/176565-toutes-vos-photos-vont-devenir-payantes-pour-google-allez-vous-gagner-de-largent.html.

La Hadopi, ce sera fini… le 4 février 2022 ! du 28 avril 2016 ; disponible sous http://www.numerama.com/politique/167219-hadopi-ce-sera-fini-le-4-fevrier-2022.html.

CHATRY, SYLVAIN : *Les évolutions en matière de droit d'auteur prévues par la loi LCAP*, Juris art etc 2017, n° 43, p. 31 – 34.

L'échange illicite d'œuvres sur Internet : aspects de propriété intellectuelle, in : Chatry, Sylvain [éd.], La régulation d'internet. Regard croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellecutelle ; Paris 2016, p. 95 – 109 [mare & martin].

CHOMIAC DE SAS, PIERRE XAVIER : *La vente de lecteurs multimédia qualifée de « communication au public »*, RLDI 2017/138, n° 5008, p. 19 – 24.

CHONE-GRIMALDI, ANNE-SOPHIE : *Le projet de réforme de la responsabilité civile: observations article par article*, Gaz. Pal. 2017, n° 23, p. 16 – 23.

CHRISTIANSEN, PER : *Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg v. 3.9.2010 – Az. 308 O 27/09 – YouTube*, MMR 2010, p. 835 – 837.

CHRISTIANSEN, PER/GEHLEN, DIRK V./HOFMANN, JEANETTE/KLIMPEL, PAUL/KÖKLÜ, KAYA/KREUTZER, TIL/OTTO, PHILIPP/SCHINDLER, MATHIAS/WATTIG, LEANDER : *Berliner Gedankenexperiment zur Neuordnung des Urheberrechts*, 27 août 2015 ; disponible sous https://irights.info/wp-content/uploads/2015/08/Gedankenexperiment.pdf.

CLARK, BIRGIT/DICKENSON, JULIA : *Theseus and the labyrinth? An overview of "communication to the public" under EU copyright law: after Reha Training and GS Media Where are we now and where do we go from here?* EIPR 2017, 39 (5), p. 265 – 278.

CLARK, BIRGIT/TOZZI, SABRINA : *"Communication to the public" under EU copyright law: an increasingly Delphic concept or intentional fragmentation?* EIPR 2016, 38 (12), p. 715 – 717.

CLARK, ROBERT : *Illegal downloads: sharing out online liability: sharing files, sharing risks,* JIPLP 2007, Vol. 2, No. 6, p. 402 – 418.

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES : *Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss. Erster Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr)*. KOM (2003) 702 final ; Bruxelles, 21.11.2003.

Grünbuch der Kommission: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. KOM 1995 (382) final ; Bruxelles, 19.7.1995.

COMMISSION EUROPEENNE : *Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt*. KOM (2016) 593 final ; Bruxelles, 14.9.2016.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa. KOM (2016) 288 final ; Bruxelles, 25.5.2016.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Schritte zu einem modernen, europäischeren Urheberrecht. KOM (2015) 626 final ; Bruxelles, 9.12.2015.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa. KOM (2015) 192 final ; Bruxelles, 6.5.2015.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Ein kohärenter Rahmen zur Stärkung des Vertrauens in den digitalen Binnenmarkt für elektronischen Handel und Online-Dienste. KOM (2011) 942 final ; Bruxelles, 11.1.2012.

COMODINI CACHIA, THERESE : *Proposal for a directive COM(2016)0593* - C8-0383/2016 – 2016/0280(COD).

CONNOR, IAIN/MITTON, REBECCA : *Digital Economy Act copyright regime shelved by UK government*, disponible sous https://www.out-law.com/en/articles/2014/july/digital-economy-act-copyright-regime-shelved-by-uk-government/.

CONRAD, ALBRECHT : *Zum Modell der Rechteklärung und Rechteverwaltung auf Hosting- Plattformen. Vortrag auf der Arbeitssitzung »Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen« des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München*, ZUM 2017, p. 289 – 301.

Kuck' mal, wer da spricht: Zum Nutzer des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung anlässlich von Links und Frames, CR 2013, p. 305 – 318.

CONRAD, ALBRECHT/SCHUBERT, TOBIAS : *Vom Paperboy zum Thumbnail und wieder zurück – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.9.2017 – I ZR 11/16 – Vorschaubilder III*, ZUM 2018, p. 132 – 135.

CONRATH, TIMO/PEINTINGER, STEFAN : *§ 7 und 8 TMG Reloaded: Websperren*, GRUR-Prax 2017, p. 206.

Der neue § 8 TMG: Kein Wegfall der Störerhaftung von W-LAN-Betreibern, GRUR-Prax 2016, p. 297 – 299.

CONSEIL DE L'EUROPE : *Unterschriften und Ratifikationsstand des Vertrags 213* ; disponible sous https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213.

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE : *Mission Articulation des Directives 2000/31 et 2001/29 - Rapport et propositions* (Rapport Sirinelli) ; disponible sous http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-

artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-relative-a-l-avenir-de-la-directive-2001-29-Societe-de-l-information.

Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, décembre 2014 ; disponible sous http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-relative-a-l-avenir-de-la-directive-2001-29-Societe-de-l-information.

Le référencement des œuvres sur Internet. Rapport du CSPLA ; disponible sous https://cdn2.nextinpact.com/medias/rapport-commission-referencement--.pdf.

CORNISH, WILLIAM/LLEWELY, DAVID/APLIN, TANYA : *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 8ième édition ; Londres 2013 [Sweet & Maxwell].

COSTES, LIONEL : *« The Pirate Bay » peut faire l'objet d'un blocage par les FAI*, RLDI 2017/139, n° 5023, p. 16.

2017 : l'année de la régulation des algorithmes, RLDI 2017/133, p. 3.

La propriété littéraire et artistique. Règles générales, RLDI 2016/127, n° 3988, p. 13 – 14.

Hadopi : injonction faite par le Conseil d'Etat au Premier ministre d'indemniser les FAI, RLDI 2016/123, n° 3914, p. 13 – 14.

Clip vidéo piraté : Dailymotion n'est pas responsable. Observations, RLDI 2011/73, n° 2429, p. 64 – 65.

Envoi par l'Hadopi des premiers courriels d'avertissement, RLDI 2010/64, n° 2105, p. 16 – 17.

COURTHOUSE NEWS SERVICE [éd.] : *Court Revives Viacom Suit Against YouTube*, Courthouse News Service du 10.4.2012 ; disponible sous https://www.courthousenews.com/Court-Revives-Viacom-Suit-Against-YouTube/.

COUTRON, LAURENT : *L'hypothèse du dépassement du standard conventionnel*, in : Picheral, Caroline/Coutron, Laurent [dir.], Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2012, p. 21 – 43 [Bruylant].

CREATe : *EU Copyright Reform* ; disponible sous https://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/.

CZYCHOWSKI, CHRISTIAN : *Auskunftsansprüche gegenüber Internetzugangsprovidern „vor" dem 2. Korb und „nach" der Enforcement-Richtlinie der EU*, MMR 2004, p. 514 – 519.

CZYCHOWSKI, CHRISTIAN/NORDEMANN, JAN BERND : *Grenzenloses Internet – entgrenzte Haftung? Leitlinien für ein Haftungsmodell der Vermittler*, GRUR 2013, p. 986 – 996.

VON DANWITZ, THOMAS : *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, in : Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian, Enzyklopädie Europarecht, Tome 1, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht ; Baden-Baden 2014, p. 747 – 793 [Nomos].

DARGENT, LAURENT/CALLE, PIERRE : *Code de procédure civile 2018, annoté*, 109ième édition ; Paris 2018 [Dalloz].

DAVIES, PAUL S. : *Accessory Liability* ; Oxford et a. 2015 [HART Publishing].

Accessory Liability for Assisting Torts, 2011, The Cambridge Law Journal, 70, p. 353 – 380.

Accessory Liability: Protecting Intellectual Property Rights, [2011] IPQ p. 390 – 409.

DEBET, ANNE : *Mise en œuvre de l'arrêt Google Spain par les tribunaux français*, CCE 2016 n° 9, comm. 75, p. 38 – 39.

Affaire Hermès contre eBay : confirmation de la condamnation de la plate-forme en appel, CCE 2010/10, comm. 96, p. 26 – 28.

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil ; Paris 2002 [Dalloz].

DEGENHART, CHRISTOPH : *Urhebervergütung und gerechter Ausgleich. Zur aktuellen Rechtsprechung des BGH*, GRUR 2018, p. 342 – 349.

DELPECH, XAVIER : *De la responsabilité des plateformes en ligne*, Juris tourisme 2017, n° 194, p. 3.

Publication des décrets d'application de la loi pour une République numérique sur les plateformes internet, AJ Contrat 2017, p. 456.

DERCLAYE, ESTELLE/LEISTNER, MATTHIAS : *Intellectual Property Overlaps. A European Perspective* ; Oxford et a. 2011 [HART Publishing].

DERIEUX, EMMANUEL : *Frais de blocage de sites contrefaisants mis à la charge des FAI*, RLDI 2017/142, n° 5087, p. 8 – 11.

Déréférencement de données d'un moteur de recherche. Observations sous Tribunal de grande instance de Paris (réf.), 12 mai 2017, X. c/ Google France et Google Inc, Dalloz IP/IT 2017, p. 476 – 478.

Responsabilité d'un portail d'actualités du fait de commentaires diffamatoires postés par des internautes, RLDI 2015/118, n° 3812, p. 26 – 29.

Responsabilité du producteur d'un service de communication au public en ligne. Nécessaires clarification du vocabulaire juridique, cohérence et stabilité législative, RLDI 2011/67, n° 2199, p. 28 – 32.

Responsabilité des services de communication au public en ligne. Détermination des responsables, RLDI 2010/59, n° 1964, p. 58 – 69.

Responsabilité du directeur de la publication, RLDI 2009/52, n° 1734, p. 80 – 86.

DERIEUX, EMMANUEL/GRANCHET, AGNES : *Lutte contre le téléchargement illégal. Lois DADVSI et HADOPI* ; Rueil-Malmaison 2010 [Lamy - Wolters Kluwer].

DEUTSCH, ERWIN : *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ième édition ; Cologne et a. 1996 [Carl Heymanns Verlag].

DIETRICH, JOACHIM : *Accessorial liability in the law of torts*, 31 Legal Stud. 2011, p. 231 – 258.

The liability of accessories under statute, in equity and in criminal law: some common problems and (perhaps) common solutions, Melbourne University Law Review 34 [2010], p. 106 – 139.

DIMEGLIO, ARNAUD : *Notification des hébergeurs : obligatoire ou facultative ?* Légipresse 2016/2, n° 335, p. 90 – 92.

DIOP, FALILOU : *Juridique – Un regard sur le droit de communication au public après l'arrêt Stichting Brein*, Juris art etc 2017, n° 48, p. 36.

DIRECTION GENERALE MARCHE INTERIEUR ET SERVICES : *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules,* juillet 2014 ; disponible sous http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf.

DISSAUX, NICOLAS : *Projet de réforme de la responsabilité civile et droit de la distribution*, AJ Contrat 2017, p. 205 – 208.

DOLZER, RUDOLF : *Der Schutz des Eigentums*, Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [éd.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Tome VI/1, Europäische Grundrechte I ; Heidelberg et a. 2010, p. 171 – 189 [C.F.Müller].

DÖRING, REINHARD : *Die zivilrechtliche Inanspruchnahme des Access-Providers auf Unterlassung bei Rechtsverletzungen auf fremden Websiten*, WRP, 9/2008, p. 1155 – 1159.

Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen nach der Entscheidung "Jugendgefährdende Medien bei eBay", WRP 2007, p. 1131 – 1140.

DORMONT, SARAH : *L'arrêt GS Media de la Cour de justice de l'Union européenne : de précisions en distinctions, l'hyperlien lui fait perdre son latin...* CCE 2017/2, étude 4, p. 15 – 19.

La mise on œuvre de la jurisprudence européenne sur le lien hypertexte par la Cour d'appel de Paris. Observations sous Cour d'appel de Paris (pôle 5, Ch. 1), 2 février 2016, n°14/2044, SAS Playmédia c/ SA France Télévisions, Dalloz IP/IT 2016, p. 196 – 200.

La liberté de créer un lien hypertexte, note sous CJUE, 13 février 2014, Svensson c/ Retriever Sverige AB, PI 2014, n° 52, p. 234.

DOUVILLE, THIBAULT : *Liens hypertextes profonds et droits voisins des entreprises de communication audiovisuelle*, Légipresse 2016/6, n° 339, p. 360 – 364.

DREIER, THOMAS : *TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums*, GRUR Int. 1996, p. 205 – 218.

DREIER, THOMAS/LEISTNER, MATTHIAS : *Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen*, GRUR-Beilage 2014, p. 13 – 29.

DREIER, THOMAS/SCHULZE, GERNOT [éd.] : *Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Kunsturhebergesetz. Kommentar*, 5ième édition ; Munich 2015 [C.H.Beck].

DREYER, EMMANUEL : *Procédures et sanctions. – Contrefaçon. Preuve et sanction (CPI, art. L. 121-1 à L. 123-2 et L. 331-1 à L. 335-18)*, JCl. Propriété Littéraire et Artistique, fasc. 1612 ; 15 mars 2016, dernière mise à jour du 1er juin 2018.

Procédures et sanctions. – Contrefaçon. Élements consitutifs (CPI, art. L. 121-1 à L. 123-12 et L. 331-1 à L. 336-4), JCl. Propriété Littéraire et Artistique, fasc. 1610 ; 15 mars 2016, dernière mise à jour du 1er juin 2018.

DREYER, GUNDA/KOTTHOFF, JOST/MECKEL, ASTRID [éd.] : *Urheberrecht. Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz*, 2ième édition ; Heidelberg 2009 [C.F.Müller].

DREYFUS, NATHALIE : *Le hashtag, élément incontournable des réseaux sociaux*, CCE 2016 n° 10, étude 17, p. 8 – 12.

DUBOUT, ÉDOUARD : *Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de Justice de l'Union Européenne*, EJLS 2013, Vol. 6, No. 1, p. 3 – 28.

DUDEN, disponible sous https://www.duden.de.

DUGUE, MARIE/PRETOT, SOPHIE : *Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile*, Droit et patrimoine 2017, n° 269, p. 25 – 38.

DUHEN, WILLY : *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à internet* ; Marseille 2013 [Presses universitaires d'Aix-Marseille].

DURNER, WOLFGANG : *Wirtschaftliche Grundrechte*, in : Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [éd.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Tome VI/1, Europäische Grundrechte I ; Heidelberg et a. 2010, p. 1083 – 1115 [C.F.Müller].

Fernmeldegeheimnis und informationelle Selbstbestimmung als Schranken urheberrechtlicher Sperrverfügungen im Internet? Zugleich eine Auseinandersetzung mit LG Hamburg, Urteil vom 12. März 2010 - 308 O 640/08, in diesem Heft S. 902, ZUM 2010, p. 833 – 846.

DUSOLLIER, SEVERINE : *L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur*, in : Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas, édité par Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Agnès Lucas-Schloetter et François-Xavier Lucas ; Paris 2014, p. 263 – 275 [LexisNexis].

Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle, in : Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30e anniversaire de l'IRPI, Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris, le 28 novembre 2012 ; Paris 2013, p. 29 – 48 [LexisNexis].

EHRET, SUSANNE : *Internet-Auktionshäuser auf dem haftungsrechtlichen Prüfstand. Ein Beitrag zur zivilrechtlichen Haftung von Internet-Auktionshäusern für rechtswidrige Auktionsangebote*, CR 2003, p. 754 – 761.

EICHELBERGER, JAN : *Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2)*, WRP 2016, p. 1060 – 1070.

Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 1), WRP 2016, p. 947 – 957.

ENGEL-FLECHSIG, STEFAN : *Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer. Einheitliche Rahmenbedingungen für Multimedia*, ZUM 1997, p. 231 – 239.

ENGELS, GABRIELE : *BGH: Kinderhochstühle im Internet. Anmerkung*, MMR 2011, p. 175 – 176.

ENGISCH, KARL : *Die Einheit der Rechtsordnung* ; Heidelberg 1935 [Carl Winters Universitätsbuchahandlung].

ENSTHALER, JÜRGEN : *Streaming und Urheberrechtsverletzung*, NJW 2014, p. 1553 – 1558.

ENSTHALER, JÜRGEN/HEINEMANN, MIRKO: *Die Fortentwicklung der Providerhaftung durch die Rechtsprechung*, GRUR 2012, p. 433 – 440.

EPPING, VOLKER/HILLGRUBER, CHRISTIAN [éd.] : *Grundgesetz. Kommentar* ; Munich 2009 [C.H.Beck].

ÉQUIPE DE RECHERCHE CREATIONS IMMATERIELLES ET DROIT DE L'UNIVERSITE DE MONTPELLIER I

(ERCIM) : *Droit de l'internet*, JPC E n° 47, 23 novembre 2000, p. 1856.

ERICKSON, KRISTOFER/KRETSCHMER, MARTIN : *"This Video is Unavailable". Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, 9 (2018) JIPITEC, p. 75 – 89.

ERMAN : *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Tome II, édité par Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald et Georg Maier-Reimer, 15ième édition ; Cologne 2017 [Verlag Dr. Otto Schmidt KG].

Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, Tome I, édité par Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald et Georg Maier-Reimer, 15ième édition ; Cologne 2017 [Verlag Dr. Otto Schmidt KG].

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY (ECS) : *Opinion on the Reference to the CJEU in case C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL,* 5 septembre 2015 ; disponible sous https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/opinion-in-case-c572_13-hp-belgium-reprobel-2015.pdf.

Opinion on the Reference to the CJEU in case C-466/12 Svensson, 15 février 2013 ; disponible sous https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220326.

FABRE-MAGNAN, MURIEL : *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3ième édition ; Paris 2013 [Presses universitaires de France].

FALQUE-PIERROTIN, ISABELLE : *Internet. Enjeux juridiques. Mission interministérielle sur l'Internet* ; Paris 1997, disponible sous http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974057500.pdf.

FANDIARI, JEAN-LOUIS : *Le formalisme de la procédure de notification des contenus litigieux aux hébergeurs doit être respecté*, RLDI 2008/44, n° 1444, p. 32 – 33.

FARCHY, JOËLLE/MOREAU, FRANÇOIS : *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création* ; septembre 2016, disponible sous http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-l-economie-numerique-de-la-distribution-des-oeuvres.

FERAL-SCHUHL, CHRISTIANE : *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet*, 7ième édition ; Paris 2018 [Dalloz].

Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet, 6ième édition ; Paris 2010 [Dalloz].

FERRY-FALL, MARIE-ANNE : *Google Images : une proposition de loi saluée par les artistes*, Juris art etc. 2014, n°14, p. 13.

FICSOR, MIHALY : *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous "new public" theory* ; 5 mai 2014, disponible sous http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=63.

Guide to the Copyright and Related Rights Treaties administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms ; Genève 2003, disponible sous http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI ; Genève 2003, disponible sous http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation ; Oxford 2002 [Oxford University Press].

FISCHMAN AFORI, ORIT : *Proportionality – A New Mega Standard in European Copyright Law*, IIC 2014, p. 889 – 913.

FITCHNER, J. ROYCE/STRADER, TROY J. : *Automated takedown notices and their potential to generate liability under section 512(f) of the Digital Millennium Copyright Act*, JIPLP 2011, Vol. 6, No. 1, p. 51 – 59.

FITZGERALD, BRIAN : *Copyright in the age of access*, EIPR 2017, 39 (3), p. 131 – 135.

FITZNER, JULIA : *Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß? Der „Safe Harbor" gem. § 512 (c) Copyright Act und die Haftungsbeschränkungen gem. Art. 14 E-Commerce-Richtlinie bzw. § 10 TMG*, GRUR Int. 2012, p. 109 – 117.

FLOURENS, CORDELIA : *Tribune - « Favoriser créativité et innovation »*, Juris art etc. 2017, n° 47, p. 38.

FONTANELLI, FILIPPO : *The Mythology of Proportionality in Judgements of the Court of Justice oft he European Union on Internet and Fundamental Rights*, 36 Oxford Journal of Legal Studies (2016), p. 630 – 660.

FORCH, DANA : *EuGH-Vorlage zu Grenzen der sekundären Darlegungslast beim Filesharing*, GRUR-Prax 2017, p. 191.

Grenzen der sekundären Darlegungslast bei Filesharing, GRUR-Prax 2017, p. 152.

FÖTSCHL, ANDREAS : *Internet-Sperrverfügungen wegen Urheberrechtsverletzungen im Rechtsvergleich*, GRUR Int. 2016, p. 325 – 332.

FRANZ, ULRICH : *Die rechtliche Beurteilung von Bewertungsportalen*, WRP 2016, p. 1196 – 1203.

FREY, HARALD : *OLG Hamburg: Störerhaftung von YouTube. Anmerkung*, MMR 2016, p. 275 – 277.

FREYTAG, STEFAN : *(K)ein deutscher Sonderweg – Haftung für „zueigengemachte" Inhalte nach deutschem und europäischem Recht*, GRUR-Prax 2010, p. 355 – 359.

Haftung im Netz. Verantwortlichkeit für Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen nach § 5 TDG und § 5 MDStV ; Munich 1999 [C.H.Beck].

FRHR. RAITZ VON FRENTZ, WOLFGANG/MASCH, CHRISTIAN L. : *Weitersendung in Hotels und über das Internet – zur Stärkung der Position der Rechteinhaber durch die EuGH-Entscheidungen »Hotel Edelweiss« und »ITV 2«*, ZUM 2017, p. 406 – 410.

FRIEDMANN, DANNY : *Sinking the safe harbour with the legal certainty of strict liability in sight*, JIPLP 2014, Vol. 9, No. 2, p. 148 – 155.

FRITZSCHE, JÖRG : *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage* ; Berlin et a. 2000 [Springer Verlag].

FROMM, FRIEDRICH/NORDEMANN, WILHELM [fond.] : *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, édité par Axel Nordement et Jan Bernd Nordemann, 11ième édition ; Stuttgart 2014 [Kohlhammer].

FÜRST, PHILIPP : *Störerhaftung – Fragen der haftungsbegründenden Zumutbarkeit und Konsequenzen – Das Ende von eBay?* WRP 2009, p. 378 – 379.

GARCIA-PEREZ, RAFAEL : *Injunctions in Intellectual Property Cases: What is the Power of the Courts?* (2016) IPQ p. 87 – 101.

GARSTKA, KRZYSZTOF : *The Amended Digital Economy Act 2010 as an Unsuccessful Attempt to Solve the Stand-Alone Complex of Online Piracy*, IIC 2012, p. 158 – 174.

GÄRTNER, ANETTE : *Pflicht des Spediteurs zur Einwilligung in die Vernichtung beschlagnahmter Verletzungsgegenstände. Anmerkung*, GRUR 2009, p. 1147 – 1148.

GAUBIAC, YVES : *La responsabilité des fournisseurs de logiciels dans la diffusion illégale des œuvres et autres prestations protégées*, CCE 2006/11, étude 34, p. 41 – 44.

GAUDRAT, PHILIPPE/SARDAIN, FREDERIQUE : *Traité de droit civil du numérique. Tome 2. Droit des obligations* ; Bruxelles 2015 [Larcier].

GAUDRAT, PHILIPPE/ZOLLINGER, ALEXANDRE : *Droit des Auteurs. – Règles générales. Droit de représentation (CPI, art. L. 122-2 et L. 132-20)*, JCl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1242 ; 16.11.2017.

GAUTIER, PIERRE-YVES : *Propriété littéraire et artistique*, 10ième édition ; Paris 2017 [Presses universitaires de France].

Les nouvelles forces créatrices du droit, in : Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30e anniversaire de l'IRPI, Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris, le 28 novembre 2012 ; Paris 2013, p. 133 – 140 [LexisNexis].

De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile), Recueil Dalloz 2011, p. 2054.

L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon, PI 2002, n° 3, p. 28 – 31.

GEIGER, CHRISTOPHE : *The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union*, in : Stamatoudi, Irini A. [éd.], New Developments in EU and International Copyright Law ; Alphen aan den Rijn et a. 2016, p. 435 – 446 [Wolters Kluwer].

Fundamental Rights as Common Principles of European (and International) Intellectual Property Law, in : Ohly, Ansgar [éd.], Common Principles of European Intellectual Property Law ; Tübingen 2012, p. 223 – 238 [Mohr Siebeck].

Honourable Attempt but (ultimately) Disproportionately Offensive against Peer-to-peer on the Internet (HADOPI) – A Critical Analysis of the Recent Anti-File-Sharing Legislation in France, IIC 2011, p. 457 – 472.

« HADOPI », ou quand la répression devient pédagogique. Une analyse critique du dispositif juridique de lutte contre le téléchargement sur les réseaux « de pair à pair », Recueil Dalloz 2011. p. 773 – 779.

Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité, in : Droits de propriété intellectuelle. Liber amoricum Georges BONET, édité par Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle (IRPI) ; Paris 2010, p. 249 – 265 [LexisNexis Litec].

„Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, IIC 2006, p. 371 – 406.

Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law? IIC 2004, p. 268 – 280.

GEIGER, CHRISTOPHE/IZYUMENKO, ELENA : *Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression*, IIC 2014, p. 316 – 342.

GEISLER, HERBERT : *Filesharing – Darlegungs- und Beweislast ohne Ende*, in : Festschrift für Wolfgang Büscher, édité par Hans-Jürgen Ahrens, Joachim Bornkamm, Karl-Heinz Fezer, Thomas Koch, Mary-Rose McGuire et Gert Würtenberger ; Cologne 2018, p. 483 – 495 [Carl Heymanns Verlag].

GERCKE, MARCO : *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Hyperlinks. Warum die Verantwortlichkeitsregelungen des TDG bei einer strafrechtlichen Prüfung irrelevant sind*, CR 2006, p. 844 – 850.

Verantwortlichkeit des Betreibers eines Meinungsforums. Anmerkung, MMR 2003, p. 602 – 603.

GERLACH, TILO : *Faire Beteiligung der ausübenden Künstler an Online-Erlösen nach dem Vorbild der Vermietrichtlinie. Vortrag auf der Arbeitssitzung »Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen« des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München*, ZUM 2017, p. 312 – 315.

GERTH, JOACHIM : *Sind wir auf dem Weg zu einem einheitlichen Urheberrecht in Europa?* in : Stern, Klaus/Prütting, Hanns [éd.], Die Entwicklung des Urheberrechts im europäischen Rahmen ; Munich 1999, p. 99 – 118 [C.H.Beck].

GERVAIS, DANIEL : *The TRIPS-Agreement. Drafting History and Analysis*, 3ième édition ; Londres 2008 [Sweet & Maxwell].

GINSBURG, JANE C./GAUBIAC, YVES : *Contrefaçon, fourniture de moyens et faute : perspectives dans les systèmes de common law et civilistes à la suite des arrêts Grokster et Kazaa*, RIDA 2006, I (207), p. 3 – 97.

GÖKKAYA, HASAN : *The Pirate Bay verletzt laut EuGH Urheberrechte*, Zeit Online du 14.6.2017 ; disponible sous http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-06/urheberrecht-pirate-bay-eugh-urteil-online-tauschboerse.

GOOGLE : *Transparenzbericht. YouTube-Community-Richtlinien und ihre Anwendung* ; disponible sous https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/overview?content_by_reason=period:Y2017Q4&lu=content_by_reason.

GORCHS, BEATRICE : *Vers un référé de l'Internet autonome*, CCE 2007/12, étude 31, p. 13 – 20.

GÖTTING, HORST-PETER : *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2ième édition ; Munich 2008 [C.H.Beck].

GOUNALAKIS, GEORGIOS [éd.] : *Rechtshandbuch Electronic Business* ; Munich 2003 [C.H.Beck].

GRÄBIG, JOHANNES : *Aktuelle Entwicklungen bei Haftung für mittelbare Rechtsverletzungen. Vom Störer zum Täter - ein neues einheitliches Haftungskonzept?* MMR 2011, p. 504 – 509.

GRABITZ, EBERHARD/HILF, MEINHARD/NETTESHEIM, MARTIN [éd.] : *Das Recht der Europäischen Union*, Tome II, 57ième livraison ; Munich 2015 [C.H.Beck].

Das Recht der Europäischen Union, Tome IV, 18ième livraison ; Munich 2001 [C.H.Beck].

GREGOIRE, STEPHANE : *Le décret du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Premières lectures d'un décret attendu six ans...* RLDI 2011/70, n° 2324, p. 86 – 91.

GRIFFITHS, JONATHAN/MCDONAGH, LUKE : *Fundamental rights and European IP law: the case of Art. 17 (2) of the EU Charter*, in : Geiger, Christophe [éd.], Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives ; Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2013, p. 75 – 93 [Edward Elgar Publishing].

GRIMM, DIETER : *Zur Bedeutung nationaler Verfassungen in einem vereinten Europa*, in : Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [éd.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Tome VI/2, Europäische Grundrechte II, Universelle Menschenrechte ; Heidelberg et a. 2009, p. 3 – 32 [C.F.Müller].

GRISS, IRMGARD : *Wer ist „Störer"? - Eine deutsch-österreichische Begriffsverwirrung*, in : Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, édité par Wolfgang Büscher, Willi Erdmann, Maximilian Haedicke, Helmut Köhler et Michael Loschelder; München 2014, p. 29 – 36 [C.H.Beck].

GRISSE, KARINA : *Internetangebotssperren. Zivilrechtliche Vermittlerhaftung von Internetzugangsanbietern* ; Tübingen 2018 [Mohr Siebeck].

Was bleibt von der Störerhaftung? Bedeutung der 3. Änderung des TMG für die zivilrechtliche Systematik und Umsetzung der Vermittlerhaftung in Deutschland, GRUR 2017, p. 1073 – 1081.

The Graduated Response System in the Digital Economy Act 2010. Compatibility with fundamental rights, ZGE 2014, p. 48 – 88.

VON DER GROEBEN, HANS/SCHWARZE, JÜRGEN/HATJE, ARMIN [éd.] : *Europäisches Unionsrecht*. Tome 1, 7ième édition ; Baden-Baden 2015 [Nomos].

Europäisches Unionsrecht. Tome 4, 7ième édition ; Baden-Baden 2015 [Nomos].

GRUA, FRANÇOIS : *La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage*, RTD civ. 1994, p. 1 – 10.

GRÜNBERGER, MICHAEL : *Vergütungsansprüche im Urheberrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis von property rights und liability rules*, ZGE 2017, p. 188 – 209.

Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2016 – Teil 1, ZUM 2017, p. 324 – 338.

Internetplattformen – Aktuelle Herausforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht. Einleitung zu dem gleichnamigen Symposion am 4.11.2016 in München, ZUM 2017, p. 89 – 90.

Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke, ZUM 2016, p. 905 – 919.

Einheit und Vielfalt im Recht der öffentlichen Wiedergabe. Zugleich Besprechung von EuGH „Reha Training/GEMA" und BGH „Königshof", GRUR 2016, p. 977 – 983.

Anmerkung, JZ 2016, p. 318 – 320.

Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken? Ein Beitrag zur Entwicklung dogmatischer Bausteine eines umweltsensiblen Urheberrechts, ZUM 2015, p. 273 –

290.

GRYNBAUM, LUC : *Dailymotion : une immunité imméritée*, Recueil Dalloz 2011, p. 1113.

Injonction aux fournisseurs d'accès internet d'interdire l'accès à un site illicite de jeux en ligne, RLDI 2010/64, n° 2103, p. 14 – 15.

Une immunité relative des prestataires de services internet, Comm. com. électr. 2004, étude 28.

Communication de données personnelles sous contrôle du juge des référés, CCE 2004 n° 3, comm. 29, p. 28 - 30.

Obligation de l'hébergeur de fournir à l'autorité judiciaire les moyens d'identification de l'auteur d'un contenu illicite, CCE 2004 n° 1, comm. 8, p. 34 – 36.

GUERDER, PIERRE/TOURNAFOND, OLIVIER : *De la faute à la théorie du risque : l'exemple de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs. (Rapport et note sous arrêt)*, Recueil Dalloz 2001, p. 2851 – 2861.

GUGGENBERGER, NIKOLAS : *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung*, NJW 2017, p. 2577 – 2582.

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz - schön gedacht, schlecht gemacht, ZRP 2017, p. 98 – 101.

GUILLAUME, MARC : *Le Conseil Constitutionnel, Garant des Droit Fondamentaux*, in : Tinière, Romain/Vial, Claire [éd.], La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permancence ; Bruxelles 2015, p. 389 – 393 [Bruylant].

GUINCHARD, SERGE [éd.] : *Droit et pratique de la procédure civile 2017/2018*, 9ième édition ; Paris 2016 [Dalloz].

GUTSCHE, KARSTEN M. : *Vorläufiger Rechtsschutz im Urheberrecht*, in : Zollner, Bernward/Fitzner, Uwe [éd.], Festschrift für Wilhelm Nordemann ; Baden-Baden 1999, p. 75 – 87 [Nomos].

HABERSTUMPF, HELMUT : *Perspektivenwechsel im harmonisierten Urheberrecht – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 7.8.2018 – C-161/17 (ZUM 2018, 674 – Renckhoff)*, ZUM 2018, p. 678 – 680.

Anbieten fremder geschützter Inhalte im Internet, GRUR 2016, p. 763 – 771.

HACKER, FRANZ : *„L'Oréal/eBay": Die Host-Provider-Haftung vor dem EuGH*, GRUR-Prax 2011, p. 391 – 394.

HAEDICKE, MAXIMILIAN : *Gemeinsame Grundlagen der Verantwortlichkeit für die mittelbare Verursachung von Schutzrechtsverletzungen im Gesamtsystem des Geistigen Eigentums*, in : Matthias Leistner [éd.], Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums ; Tübingen 2010, p. 229 – 244 [Mohr Siebeck].

Schadensersatz bei mittelbarer Patentverletzung, GRUR 2009, p. 273 – 276.

Die Haftung für mittelbare Urheber- und Wettbewerbsrechtsverletzungen – Zugleich eine Besprechung von BGH v. 15. 10. 1998 – Möbelklassiker-, GRUR 1999, p. 397 – 402.

HANDFIELD, TOBY/PISCIOTTA, TREVOR : *Is the risk-liability theory compatible with negligence law?* Legal Theory, 11 (2005), p. 387 – 404.

HANSEN, GERD : *Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer*

Berücksichtigung des Nutzerschutzes ; Baden-Baden 2009 [Nomos].

HANUZ, BIANCA : *Linking to unauthorized content after the CJEU GS Media decision*, JIPLP 2016, Vol. 11, No. 12, p. 879 – 881.

HARTMANN, ALEXANDER : *Unterlassungsansprüche im Internet. Störerhaftung für nutzergenerierte Inhalte* ; Munich 2009 [C.H.Beck].

HEADDON, TOBY : *An epilogue to Svensson: the same old new public and the worms that didn't turn*, JIPLP 2014, Vol. 9, No. 8, p. 662 – 668.

HECHT, MARKUS/CLARK, BIRGIT : *Landlord liability for IP infringements: CJEU holds that operators of physical marketplace are intermediaries under the Enforcement Directive in Tommy Hilfiger (C-494/15)*, EIPR 2016, 38 (11), p. 703 – 707.

HECKMANN, DIRK : *Internetrecht. Juris PraxisKommentar*, 4ième édition ; Sarrebruck 2014 [juris].

HEID, VERONIKA : *Die Haftung bei Urheberrechtsverletzungen im Netz. Zur Reichweite des § 97 UrhG*, 1ière édition ; Baden-Baden 2013 [Nomos].

HEINZMANN, LISA : *L'influence de l'environnement numérique sur les droits d'exploitation en droit d'auteur français, allemand et européen* ; décembre 2016.

HENNING-BODEWIG, FRAUKE : *Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Massenmedien*, GRUR 1981, p. 867 – 878.

HENRARD, OLIVIER : *Les intermédiaires techniques doivent, en principe, supporter le coût des mesures de blocage et déréférencement des sites « pirates ». Observations sous Cour de cassation (1re civ.), 6 juillet 2017, n° 16-17.217*, Dalloz IP/IT 2018, p. 136 – 140.

HERN, ALEX : *European court of justice rules Pirate Pay is infringing copyright*, The Guardian du 15 juin 2017 ; disponible sous https://www.theguardian.com/technology/2017/jun/15/pirate-bay-european-court-of-justice-rules-infringing-copyright-torrent-sites.

HERPE, FRANÇOIS : *Value gap : vers un rééquilibrage au bénéfice des ayants droit*, Juris art etc. 2017, n° 47, p. 34.

HERRESTHAL, CARSTEN : *Die Regelungsdichte von (vollharmonisierenden) Richtlinien und die Konkretisierungskompetenz des EuGH*, in : Beate Gsell/Carsten Herresthal [éd.], Vollharmonisierung im Privatrecht ; Tübingen 2009, p. 113 – 161 [Mohr Siebeck].

HERVE, LOÏC/BOUCHOUX, CORINNE : *Rapport d'information fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication (1) par la mission d'information sur la Hadopi. Sénat, N° 600*, 8 juillet 2015 ; disponible sous https://www.senat.fr/rap/r14-600/r14-6001.pdf.

HILDEBRAND, ANGELA : *Die Bedeutung der EuGH-Urteile »ACI Adam« und »GS Media« für die deutsche Privatkopieschranke*, ZUM 2017, p. 16 – 23.

HILTY, RETO M. : *Kollektive Rechtewahrnehmung und Vergütungsregelungen: Harmonisierungsbedarf und –möglichkeiten*, in : Matthias Leistner [éd.], Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums ; Tübingen 2010, p. 123 – 166 [Mohr Siebeck].

HILTY, RETO M./BAUER, ANDREA : *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules. Part G. Use of Protected Content on Online Platforms. (Article 13 COM(2016) 593),* 1 mars 2017 ; disponible sous

http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_PART_G_incl_Annex-2017_03_01.pdf.

HM GOVERNMENT : *Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework. Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law* ; London 2012, disponible sous http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603094128/http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf.

HOEREN, THOMAS : *German Law on Internet Liability of Intermediaries* ; Oxford 2011, disponible sous https://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=31684.

HOEREN, THOMAS/KLEIN, FLORIAN : *Keine Haftung des Betreibers öffentlicher WLAN-Netze – Mc Fadden. Anmerkung*, MMR 2016, d. 764 – 767.

HOEREN, THOMAS/NEUBAUER, ARNE : *Der EuGH, Netlog und die Haftung für Host-Provider*, WRP 2012, p. 508 – 514.

HOEREN, THOMAS/SIEBER, ULRICH/HOLZNAGEL, BERND [éd.] : *Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs* ; 42ième livraison ; Munich, juin 2015 [C.H.Beck].

HOFMANN, FRANZ : *Die Systematisierung des Interessenausgleichs im Urheberrecht am Beispiel des Rechts der öffentlichen Wiedergabe. Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 7.8.2018 – C-161/17 (ZUM 2018, 674 – Renckhoff)*, ZUM 2018, p. 641 – 649.

Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht? GRUR 2018, p. 21 – 29.

Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf ; Tübingen 2017 [Mohr Siebeck].

Die Ausweitung der öffentlichen Wiedergabe als Ersatz für die Harmonisierung der Haftung von Beteiligten – Anmerkung zu EuGH ZUM 2017, 746 – Stichting Brein/Ziggo BV u. a., ZUM 2017, p. 750 – 752.

Rechtsdurchsetzung im Internet – Aufregung um das NetzDG, WRP 2017/9 Editorial.

Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärshaftung im Allgemeinen? Vortrag auf dem Symposion »Internetplattformen – Aktuelle Herausforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht« am 4.11.2016 in München, ZUM 2017, p. 102 – 109.

Grundsatz der Technikneutralität im Urheberrecht? Zugleich Gedanken zu einem more technological approach, ZGE 2016, p. 482 – 512.

Anordnungen gegen Mieter eines physischen Marktplatzes bei Fälschungsverkäufen – Tommy Hilfiger ua/Delta Center. Anmerkung, GRUR 2016, p. 1064 – 1065.

Störerhaftung von Access-Providern für Urheberrechtsverletzungen Dritter, NJW 2016, p. 769 – 771.

Markenrechtliche Sperranordnungen gegen nicht verantwortliche Intermediäre. Das englische „Cartier"-Urteil und seine Lehren für das deutsche Recht, GRUR 2015, p. 123 – 129.

Die Haftung des Inhabers eines privaten Internetanschlusses für Urheberrechtsverletzungen Dritter,

ZUM 2014, p. 654 – 660.

HOHLWECK, MARTIN : *Eckpfeiler der mittelbaren Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern in der Rechtsprechung. Vortrag auf dem Symposion »Internetplattformen – Aktuelle Herausforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht« am 4.11.2016 in München*, ZUM 2017, p. 109 – 114.

HOLLANDE, FRANÇOIS : *Le changement c'est maintenant. Mes 60 engagements pour la France*, 22 avril 2012 ; disponible sous http://www.ps29.org/IMG/pdf/Projet_FH2012.pdf.

HOLLENDERS, ANNA-SOPHIE : *Mittelbare Verantwortlichkeit von Intermediären im Netz* ; Baden-Baden 2012 [Nomos].

HOLTZ, MARCO : *Gleicher Schutz für Urheber- und Leistungsschutzrechte – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 31. März 2016 – C-117/15*, ZUM 2016, p. 748 – 749.

HOLZMÜLLER, TOBIAS : *Exklusivität und Werkzugang - Überlegungen zur Zwangslizenz im Urheberrecht*, in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 137 – 145 [C.H.Beck].

Anmerkungen zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit strukturierter Content-Plattformen. Vortrag auf der Arbeitssitzung »Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen« des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München, ZUM 2017, p. 301 – 304.

HOLZNAGEL, BERND : *Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, ZUM 2017, p. 615 – 624.

HOLZNAGEL, DANIEL : *Der Konflikt zwischen Art. 15 E-Commerce-RL und pro-aktiven Verhinderungspflichten von Host-Providern*, ZUM 2018, p. 350 – 352.

Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung. Untersuchung des rechtlichen Rahmens von Verfahren zur Beanstandung und Verteidigung von Inhalten im Internet, insbesondere auf „User Generated Content"-Plattformen ; Tübingen 2013 [Mohr Siebeck].

Die Urteile in Tiffany v. eBay (USA) – zugleich zu aktuellen Problemen der europäischen Providerhaftung, GRUR Int. 2010, p. 654 – 663.

Zur Providerhaftung – Notice and Take-Down in § 512 U.S. Copyright Act, GRUR Int. 2007, p. 971 – 986.

HÖRGBERG, SVERKER K. : *The Search for Intent-Based Doctrine of Secondary Liability in Copyright Law*, (2006) Col. Law. Rev. 106(4), p. 909 – 958.

HUBER, KONRAD : *Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens*, in : Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, édité par Hans Claudius Ficker, Detlef König, Karl F. Kreuzer, Hans G. Leser, Wolfgang Frhr. Marschall von Bieberstein et Peter Schlechtriem ; Tübingen 1978, p. 359 – 388 [J.C.B.Mohr (Paul Siebeck)].

HUET, JEROME : *Site internet, flux RSS, responsabilité du rediffuseur*, Recueil Dalloz 2010, p. 946.

eBay n'est pas un hébergeur (suite...), Recueil Dalloz 2008, p. 2261 – 2263.

HÜGEL, ALINA : *Haftung von Inhabern privater Internatanschlüsse für fremde Urheberrechtsverletzungen. Zugleich eine Evaluation der Störerhaftung und konkurrierender Haftungskonzepte* ; Munich 2014 [C.H.Beck].

HUGENHOLTZ, P. BERNT : *The dynamics of harmonization of copyright at the European level*, in : Geiger, Christophe [éd.], Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives ; Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2013, p. 273 – 291 [Edward Elgar Publishing].

HUGENHOLTZ, P. BERNT/VAN VELZE, SAM C. : *Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'*, IIC 2016, p. 797 – 816.

HUGON, CHRISTINE : *La loi LCEN autorise l'injonction faite aux fournisseurs d'accès internet (FAI) d'interrompre l'accès à un site illicite sans mise en cause préalable des prestataires d'hébergement*, JCP G 2008, II 10171, p. 39 – 42.

HÜHNER, SEBASTIAN : *Voraussetzungen für Störerhaftung von File-Hosting-Diensten - Alone in the Dark. Anmerkung*, GRUR 2013, p. 373 – 375.

HUSOVEC, MARTIN : *Injunctions Against Intermediaires in the European Union. Accountable But Not Liable?* Cambridge 2017 [Cambridge University Press].

Compromising (on) the Digital Single Market? A Quick Look at the Estonian Presidency Proposal(s) on Art 13, Kluwer Copyright Blog du 18 septembre 2017 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/09/08/compromising-digital-single-market-quick-look-estonian-presidency-proposals-art-13/.

Accountable, not liable: Injunctions against Intermediaries, TILEC & TILT, Draft May 2016 ; disponible sous http://ssrn.com/abstract=2773768.

Injunctions against Innocent Third Parties: The Case of Website Blocking, 4 (2012) JIPITEC, p. 116 - 129.

HUSOVEC, MARTIN/PEGUERA, MIQUEL : *Much Ado about Little - Privately Litigated Internet Disconnection Injunctions*, IIC 2015, p. 10 – 37.

INSTITUTE FOR INFORMATION LAW (IVIR) : *Study on the implementation and effect in Member States' Law of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Final report,* Amsterdam 2007 ; disponible sous http://www.ivir.nl/publicaties/download/605.

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY (IFPI) : *Music Consumer Insight Report 2016* ; disponible sous http://www.ifpi.org/downloads/Music-Consumer-Insight-Report-2016.pdf.

IFPI Digital Music Report 2015. Changing the path to sustainable growth ; disponible sous http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2015.pdf.

IFPI Digital Music Report 2014. Lighting up new markets ; disponible sous http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf.

INTERNET WATCH FOUNDATION (IWF) : *Our history* ; disponible sous https://www.iwf.org.uk/about-iwf/iwf-history.

What we do ; disponible sous https://www.iwf.org.uk/what-we-do.

JAESCHKE, LARS : *Haftung gewerblicher WLAN-Hotspot-Betreiber. Status quo und Ausblick*, MMR 2017, p. 221 – 226.

JARASS, HANS D. : *Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten*, ZeuP 2017, p. 310 – 334.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK. Kommentar, 3ième édition ; Munich 2016 [C.H.Beck].

JARASS, HANS D./PIEROTH, BODO : *Grundgesetz für die Republik Deutschland. Kommentar*, 13ième édition ; Munich 2014 [C.H.Beck].

JAWORSKI, STANISLAUS/NORDEMANN, JAN BERND : *Gehilfenhaftung von Intermediären bei Rechtsverletzungen im Internet. BGH-Rechtsprechung und neueste Entwicklungen in den Instanzen*, GRUR 2017, p. 567 – 572.

JOSSERAND, LOUIS : *Cours de droit civil positif français*. Tome. 1, 3ième édition ; Paris 1938 [Sirey].

JOURDIAN, PATRICE : *Droit à Réparation. – Responsabilité fondée sur la faute. – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes*, JCl. Civil Code, Art. 1382 à 1386, fasc. 120-10, du 7 novembre 2011.

KÄMPER, VERA : *Die Kanzlerin entdeckt #Neuland*, Spiegel Online du 19 juin 2913 ; disponible sous http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/kanzlerin-merkel-nennt-bei-obama-besuch-das-internet-neuland-a-906673.html.

KARAPAPA, STAVROULA/BORGHI, MAURIZIO : *Search engine liability for autocomplete suggestions: personality, privacy and the power of the algorithme*, International Journal of Law and Information Technology 2015, 23, p. 261 – 289.

KARPENSTEIN, ULRICH : *Das Vorabentscheidungsverfahren*, in : Leible, Stefan/Terhechte, Jörg [éd.], Enzyklopädie Europarecht (éditeurs communs Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian), Tome 3, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht ; Baden-Baden 2014, p. 203 – 250 [Nomos].

KAYE, DAVID : *Madate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, OL OTH 41/2018 du 13 juin 2018 ; disponible sous https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf.

KIRCHHOFF, FERDINAND : *Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte. Die Wiederkehr der Frage eines Anwendungsvorrangs unter anderer Perspektive*, NVwZ 2014, p. 1537 – 1541.

KLEIN, ECKART : *Der Schutz der Grund- und Menschenrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, in : Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [éd.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Tome VI/1, Europäische Grundrechte I ; Heidelberg et a. 2010, p. 593 – 660 [C.F.Müller].

Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in : Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [éd.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Tome VI/1, Europäische Grundrechte I ; Heidelberg et a. 2010, p. 1269 – 1320 [C.F.Müller].

KLUWER COPYRIGHT BLOGGER : *Julia Reda discusses the current Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market*, Kluwer Copyright Blog du 18 juin 2018 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/18/julia-reda-discusses-current-proposal-directive-copyright-digital-single-market/.

The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the

Framework of the EU Copyright Reform, Kluwer Copyright Blog du 19 octobre 2017 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/10/19/recommendation-measures-safeguard-fundamental-rights-open-internet-framework-eu-copyright-reform/.

KÖHLER, HELMUT : *„Täter" und „Störer" im Wettbewerbs- und Markenrecht. Zur Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay"*, GRUR 2008, p. 1 – 7.

Die Beteiligung an fremden Wettbewerbsverstößen, WRP 1997, p. 897 – 902.

KÖHLER, HELMUT/BORNKAMM, JOACHIM : *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Preisangabenverordnung - Unterlassungsklagengesetz - Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung*, 34ième édition ; München 2016 [C.H.Beck].

KÖHLER, SEBASTIAN : *Der Schutz von Ehe und Familie innerhalb der sekundären Darlegungslast des privaten Internetanschlussinhabers – Anmerkung zu BGH ZUM 2017, 503 – Afterlife*, ZUM 2017, p. 507 – 512.

Passwortsicherungspflichten für gewerbliche Betreiber offener WLANs – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 15. September 2016 – C-484/14 – McFadden, ZUM 2016, p. 973 – 975.

KOOLEN, CHRISTOF : *The Use of Hyperlinks in an Online-Environment: Putting Links in Chains?* GRUR Int. 2016, p. 867 – 876.

KOUTRAS, NIKOS : *Can the European copyright regime facilitate open access?* EIPR 2017, 39(10), p. 605 – 606.

KREMP, MATTHIAS : *Provider können zum Sperren von Tauschbörsen verpflichtet werden*, Spiegel Online du 14 juin 2017 ; disponible sous http://www.spiegel.de/netzwelt/web/the-pirate-bay-eugh-urteilt-gegen-tauschboerse-a-1152104.html.

KRETSCHMER, MARTIN : *The Copyright Directive: Misinformation and Independent Enquiry*, CREATe du 29 juin 2018 ; disponible sous https://www.create.ac.uk/blog/2018/06/29/the-copyright-directive-misinformation-and-independent-enquiry/.

KROPP, JONATHAN : *Die Haftung von Host- und Access-Providern bei Urheberrechtsverletzungen* ; Francfort-sur-le-Mans 2012 [Peter Lang].

KUR, ANNETTE : *Secondary Liability for Trademark Infringement on the Internet: The Situation in Germany and Throughout the EU*, 37 (2014) Colum. J.L. & Arts, p. 525 – 540.

LADDIE, HUGH/PRESCOTT, PETER/VITORIA, MARY : *The Modern Law of Copyright and Designs. Volume two*, 4ième édition ; Londres 2011 [LexisNexis].

The Modern Law of Copyright and Designs. Volume one, 4ième édition ; Londres 2011 [LexisNexis].

LARRIEU, JACQUES/LE STANC, CHRISTIAN/TREFIGNY, PASCALE : *Droit du numérique. Septembre 2014 – Septembre 2015*, Recueil Dalloz 2015, p. 2214 - 2226.

Droit du numérique. Juillet 2010 – juillet 2011, Recueil Dalloz 2011, p. 2363 - 2374.

DE LAUBIER, CHARLES : *Le décret de taxe « Google Images » a été rejeté par le Conseil d'Etat puis retiré par le gouvernement*, Edition Multimédia du 22 octobre 2018 ; disponible sous http://www.editionmultimedia.fr/2018/10/22/le-decret-de-taxe-google-images-a-ete-rejete-par-le-conseil-detat-puis-retire-par-le-gouvernement/.

LAUSEN, MATTHIAS : *Unmittelbare Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers. Vortrag auf der Arbeitssitzung »Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen« des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München*, ZUM 2017, p. 278 – 289.

LE GOFFIC, CAROLINE : *Décision Allostreaming : légalité des mesures de déréférencement et coûts de blocage à charge des intermédiaires techniques. Observations sous Cour d'appel de Paris, 15 mars 2016, n° 14/01359*, Dalloz IP/IT 2016, p. 372 – 376.

La contrefaçon et ses responsables, PI 2015, n° 57, p. 359 – 364.

LE GRIP, CONSTANCE : *Stellungnahme des Rechtsausschusses für den Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie und den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt (2016/2276(INI))*, 8 mai 2017 ; disponible sous http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE-601.100&format=PDF&language=DE&secondRef=02.

LE STANC, CHRISTIAN/VIVANT, MICHEL : *Droit de l'informatique et des réseaux*, JCP E 1999, n° 21, p. 908 – 921.

LEE, CATHERINE : *Free flight to the US? It's dire for O'Dwyer*, The IPKat du 18 janvier 2012 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.de/2012/01/free-flight-to-us-its-dire-for-odwyer.html.

LEHMANN, HEINRICH : *Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des schweizerischen Rechts*, in : Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zum 80. Geburtstag, édité par Heinrich Lehmann/Hans Carl Nipperdey ; Berlin 1958, p. 177 – 190 [Walter de Gruyter].

LEHMANN, MICHAEL : *Unvereinbarkeit des § 5 Teledienstegesetz mit Völkerrecht und Europarecht*, CR 1998, p. 232 – 234.

LEHMENT, CORNELIS : *Anmerkung zum BGH-Urteil „Internet-Versteigerung II" (GRUR 2007, 708 [in diesem Heft])*, GRUR 2007, p. 713 – 714.

LEIBLE, STEFAN/SOSNITZA, OLAF : *Neues zur Störerhaftung von Internet-Auktionshäusern*, NJW 2004, p. 3225 – 3227.

LEISTNER, MATTHIAS : *»In jedem Ende liegt ein neuer Anfang« – das BGH-Urteil »Vorschaubilder III«, seine Bedeutung für die Bildersuche und für die weitere Entwicklung des Haftungssystems im Urheberrecht*, ZUM 2018, p. 286 – 292.

Handlungsbedarf bei Hyperlinks: Ein Reformvorschlag, in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 75 – 83 [C.H.Beck].

Die „The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber, GRUR 2017, p. 755 – 760.

Closing the book on hyperlinks: brief outline oft he CJEU's case law and proposal for European legislative reform, EIPR 2017, 39 (6), p. 327 – 333.

Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators, JIPLP 2017, Vol. 12, No. 2, p. 136 – 149.

Die „Metall auf Metall"-Entscheidung des BVerfG. Oder: Warum das Urheberrecht in Karlsruhe in guten Händen ist, GRUR 2016, p. 772 – 777.

Urheberrecht unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, EuZW 2016, p. 166 – 171.

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-160/15, ZUM 2016, p. 980 – 983.

Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren. Referat auf der Konferenz „Die Zukunft des Urheberrechts – 50 Jahre Urheberrecht in Deutschland" am 1. Dezember 2015 in Berlin, ZUM 2016, p. 580 – 594.

Nationales Recht unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, in : Dreier, Thomas/Hilty, Reto [éd.], Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG) ; Munich 2015, p. 251 – 266 [C.H.Beck].

Die Haftung von Kauf- und Buchungsportalen mit Bewertungsfunktion, in : Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, édité par Christian Alexander, Joachim Bornkamm, Benedikt Buchner, Jörg Fritzsche et Tobias Lettl ; Munich 2014, p. 415 – 428.

Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht. Werkbegriff und Recht der öffentlichen Wiedergabe, GRUR 2014, p. 1145 – 1155.

Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe, JIPLP 2014, Vol. 9, No. 1, p. 75 – 90.

Common Principles of Secondary Liability? in : Ohly, Ansgar [éd.], Common Principles of European Intellectual Property Law ; Tübingen 2012, p. 117 – 146 [Mohr Siebeck].

Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, p. 722 – 740.

Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, GRUR-Beil. 2010, p. 1 – 32.

Von „Grundig-Reporter(n) zu Paperboy(s)". Entwicklungsperspektiven der Verantwortlichkeit im Urheberrecht, GRUR 2006, p. 801 – 814.

LEISTNER, MATTHIAS/GRISSE, KARINA : *Sperrverfügungen gegen Access-Provider im Rahmen der Störerhaftung (Teil 1)*, GRUR 2015, p. 19 – 27.

Sperrverfügungen gegen Access-Provider im Rahmen der Störerhaftung (Teil 2), GRUR 2015, p. 105 – 115.

LEISTNER, MATTHIAS/METZGER, AXEL : *The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages,* IIC 2017, p. 381 – 384.

Wie sich das Problem illegaler Musiknutzung lösen lässt, FAZ du 4 janvier 2017 ; disponible sous http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html.

LEISTNER, MATTHIAS/RODER, VERENA : *Die Rechtsprechung des EuGH zum Unionsurheberrecht aus methodischer Sicht – zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung des europäischen Privatrechts im Mehrebenensystem*, ZfPW 2016, p. 129 – 172.

LEISTNER, MATTHIAS/STANG, FELIX : *BGH: Haftung für nicht vorsätzlich handelnde Beteiligte einer Patentrechtsverletzung – MP3-Player-Import. Anmerkung*, LMK 2010, 297473.

Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten - Ein Siegeszug der Prüfungspflichten? Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Fortentwicklung des Maßstabs der Prüfungspflichten, WRP 2008, p. 533 – 555.

LEUPOLD, ANDREAS : *LG Hamburg: Pflichten von YouTube bei Prüfung der Urheberrechte hochgeladener Musikvideos – GEMA. Anmerkung*, MMR 2012, p. 408 – 409.

VON LEWINSKI, SILKE : *Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum so genannten „Value Gap"*, in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 381 – 385 [C.H.Beck].

Comments on the 'value gap' provisions in the European Commission's Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (Article 13 and Recital 38), Kluwer Copyright Blog du 10 avril 2017 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/04/10/comments-value-gap-provisions-european-commissions-proposal-directive-copyright-digital-single-market-article-13-recital-38/.

Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public, in : Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas, édité par Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Agnès Lucas-Schloetter et François-Xavier Lucas ; Paris 2014, p. 775 – 784 [LexisNexis].

Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in : Drexl, Josef/Scheuing, Dieter H./Sieber, Ulrich [éd.], Europarecht im Informationszeitalter ; Baden-Baden 2000, p. 55 – 74 [Nomos].

LIBERTUS, MICHAEL : *Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit bei unbeabsichtigter Verbreitung von Computerviren*, MMR 2005, p. 507 – 512.

LIEVENS, DENNIS : *L'Oréal v. eBay – Welcomed in France, Resented in England*, IIC 2012, p. 68 – 76.

eBay's Accessory Liability for Counterfeiting - Why Joint Tort Liability Just Doesn't Cut the Mustard, IIC 2011, p. 506 – 534.

LINDACHER, WALTER : *Zur wettbewerbsrechtlichen Unterlassungshaftung der Presse im Anzeigengeschäft*, WRP 1987, p. 585 – 587.

LOEWENHEIM, ULRICH [éd.] : *Handbuch des Urheberrechts*, 2ième édition ; Munich 2010 [C.H.Beck].

LÖFFLER, CHRISTIAN : *Störerhaftung oder Beihilfe durch Unterlassen? Allgemeine strafrechtliche Haftungskategorien als Grundlage für die Konkretisierung der Schuldnerstellung im gewerblichen Rechtsschutz und im Lauterkeitsrecht*, in : Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, édité par Wolfgang Büscher, Willi Erdmann, Maximilian Haedicke, Helmut Köhler et Michael Loschelder ; Munich 2014, p. 37 – 51 [C.H.Beck].

LÖHR, H. DIETER : *Zur Haftung der Presse für irreführende Werbung*, WRP 1974, p. 524 – 526.

LOISEAU, GREGOIRE : *Responsable à tout prix*, CCE 2016/9, comm. 70, p. 30 – 31.

LOKHORST, GEERT : *GS Media in the National Courts: Fresh Issues on the meaning of 'for profit'*, Kluwer Copyright Blog du 17 janvier 2017 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/01/17/gs-media-national-courts-fresh-issues-meaning-profit/.

LUCAS, ANDRE : *Le droit d'auteur vu de Bruxelles*, Légipresse 2016/2, n° 335, p. 85 – 89.

Propriété littéraire et artistique, 5ième édition ; Paris 2015 [Dalloz].

Droit de communication au public – Transmission par haut-parleurs aux clients d'un restaurant de

programmes diffusés par une station de radio – Existence d'une communication (oui) – Existence d'un public nouveau (oui) – Caractère lucratif de la communication (non), PI 2015, n° 57, p. 415 – 416.

Droit de distribution – « Entoilage » d'une œuvre reproduite sur une affice – Épuisement (non), PI 2015, n° 55, p. 199 – 201.

Droit de représentation – Lien pointé vers un site de télévision de rattrapage – Atteinte au droit d'auteur (non résolu), PI 2013, n° 46, p. 55 – 56.

De la protection à la « surprotection » des droits de propriété intellectuelle, in : Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30e anniversaire de l'IRPI, Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) à Paris, le 28 novembre 2012 ; Paris 2013, p. 17 – 27 [LexisNexis].

LUCAS, ANDRE/LUCAS, HENRI-JACQUES/LUCAS-SCHLOETTER, AGNES : *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4ième édition ; Paris 2012 [LexisNexis].

LUCAS-SCHLOETTER, AGNES : *Google face à la justice française et belge. Nouvelles décisions en matière de droit d'auteur*, 2 (2011) JIPITEC, p. 144 – 151.

LUDYGA, HANNES : *YouTube als Täter bei Urheberrechtsverletzungen durch Nutzer. Zugleich Anmerkung zu OLG München ZUM 2016, 447*, ZUM 2016, p. 1013 – 1017.

LUEG, LISA : *Urheberrecht: Öffentliche Wiedergabe durch Verkauf eines multimedialen Medienabspielers. Anmerkung*, EuZW 2017, p. 520 – 521.

MAAßEN, STEFAN : *Haftung für Hyperlink auf Startseite nur nach Hinweis auf Rechtsverletzung*, GRUR-Prax 2016, p. 45.

MAAßEN, STEFAN/SCHOENE, VOLKER : *Sperrungsverfügung gegen Access-Provider wegen Urheberrechtsverletzung?* GRUR-Prax 2011, p. 394 – 396.

MACREZ, FRANCK : *« Soulier » et la résurgence de l'auteur*, Recueil Dalloz 2017, p. 84 – 87.

MAILLARD, THIERRY : *Le(s) statut(s) des moteurs de recherche*, Dalloz IP/IT 2016, p. 177 – 182.

MALOVIC, NEDIM : *Arnold J extends Premier League's live blocking order*, The IPKat du 20 juillet 2018 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.com/2018/07/arnold-j-extends-premier-leagues-live.html.

MALOVIC, NEDIM/HADDAD, PATRICIA : *Swedish court finds that an embedded link to unlicensed content infringes copyright*, JIPLP 2017, Vol. 12, No. 2, p. 89 – 91.

MANARA, CEDRIC : *Moteurs de recherche : mesures de la lutte contre les suggestions de mots-clés. Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ.*, Recueil Dalloz 2012, p. 1880.

Responsabilité des hébergeurs : l'affaire est-elle dans le sac ? Arrêt rendu par Cour de cassation, com., Recueil Dalloz 2012, p. 1261.

Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires Sabam, RLDI 2011/76, n° 2533, p. 84 – 93.

Contenu protégé : Dailymotion es tun hébergeur. Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ., Recueil Dalloz 2011, p. 1113.

Distinction hébergeur/éditeur : une occasion manquée. Cour d'appel de Reims – 20 juillet 2010 –

n° 08/01519, Recueil Dalloz 2010, p. 1932.

Distinction hébergeur/éditeur : une occasion manquée. Reims, 20 juill. 2010, n° 08/01519, Dalloz actualité du 23 juillet 2010.

Hébergement de contenus : une décision critiquables ! Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ., Recueil Dalloz 2010, p. 260.

RSS et responsabilité(s), Dalloz actualité du 6 mars 2008.

Sites internet : Site internet : flux rss et responsabilité, Recueil Dalloz 2008, p. 778.

MANTZ, RETO : *Die (neue) Haftung des (WLAN-)Access-Providers nach § 8 TMG. Einführung von Websperren und Abschaffung der Unterlassungshaftung*, GRUR 2017, p. 969 – 977.

MANTZ, RETO/SASSENBERG, THOMAS : *Die Neuregelung der Störerhaftung für öffentliche WLANs - Eine Analyse des TMG-RefE v. 11.3.2015*, CR 2015, p. 298 – 306.

MARINO, LAURE : *Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement*, JCl. Communication, fasc. 670, du 30 août 2015, dernière mise à jour du 1er décembre 2017.

MARLY, JOCHEN : *EU-konforme unbestimmte Sperrverfügung gegen Internetprovider – UPC Telekabel/Constantin Film ua [kino.to]. Anmerkung*, GRUR 2014, p. 472 – 473.

MARSOOF, ATLHAF : *The Blocking Injunction - A Critical Review of Its Implementation in the United Kingdom Within the Legal Framework of the European Union*, IIC 2015, p. 632 – 665.

MARTIN-PRAT, MARIA : *The Future of Copyright in Europe*, 38 Columbia Journal of Law & Arts 29 (2014), p. 29 – 47.

MATULIONYTE, RITA/NERISSON, SYLVIE : *The French Route to an ISP Safe Harbour, Compared to German and US Ways*, IIC 2011, p. 55 – 73.

MAUNZ, THEODOR/DÜRIG, GÜNTER [fond.] : *Grundgesetz. Kommentar*. Tome VI, édité par Herzog, Roman/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H./Scholz, Rupert, 75ième livraison ; München 2015 [C.H.Beck].

MAXIMIM, NATHALIE : *Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (JO 8 juill.)*, Dalloz IP/IT 2016, p. 386 – 387.

MAYAUD, YVES [éd.] : *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* ; Paris 2017, dernière mise à jour en août 2017 [Dalloz].

MAYER, FRANZ C./WENDEL, MATTIAS : *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts*; in : Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian, Enzyklopädie Europarecht, Tome 1, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht ; Baden-Baden 2014, p. 163 – 258 [Nomos].

MEALE, DARREN : *Online service provider's liability for the activities of ist users*, JIPLP 2010, Vol. 00, No. 0, p. 491 – 492.

MEKKI, MUSTAPHA : *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte*, Gaz. Pal. 2017, n° 17, p. 12 – 15.

METALLINOS, NATHALIE : *Arrêt Breyer : la Cour de justice de l'Union européenne prône une approche réaliste*, CCE 2016 n° 12, comm. 104, p. 40 – 42.

METZGER, AXEL : *Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven*, ZUM 2018, p. 233 – 242.

MEURIS-GUERRERO, FLORENCE : *Plateforme en ligne - L'ambiguïté persistante des plateformes numériques*, CCE 2016, n° 11, alerte 69, p. 28.

MEZARD, JACQUES : *Rapport fait au nom nom de la commission d'enquête (1) sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes. Sénat, N° 126,* 28 octobre 2015 ; disponible sous http://www.senat.fr/rap/r15-126/r15-1261.pdf.

MEZEI, PETER : *Enter the matrix: the effects of CJEU case law on linking and streaming technologies*, JIPLP 2016, Vol. 11, No. 10, p. 778 – 794.

MEZEI, PETER/HARKAI, ISTVAN : *Enforcement of Copyright over the Internet: A Review of the recent ECJ Case Law*, [2017] Journal Of Internet Law 21 (4), p. 1, 13 – 27.

MICHELOTTI, LAURA : *Pour la justice européenne, les gérants de The Pirate Bay portent bien atteinte au droit d'auteur*, Le monde du 14 juin 2017 ; disponible sous http://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/06/14/pour-la-justice-europeenne-les-gerants-de-the-pirate-bay-portent-bien-atteinte-au-droit-d-auteur_5144594_4408996.html.

MIDELIEVA, LYUBOMIRA : *Rethinking hyperlinking: addressing hyperlinks to unauthorised content in copyright law and policy*, EIPR 2017, 39(8), p. 479 – 488.

MINISTERE DE LA JUSTICE, DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU : *Avant-Projet de Loi. Réforme de la Responsabilité Civile. Lancement de la consultation sur l'avant-projet de loi par le garde des Sceaux, le vendredi 29 avril 2016* ; disponible sous http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf.

Projet de Réforme de la Responsabilité Civile du 13 mars 2017 ; disponible sous http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

MOULY, JEAN : *L'abandon de la théorie de l'acceptation des risques en matière de responsabilité civile du fait des choses. Enjeux et perspectives*, Recueil Dalloz 2011, p. 690 – 696.

MÜLLER-BROICH, JAN D. : *Telemediengesetz. Nomoskommentar* ; Baden-Baden 2012 [Nomos].

MÜLLER, VALERIE/KIPKER, DENNIS-KENJI : *Der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes. Hat die Bundesregierung eine zeitgemäße Angleichung des TMG verfehlt?* MMR 2016, p. 87 – 90.

MÜNCHENER KOMMENTAR : *Bürgerliches Gesetzbuch*, Tome 2, édité par Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmund Oetcker et Bettina Limperg ; Wolfgang Krüger [réd.], 7ième édition ; Munich 2016 [C.H.Beck].

Bürgerliches Gesetzbuch, Tome 6, édité par Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmund Oetcker et Bettina Limperg ; Matthias Habersack [réd.], 7ième édition ; Munich 2017 [C.H.Beck].

Bürgerliches Gesetzbuch, Tome 7, édité par Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmund Oetcker et Bettina Limperg ; Reinhard Gaier [réd.], 7ième édition ; Munich 2017 [C.H.Beck].

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Tome 1, édité par Thomas

Rauscher et Wolfgang Krüger, 5ième édition ; Munich 2016 [C.H.Beck].

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Tome 2, édité par Thomas Rauscher et Wolfgang Krüger, 5ième édition ; Munich 2016 [C.H.Beck].

zum Strafgesetzbuch, Tome 1, édité par Wolfgang Joecks et Klaus Miebach ; Bernd von Heintschel-Heinegg (réd.), 3ième édition ; Munich 2017 [C.H.Beck].

zum Strafgesetzbuch, Tome 7, édité par Wolfgang Joecks et Klaus Miebach ; Wolfgang Joecks et Roland Schmitz (réd.), 2ième édition ; Munich 2015 [C.H.Beck].

MURPHY, JOHN : *Rethinking Injunctions in Tort Law*, 27 Oxford Journal of Legal Studies (2007), p. 509 – 535.

MUSIELAK, HANS-JOACHIM/VOIT, WOLFGANG [éd.] : *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 13ième édition ; Munich 2016 [Verlag Franz Vahlen].

NAZARI-KHANACHAYI, ARIAN : *Access-Provider als urheberrechtliche Schnittstelle im Internet. Europarechtliche Vorgaben im Hinblick auf Zugangserschwerungsverfügungen und Lösungsansätze für das deutsche Recht de lege ferenda*, GRUR 2015, p. 115 – 123.

NEUHAUS, STEPHAN : *Sekundäre Haftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht. Dogmatische Grundlagen und Leitlinien zur Ermittlung von Prüfungspflichten* ; Tübingen 2011 [Mohr Siebeck].

NEUMANN, SOPHIE : *Die Haftung der Intermediäre im Internationalen Immaterialgüterrecht. Vorgaben und Grenzen von Territorialitätsprinzip und Schutzlandanknüpfung*, 1ière édition ; Baden-Baden/Berne 2014 [Nomos].

NIEMANN, INGO : *Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen. Das Verhältnis zwischen WIPO und WTO/TRIPS* ; Berlin u.a. 2008 [Springer Verlag].

NIPPERDEY, HANS CARL : *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht*, NJW 1957, p. 1777 – 1782.

NOLTE, GEORG : *Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen*, ZUM 2017, p. 552 – 565.

Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte). Vortrag auf der Arbeitssitzung »Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen« des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München, ZUM 2017, p. 304 – 312.

NOLTE, GEORG/WIMMERS, JÖRG : *Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet*, GRUR-Beilage 2014, p. 58 – 69.

Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen, GRUR 2014, p. 16 – 27.

NORDEMANN, JAN BERND : *Die Haftung allgemeiner Zugangsprovider auf Website-Sperren Der aktuelle Stand nach BGH „Dead Island“*, GRUR 2018, p. 1016 – 1021.

Are preventive duties on hosting service providers in line with EU law? Some comments from a legal perspective on Art. 13 Draft DSM Directive and “upload filters”, Kluwer Copyright Blog du 28 juin 2018 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/06/28/preventive-duties-hosting-service-providers-line-eu-law-comments-legal-perspective-art-13-draft-dsm-directive-upload-

filters/#_ftn1.

EuGH-Urteile GS Media, Filmspeler und ThePirateBay: ein neues europäisches Haftungskonzept im Urheberrecht für die öffentliche Wiedergabe, GRUR Int. 2018, p. 526 – 528.

Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content - Regulatory Actions Needed? In-Depth Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-08, janvier 2018 ; disponible sous http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf.

Nach TMG-Reform und EuGH „McFadden". Das aktuelle Haftungssystem für WLAN- und andere Zugangsprovider, GRUR 2016, p. 1097 – 1103.

Internetpiraterie: Britischer Court of Appeal bestätigt Anspruch von Markeninhabern auf Website-Sperrung, GRUR-Prax 2016, p. 491 – 493.

Die öffentliche Wiedergabe im Urheberrecht. Das Konzept des EuGH gewinnt Kontur? GRUR 2016, p. 245 – 248.

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27. März 2014 – C-314/12 – UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH (»Kino.to«), ZUM 2014, p. 499 – 501.

Internetpiraterie: High Court of Justice bejaht Anspruch von Markeninhabern auf Website-Sperrung – Eine Option auch für deutsche Rechteinhaber? GRUR-Prax 2014, p. 513 – 151.

Liability for Copyright Infringements on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The German Approach, 2 (2011) JIPITEC, p. 37 – 49.

Internet Copyright Infringement: Remedies against intermediaries - the European perspective on host and access providers, 59 Journal of the Copyright Society of the USA, p. 773 – 802 (2011-2012).

Haftung *von Providern im Urheberrecht. Der aktuelle Stand nach dem EuGH-Urteil v. 12.7.2011 - C-324/09 - L'Oréal/eBay*, GRUR 2011, p. 977 – 981.

O'BYRNE, PETER/BURSTALL, RUTH : *Liability of landlords for infringing activities*, JIPLP 2011, Vol. 6, No. 10, p. 738 – 742.

OBERGFELL, EVA INES : *Gerichtlich verordneter Passwortschutz für WLAN-Hotspots. Zur Reichweite der Access Provider-Privilegierung von kommerziellen WLAN-Anbietern*, NJW 2016, p. 3489 – 3492.

OBERGFELL, EVA INES/STIEPER, MALTE : *Kompetenzverschiebungen*, in : Dreier, Thomas/Hilty, Reto [éd.], Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG) ; Munich 2015, p. 223 – 238 [C.H.Beck].

OBERGFELL, EVA INES/THAMER, ALEXANDER : *(Non-)Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts: Context and Overview on State of Play*, GRUR Int. 2017, p. 201 – 206.

OFCOM : *"Site blocking" to reduce online copyright infringement. A review of Section 17 and 18 of the Digital Economy Act* ; disponible sous http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/internet/site-blocking.pdf.

What is Ofcom?; disponible sous http://www.ofcom.org.uk/about/what-is-ofcom/.

OHLY, ANSGAR : *EuGH-Vorlage zur Haftung einer Internetvideoplattform für Urheberrechtsverletzungen - YouTube. Anmerkung*, GRUR 2018, p. 1139 – 1142.

Unmittelbare und mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dem „Córdoba"-Urteil des EuGH, GRUR 2018, p. 999 – 1006.

The broad concept of "communication to the public" in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability? GRUR Int. 2018, p. 517 – 526.

Keine Urheberrechtsverletzung bei Bildersuche durch Suchmaschinen – Vorschaubilder III. Anmerkung, GRUR 2018, p. 187 – 189.

Von GS Media zu einer unionsrechtlichen Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten? in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 387 – 395 [C.H.Beck].

Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen »GS Media«, »Filmspeler« und »The Pirate Bay«: Abenddämmerung für die Störerhaftung? ZUM 2017, p. 793 – 802.

Die Haftung von Internet-Dienstleistern für die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten, GRUR 2017, p. 441 – 451.

Keine „öffentliche Wiedergabe" durch Hyperlinksetzen ohne Gewinnerzielungsabsicht – GS Media/Sanoma ua. Anmerkung, GRUR 2016, p. 1155 – 1157.

Die lauterkeitsrechtliche Haftung für Hyperlinks, NJW 2016, p. 1417 – 1420.

Der unionsrechtliche Rahmen der Haftung von Intermediären. Gutachten im Auftrag der GEMA ; Munich 2015.

Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, p. 308 – 318.

Urheberrecht in der digitalen Welt - Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag ; Munich 2014 [C.H.Beck].

Urheberrecht in der digitalen Welt - Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung?, NJW-Beilage 2014, p. 47 – 50.

European Fundamental Rights and Intellectal Property, in : Ohly, Ansgar/Pila, Justine [éd.], The Europeanization of Intellectual Property Law. Towards a European Methodology ; Oxford 2013, p. 145 – 163 [Oxford University Press].

Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet. Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – Vorschaubilder II, GRUR 2012, p. 983 – 992.

Verändert das Internet unsere Vorstellung von Persönlichkeit und Persönlichkeitsrecht? AfP 2011, p. 428 – 438.

Europäische Grundsätze des Geistigen Eigentums? in : Matthias Leistner [éd.], Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums ; Tübingen 2010, p. 190 – 208 [Mohr Siebeck].

Three principles of European IP enforcement law : Effectiveness, proportionality, dissuasiveness, in : Technology and Competition. Technologie et Concurrence. Contributions in Honour of Hanns Ullrich. Mélanges en L'Honneur de Hanns Ullrich, édité par Josef Drexl, Reto M. Hilty, Laurence Boy, Christine Godt et Bernard Remiche ; Bruxelles 2009, p. 257 – 274 [Larcier].

Economic Rights, in : Derclaye, Estelle [éd.], Research Handbook on the Future of EU Copyright ; Cheltenham (UK) / Northampton (MA, USA) 2009, p. 212 – 241 [Edward Elgar Publishing].

Geistiges Eigentum? JZ 2003, p. 545 – 544.

„Volenti non fit iniuria". Die Einwilligung im Privatrecht ; Tübingen 2002 [Mohr Siebeck].

OHLY, ANSGAR/SOSNITZA, OLAF : *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung*, 7ième édition ; Munich 2016 [C.H.Beck].

OTT, STEPHAN : *BGH: Framing – Die Realität. Anmerkung*, MMR 2013, p. 599 – 600.

Bildersuchmaschinen und Urheberrecht. Sind Thumbnails unerlässlich, sozial nützlich, aber rechtswidrig? ZUM 2009, p. 345 – 354.

Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen? Eine Analyse der US-amerikanischen und der deutschen Rechtsprechung, ZUM 2007, p. 119 – 128.

PALANDT, OTTO [fond.] : *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 77ième édition ; Munich 2018 [C.H.Beck].

PARLEMENT EUROPEEN : *Briefing. EU Legislation in Progress. Copyright in the digital single market*, juillet 2018 ; disponible sous http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593564/EPRS_BRI(2016)593564_EN.pdf.

Procedure file ; disponible sous http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=672955&l=en.

Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)). Committee on Legal Affairs. Rapporteur: Axel Voss, A8-0245/2018 du 29 juin 2018 ; disponible sous http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2018-0245+0+DOC+PDF+V0//EN.

Les plateformes en ligne et le marché unique numérique. Résolution du Parlement européen du 17 juin 2017 sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique (2016/2276(INI)), 15 juin 2017 ; disponible sous http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0272+0+DOC+PDF+V0//FR.

PASCHOLD, FLORIAN : *Opinion of Advocate General delivered in case C-149/17*, GRUR Int. 2018, p. 783 – 787.

Unionsrechtskonformität der Rechtsprechung des BGH zur sekundären Darlegungslast des Anschlussinhabers im Rahmen von Filesharing-Fällen mit Familienbezug nach der Entscheidung Afterlife, GRUR Int. 2018, p. 621 – 626.

PAULUS, ANDREAS : *Schutz des geistigen Eigentums*, in : Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [éd.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Tome XI, Internationale Bezüge, 3ième édition ; Heidelberg 2013, p. 825 – 855 [C.F.Müller].

PAVEL, ILARION/SERRIS, JACQUES : *Modalités de régulation des algorithmes de traitement des contenus. Rapport à Madame la Secrétaire d'Etat chargée du numérique*, N° 2015/36/CGE/SG, 13 mai 2016, disponible sous

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/Rapports/2016_05_13_Rapport_Algorithmes(1).pdf.

PEERS, STEVE/HERVEY, TAMARA/KENNER, JEFF/WARD, ANGELA [éd.] : *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* ; Oxford et a. 2014 [HART Publishing].

PEIFER, KARL-NIKOLAUS : *Plattformwirtschaft und das Geistige Eigentum: High-Noon-Stimmung für Rechteinhaber*, GRUR-Prax 2018, p. 2 – 4.

PETERSDORFF-CAMPEN, THOMAS : *Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil vom 20. April 2012 – 310 O 461/10*, ZUM 2012, p. 606 – 609.

PEUKERT, ALEXANDER : *Die Bedeutung der »AKM«-Entscheidung des EuGH für das Recht der Kabelweitersendung in Deutschland*, ZUM 2017, p. 881 – 897.

„Copydan/Nokia" und die Zukunft des gesetzlichen Vergütungsanspruchs für die digitale Privatkopie, GRUR 2015, p. 452 – 456.

Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beil. 2014, p. 77 – 93.

PFLÜGER, CLAUDIUS : *Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung. Dispositionsmöglichkeiten bei Vergütungsansprüchen aus gesetzlichen Lizenzen* ; Baden-Baden 2017 [Nomos].

PICKER, EDUARD : *Der negatorische Beseitigungsanspruch* ; Bonn 1972 [Ludwig Röhrscheid Verlag].

PIERRE, PHILIPPE : *La place de la responsabilité objective. Notion et rôle de la faute en droit français*, RLDC 2010/71, n° 3802, p. 16 – 24.

POILLOT, ELISE : *Plateformes en ligne : portée de l'obligation de loyauté*, Recueil Dalloz 2016, p. 2056.

POLLAUD-DULIAN, FREDERIC : *La copie privée « dans le nuage » ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 29 novembre 2017, affaire numéro C-265/16, VCAST*, RTD Com. 2018, p. 100 – 107.

Le droit de communication au public encore et toujours... ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 16 mars 2017, affaire numéro C-138/16, AKM, RTD Com. 2018, p. 95 – 99.

Droit de communication au public. Plateforme de partage en ligne. Échanges de pair à pair ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 14 juin 2017, affaire numéro C-610/15, RTD Com. 2017, p. 900 – 903.

Dispositions relatives au droit d'auteur de la loi « pour une République numérique ». Note sous Loi numéro 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, Journal officiel numéro 0235 du 8 octobre 2016, RTD Com. 2016, p. 760 – 766.

Forunisseur d'accès à Internet. Contrefaçon. Conditions de l'irresponsabilité du prestataire. Mesures de cessation et de prévention des atteintes aux droits. Mot de passe. Juste équilibre. Directive n° 2000/31, RTD Com. 2016, p. 751 – 755.

Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi « liberté de la création, architecture et patrimoine », RTD Com. 2016, p. 481 – 502.

Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur, 2ième édition ; Paris 2014 [Economica].

Fournisseur d'accès. Injonction d'interdiction d'accès à des sites contrefaisants. Choix de mesures. Droit fondamentaux, RTD Com. 2014, p. 609 – 611.

Fournisseur d'accès. Injonction. Obligation de filtrage ou de blocage des échanges contrefaisants. Obligation générale de surveillance, RTD Com. 2008, p. 307 – 308.

Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, RTD Com. 2006, p. 779 – 814.

POORT, JOOST/ LEENHEER, JORNA/VAN DER HAM, JEROEN/DUMITRU, COSMIN : *Baywatch: Two approaches to measure the effects of blocking access to The Pirate Bay*, Telecommunications Policy 38 (2014), p. 383 – 392.

PROJEKTGRUPPE ARD/ZDF-MULTIMEDIA : *Online-Studie 2017. Kern-Ergebnisse*, 11 octobre 2017 ; disponible sous http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/files/2017/Artikel/Kern-Ergebnisse_ARDZDF-Onlinestudie_2017.pdf.

QUAEDVLIEG, ANTOON : *Le droit de communication au public*, PI 2015, n° 55, p. 125 – 132.

RAESCHKE-KESSLER, HILMAR : *Schafft es die ökonomische Analyse des Rechts als Methode bis in die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs?* in : Festschrift für Wolfgang Büscher, édité par Hans-Jürgen Ahrens, Joachim Bornkamm, Karl-Heinz Fezer, Thomas Koch, Mary-Rose McGuire et Gert Würtenberger ; Cologne 2018, p. 659 – 669 [Carl Heymanns Verlag].

RAHMATIAN, ANDREAS : *European Copyright Inside or Outside the European Union: Pluralism of Copyright Laws and the "Herderian Paradox"*, IIC 2016, p. 912 – 940.

RAMALHO, ANA : *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking. A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonization* ; Bâle 2016 [Springer Verlag].

RAUE, BENJAMIN : *Kein öffentliches Zugänglichmachen eines urheberrechtlich geschützten Gegenstands durch Vorhalten auf dem eigenen Server? - Anmerkung zu GA Sánches-Bordona, Schlussanträge vom 25.4.2018 - C-161/17 - Cordoba (ZUM 2018, 506)*, ZUM 2018, p. 517 – 519.

Die Verdrängung deutscher durch europäische Grundrechte im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR Int. 2012, p. 402 – 410.

RAUER, NILS : *Hyperlinks im Digitalen Binnenmarkt*, in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 85 – 94 [C.H.Beck].

EuGH-Vorgaben zu Hyperlinks: Schwedisches Gericht erlässt erstes nationales Urteil, 2 novembre 2016 ; disponible sous http://hoganlovells-blog.de/2016/11/02/eugh-vorgaben-zu-hyperlinks-schwedisches-gericht-erlaesst-erstes-nationales-urteil/.

RAUER, NILS/ETTIG, DIANA : *Der EuGH zur öffentlichen Wiedergabe. Zugleich Anmerkung zu EuGH, 08.09.2016 – C-160/15 – GS Media/Sanoma Media Netherlands u.a.*, WRP 2016, p. 1319 – 1322.

Haftung des Betreibers eines Onlineshops, GRUR-Prax 2016, p. 203.

RAUER, NILS/VONAU, EVA : *Ausweitung des Begriffs der „öffentlichen Wiedergabe"*, GRUR-Prax 2017, p. 213.

REDA, JULIA : *Bericht über die Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (2014/2256(INI)). Rechtsausschuss, A8-0209/2015*, 24 juin 2015 ; disponible sous http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-

//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0209+0+DOC+PDF+V0//DE.

REED, CHRIS : *Internet Law. Text and Materials*, 2ième édition ; Cambridge 2004 [Cambridge University Press].

REES, MARC : *Sénat : la Hadopi va finalement survivre après 2022. Comment tuer une mise à mort*, NextInpact du 26 mai 2016 ; disponible sous https://www.nextinpact.com/news/99979-senat-hadopi-va-finalement-survivre-apres-2022.htm.

REGENSTEIN, MORITZ : *Der evolvierende Tatbestand des Öffentlichkeitsbegriffs i. S. v. Art. 3 InfoSoc-RL – Von »SGAE« über »GS Media« zu »The Pirate Bay« und der Brücke von Cordoba*, ZUM 2018, p. 649 – 660.

REIMER, DIETRICH : *BGH 29.05.1964 Ib ZR 4/63 „Personalausweise". Anmerkung*, GRUR 1965, p. 109 – 110.

REINBOLD, FABIAN : *Hotspots: Bundesrat stimmt Abschaffung der WLAN-Störerhaftung zu* ; disponible sous http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/wlan-bundesrat-stimmt-abschaffung-der-stoererhaftung-zu-a-1098294.html.

REINBOTHE, JÖRG : *Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR Int. 2001, p. 733 – 745.

Die Entwicklung des EU-Richtlinienentwurfs zum Urheberrecht im Kontext mit den internationalen Konventionen, in : Stern, Klaus/Prütting, Hanns [éd.], Die Entwicklung des Urheberrechts im europäischen Rahmen ; Munich 1999, p. 1 – 22 [C.H.Beck].

REINBOTHE, JÖRG/VON LEWINSKI, SILKE : *The WIPO Treaties 1996. The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty. Commentary and Legal Analysis* ; Londres 2002 [Reed Elsevier, Butterworths, LexisNexis].

RENDAS, TITO : *How Playboy Photos Compromised EU Copyright Law: The GS Media Judgement*, [2017] Journal Of Internet Law 20 (11), p. 11 – 16.

RICBOURG-ATTAL, ELISE : *La responsabilité civile des acteurs de l'internet. Du fait de la mise en ligne de contenus illicites* ; Bruxelles 2014 [Larcier].

RICOLFI, MARCO : *Towards an EU Copyright Code? A Conceptual Framework*, in : Stamatoudi, Irini A. [éd.], New Developments in EU and International Copyright Law ; Alphen aan den Rijn et a. 2016, p. 447 – 467 [Wolters Kluwer].

RIEHM, THOMAS : *Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien*, Beate Gsell/Carsten Herresthal [éd.], Vollharmonisierung im Privatrecht ; Tübingen 2009, p. 83 – 111 [Mohr Siebeck].

RIESENHUBER, KARL : *Die »Öffentlichkeit« der Kabelweitersendung. Eine »Untergrenze von 75 Wohneinheiten« gibt es nicht*, ZUM 2012, p. 433 – 444.

RIORDAN, JAANI : *The Liability of Internet Intermediaires* ; Oxford 2016 [Oxford University Press].

RITLEWSKI, KRISTOFF : *L'Oréal-Voraussetzungen auf physische Marktplätze anwendbar*, GRUR-Prax 2016, p. 354.

ROCHFELD, JUDITH : *Le projet de loi pour une République numérique: entre espoirs et regrets*, Dalloz IP/IT 2016, p. 4 – 5.

ROCHFELD, JUDITH/ZOLYNSKI, CELIA : *La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?* Dalloz IP/IT 2016, p. 520 – 524.

ROGERS, WILLIAM V. H., M.A. : *Winfield and Jolowicz on Tort*, 17ième édition ; Londres 2006 [Sweet&Maxwell].

RÖHL, CHRISTOPH/BOSCH, ANDREAS : *Musiktauschbörsen im Internet – eine rechtliche Bewertung aus aktuellem Anlass*, NJW 2008, p. 1415 – 1420.

ROSATI, ELEONORA : *CJEU rules that unauthorized re-posting of protected content may be an infringement*, The IPKat du 7 août 2018 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.com/2018/08/cjeu-rules-that-unauthorized-re-posting.html.

The value gap proposal in the JURI Committee Report as a consolidation of the existing framework (not the end of the internet), The IPKat du 2 juillet 2018 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.com/2018/07/the-value-gap-proposal-in-juri.html.

Respect of family life cannot be abused to trump copyright protection, says AG Szpunar, The IPKat du 6 juin 2018 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.com/2018/06/respect-of-family-life-cannot-be-abused.html.

The CJEU Pirate Bay judgement and its impact on the liability of online platforms, EIPR 2017, 39(12), p. 737 – 748.

Another German decision warns against broad application of GS Media presumption for for-profit link providers, The IPKat du 22 octobre 2017 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.ch/2017/10/another-german-decision-warns-against.html.

German Federal Court of Justice rules that GS Media presumption of knowledge does not apply to Google Images, The IPKat du 22 septembre 2017 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.de/2017/09/german-federal-court-of-justice-rules.html.

Intermediary IP injunctions in the EU and UK experiences: when less (harmonization) is more? GRUR Int. 2017, p. 206 – 215.

New CJEU reference ... asking whether InfoSoc Directive envisages digital exhaustion, The IPKat du 14 juillet 2017 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.de/2017/07/new-cjeu-reference-asking-whether.html.

After Sweden and Germany, GS Media finally finds its application in the Czech Republic, The IPKat du 6 février 2017 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.com/2017/02/after-sweden-and-germany-gs-media-finds.html.

Why a reform of hosting provider's safe harbour is unnecessary under EU copyright law, EIPR 2016, 38 (11), p. 668 – 676.

The new French law targeting "automated image referencing services": does EU law allow it? The IPKat du 23 octobre 2016 ; disponible sous http://ipkitten.blogspot.de/2016/10/the-new-french-law-targeting-automated.html.

Unauthorized hyperlinks to live TV broadcasts not infringements under InfoSoc Directive, JIPLP 2015, Vol 10, No. 8, p. 582 – 583.

Copyrigh in the EU: in search of (in)flexibilities, GRUR Int. 2014, p. 419 – 428.

On secondary infringement and beyond: the future of online copyright law, JIPLP 2010, Vol. 5, No. 4, p. 282 – 284.

ROSEN, JAN : *CJEU as a legislator in its own rights?* in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 95 – 105 [C.H.Beck].

How Much Communication to the Public is ‚Communication to the Public'? in : Stamatoudi, Irini A. [éd.], New Developments in EU and International Copyright Law ; Alphen aan den Rijn et a. 2016, p. 331 – 349 [Wolters Kluwer].

ROUHETTE, THOMAS/GATEAU, CHRISTINE : *Le statut d'hébergeur en Europe, une insécurité juridiqiue née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique*, RLDI 2011/72, n° 2399, p. 59 – 62.

ROY, ALPANA/MARSOOF, ALTHAF : *Negligent omissions as a basis for holding internet intermediaries liable for infringements of trade mark rights: approaches under the English common law*, [2017] IPQ, p. 52 – 77.

Negligent Ommissions as a Basis for Holding Online Hosts Liable for Infringements of Trade Mark Rights: An Australian Perspective, [2016] IPQ p. 371 – 392.

RÜTING, KAI : *Patentrechtliche Verantwortung bei Lieferung nach Deutschland*, GRUR-Prax 2013, p. 423.

SACHS, MICHAEL [éd.] : *Grundgesetz. Kommentar*, 7ième édition ; Munich 2014 [C.H.Beck].

SAENGER, INGO [éd.] : *Zivilprozessordnung. Familienrecht. Gerichtsverfassung. Europäisches Verfahrensrecht*, 7ième édition ; Baden-Baden 2017 [Nomos].

SAINT MARTIN, AXEL : *Proposition d'une « responsabilité raisonnable » pour le Web 2.0*, RLDI 2007/32, n° 1070, p. 32 – 39.

SARDAIN, FREDERIC : *La contrefaçon du fait des liens hypertextes*, CCE 2005/6, étude 21, n° 18, p. 9 - 13.

SAVOLA, PEKKA : *The Ultimate Copyright Shopping Opportunity – Jurisdiction and Choice of Law in Website Blocking Injunctions*, IIC 2014, p. 287 – 316.

SCARAMOZZINO, ÉLEONORE : *Œuvre phonographique – Contrefaçon – Blocage de Pirate Bay*, Juris art. etc. 2015, n° 21, p. 13.

SCHACK, HAIMO : *Einheitliches Urheberrecht in der EU*, in : Dreier, Thomas/Hilty, Reto [éd.], Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG) ; Munich 2015, p. 277 – 285 [C.H.Beck].

Europäische Urheberrechts-Verordnung: erwünscht oder unvermeidlich? in : Matthias Leistner [éd.], Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums ; Tübingen 2010, p. 173 – 189 [Mohr Siebeck].

SCHAEFER, MATTHIAS : *Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords – Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse*, MMR 2005, p. 807 – 810.

SCHAUB, RENATE : *Keine Haftungsbefreiung für Familienmitglieder bei Filesharing – Bastei Lübbe/Strotzer. Anmerkung*, GRUR 2018, p. 1237 – 1238.

Haftung des Inhabers eines privaten Internetanschlusses für Rechtsverletzungen im Rahmen von Online-Musiktauschbörsen, GRUR 2016, p. 152 – 156.

SCHEUER, ALEXANDER : *UK: Digital Economy Act hält rechtlicher Prüfung stand*, MMR-Aktuelle 2011, 318496.

SCHEUFELE, MARKUS : *Neue gesetzliche Vergütungsansprüche für Kreative? Vorbild der Vermietrichtlinie. Vortrag auf der Arbeitssitzung »Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen« des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München*, ZUM 2017, p. 316 – 320.

SCHIERHOLZ, ANKE : *Die Probleme der Rechtsprechung mit dem Framing – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.9.2017 - I ZR 11/16 - Vorschaubilder III*, ZUM 2018, p. 135 – 136.

SCHMIDT, HOLGER : *Web 3.0: Das Internet der nächsten Generation*, FAZ du 4 mai 2009 ; disponible sous http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/web-3-0-das-internet-der-naechsten-generation-1796817.html.

SCHMITZ, SANDRA : *HADOPI und DIGITAL ECONOMY ACT 2010: Zum Scheitern verurteilt?* in : Jürgen Taeger [éd.], Law as a Service, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013, Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, Tome 2 ; Edewecht 2013, p. 599 – 618 [Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht].

SCHNEIDER, ANGELIKA : *Vom Störer zum Täter? Verantwortlichkeit für mittelbare Wettbewerbs-, Urheber- und Markenrechtsverletzungen im Online-Bereich auf der Grundlage einer täterschaftlichen Haftung aufgrund Verkehrspflichtverletzung* ; Baden-Baden 2012 [Nomos].

SCHOLZ, RUPERT : *Nationale und europäische Grundrechte - unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Grundrechtecharta*, in : Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen [éd.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Tome VI/2, Europäische Grundrechte II, Universelle Menschenrechte ; Heidelberg et a. 2009, p. 63 – 120.

SCHROEDER, WERNER : *Die Auslegung des EU-Rechts*, JuS 2004, p. 180 – 186.

SCHULTE, RAINER [éd.] : *Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen. Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung*, 10ième édition ; Cologne 2017 [Carl Heymanns Verlag].

SCHULZE, GERNOT : *Ende der Verbreitung von Bauhaus-Imitaten aus Italien?* GRUR-Prax 2016, p. 187 – 189.

Svensson, BestWater und Die Realität – Ist Framing nun grundsätzlich zulässig? ZUM 2015, p. 106 – 110.

SCHULZE, REINER [éd.] : *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, 9ième édition ; Baden-Baden 2017 [Nomos].

SCHÜNEMANN, WOLFGANG B. : *Die wettbewerbsrechtliche "Störer"-Haftung. Ein Konstrukt zwischen "praktischer Notwendigkeit" und dogmatischer Begründbarkeit*, WRP 1998, p. 120 – 124.

SCHUPPERT, STEFAN : *Unerkannt im Internet - wie helfen und haften Anonymisierungsdienste?*, in : Stephan Leible/Olaf Sosnitza [éd.], Online-Recht 2.0: Alte Fragen - neue Antworten? Cloud Computing - Datenschutz - Urheberrecht – Haftung ; Stuttgart et a. 2011, p. 151 – 160 [R. Verlag Boorberg].

SCHWARTMANN, ROLF : *Vergleichende Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen* ; Cologne 2012, disponible sous http://bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Technologie-und-Innovation/warnhinweise-lang,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf.

SCOLLO LAVIZZARI, CARLO : *Die andere Seite der Medaille: von zwingenden und anderen Schranken*, in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 156 – 164 [C.H.Beck].

SEEMANN, MICHAEL : *Lieber frei als gerecht*, Spiegel Online du 21 avril 2012 ; disponible sous http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/warum-urheberrecht-und-internet-nicht-zusammenpassen-a-828246.html.

SENAT : *N° 634, Texte de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration universelle. Proposition de Loi Modifiée par l'Assemblée Nationale, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*, 25 mai 2016 ; disponible sous https://www.senat.fr/leg/ppl15-634.pdf.

SENECHAL, JULIETTE : *La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats (1re partie)*, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2016, p. 79 – 84.

SENFTLEBEN, MARTIN/ANGELOPOULOS, CHRISTINA/FROSIO, GIANCARLO/MOSCON, VALENTINA/PEGUERA, MIQUEL/ROGNSTADT, OLE-ANDREAS : *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, EIPR 2018, 40(3), p. 149 – 163.

SESING, ANDREAS : *Verantwortlichkeit für offenes WLAN Auswirkungen der TMG-Reform auf die Haftung des Anschlussinhabers*, MMR 2017, p. 507 – 512.

Anmerkung (zur BGH-Entscheidung „BearShare"), MMR 2014, p. 550 – 551.

SEVILLE, CATHERINE : *EU Intellectual Property Law: Exercices in Harmonization*, in : The Oxford Handbook of European Union Law, édité par Damian Chalmers et Anthony Arnull ; Oxford 2015, p. 691 – 716 [Oxford University Press].

Rhetoric and Reality: The Impact of Constitutional and Fundamental Rights on Intellectual Property Law, as Revealed in the World of Peer-to-Peer File Sharing, in : Ohly, Ansgar/Pila, Justine [éd.], The Europeanization of Intellectual Property Law. Towards a European Methodology ; Oxford 2013, p. 165 – 181 [Oxford University Press].

SHAPIRO, TED : *EU copyright will never be the same: a comment on the proposed Directive on copyright fort he digital single market (DSM)*, EIPR 2016, 38 (12), p. 771 – 776.

SHARMA, SEEMANTINI : *'Put the common law above copyright'*, JIPLP 2017, Vol. 12, No. 2, p. 152 – 155.

SHILLITO, MARK/MONTAGNON, RACHEL : *Copyright in headlines and infringement through receipt of extracts and use of hyperlinks*, JIPLP 2011, Vol. 6, No. 12, p. 857 – 860.

SIEVERS, MALTE : *Der Schutz der Kommunikation im Internet durch Artikel 10 des Grundgesetzes* ; Baden-Baden 2003 [Nomos].

SIIRIAINEN, FABRICE : *Retour sur la construction de « droit de communication au public » par la CJUE*

ou le droit d'auteur comme « droit de clientèle », PI 2015, n° 55, p. 142 – 148.

La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel : Le point de vue d'un juriste, in : Droit et Économie de la Propriété Intellectuelle. Cycle de conférences. Cour de cassation – Sciences Po, édité par Michel Vivant ; Issy-les-Moulineaux Cedex 2014, p. 37 – 62 [lextenso éditions].

SIRINELLI, PIERRE : *Premières vues sur la loi Création*, Dalloz IP/IT 2017, p. 193 – 196.

Chronique de Jurisprudence : Action en contrefaçon, RIDA 2014, I (240), p. 265 – 397.

Propriété littéraire et artistique, Recueil Dalloz 2012, p. 2836.

The graduated response and the role of intermediaries: avoiding the Apocalypse or a return to the sources? in : Global Copyright. Three Hundred Years Since the Statue of Anne, From 1709 to Cyberspace, édité par Lionel Bently, Uma Suthersanen et Paul Torremans ; Cheltenham/Northampton 2010, p. 478 – 491 [Edward Elgar Publishing].

De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue du juriste, PI 2007, n° 25, p. 397 – 403.

Le cadre juridique applicable à la protection de contenus en ligne et au « peer to peer », in : Syndicat National de l'édition photographique (SNEP) [éd.], Livre Blanc sur le «Peer-to-Peer» ; Paris, 25.10.2007, p. 105 – 133.

La loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitionnel. Échanges de fichiers de pair à pair (P2P), PI 2006, n° 20, p. 332 – 339.

Contrefaçon – Échange de fichiers sur les réseaux. Peer to peer : du mieux dans le pire, PI 2004, n° 12, p. 779 – 782.

Contrefaçon. Action civile. Indifférence de la bonne foi, PI 2001, n° 1, p. 71 – 73.

SIRINELLI, PIERRE/BENAZERAF, JOSEE-ANNE/BENSAMOUN, ALEXANDRA : *Mission droit de communication au public. Rapport et proposition pour le CSPLA*, décembre 2016 ; disponible sous http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-le-droit-de-communication-au-public.

SIRINELLI, PIERRE/MAXIMIM, NATHALIE/DURRANDE, SYLVIANE/LATREILLE, ANTOINE : *Code de la propriété intellectuelle 2018, commenté*, 18ième édition ; Paris 2018 [Dalloz].

SKIBICKI, KLEMENS : *Internet 2020 - Wohin geht die Reise?*, in : Stephan Leible/Olaf Sosnitza [éd.], Online-Recht 2.0: Alte Fragen - neue Antworten? Cloud Computing - Datenschutz - Urheberrecht – Haftung ; Stuttgart et a. 2011, p. 9 – 19 [R. Verlag Boorberg].

SMITH, GRAHAM : *Copyright and freedom of expression in the online world*, JIPLP 2010, Vol. 5, No. 2, p. 88 – 95.

SMITH, JOEL/DEACON, LAURA : *Live blocking orders: the next step for the protection of copyright in the online world*, EIPR 2017, 39(7), p. 438 – 440.

SMITH, JOEL/NEWTON, HEATHER : *Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement*, EIPR 2016, 38(12), p. 768 – 771.

SMITH, WILLIAM : *GS Media: where are we now?* TBO du 7 février 2018 ; disponible sous

https://www.trademarksandbrandsonline.com/contributed-article/gs-media-where-are-we-now.

SOLMECKE, CHRISTIAN/RÜTHER, FELIX/BÜRING, HARALD : *Filesharing: Nachforschungspflichten des Anschlussinhabers. Rechtsprechungsüberblick zu den Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast*, MMR 2016, p. 153 – 156.

SPECHT, LOUISA : *Auswirkungen einer zunehmenden Technologieneutralität der Verwertungsrechte auf den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen*, in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 413 – 419 [C.H.Beck].

Die Haftung bei Teilnahme an Internettauschbörsen. Besprechung der BGH-Urteile vom 12.05.2016, GRUR 2017, p. 42 – 46.

Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht. Vortrag auf dem Symposion »Internetplattformen – Aktuelle Heruasforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht« am 4.11.2016 in München, ZUM 2017, p. 114 – 122.

SPINDLER, GERALD : *Störerhaftung für Access-Provider reloaded*, GRUR 2018, p. 1012 – 1016.

Das neue TMG auf dem Prüfstand – Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 15.3.2018 – 6 U 1741/17 (ZUM 2018, 448), ZUM 2018, p. 454.

Fortentwicklung der Haftung für Internetanschlüsse. Auswirkungen der TMG-Reform und neue Rechtsprechung, GRUR 2018, p. 16 – 20.

Das neue Telemediengesetz – WLAN-Störerhaftung endgültig adé? NJW 2017, p. 2305 – 2309.

Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig? ZUM 2017, p. 473 – 487.

Die neue Providerhaftung für WLANs – Deutsche Störerhaftung adé? NJW 2016, p. 2449 – 2453.

Die geplante Reform der Providerhaftung im TMG und ihre Vereinbarkeit mit Europäischem Recht. Warum die beabsichtigte Reform ihr Ziel verfehlen wird, CR 2016, p. 48 – 56.

Sperrverfügungen gegen Access-Provider – Klarheit aus Karlsruhe? GRUR 2016, p. 451 – 460.

Das Ende der Links: Framing und Hyperlinks auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung? GRUR 2016, p. 157 – 160.

Provider – weder Rechteinhaber noch Nutzer, in : Dreier, Thomas/Hilty, Reto [éd.], Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG) ; Munich 2015, p. 399 – 420 [C.H.Beck].

Die Störerhaftung im Internet - (k)ein Ende in Sicht? Geklärte und ungeklärte Fragen, in : Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, édité par Christian Alexander, Joachim Bornkamm, Benedikt Buchner, Jörg Fritzsche et Tobias Lettl ; Munich 2014, p. 695 – 713 [C.H.Beck].

Zivilrechtliche Sperrverfügungen gegen Access Provider nach dem EuGH-Urteil „UPC Telekabel“, GRUR 2014, p. 826 – 834.

Internetplattformen und die Finanzierung der privaten Nutzung, ZUM 2014, p. 91 – 101.

Präzisierungen der Störerhaftung im Internet. Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, p. 101 – 108.

Haftung für private WLANs im Delikts- und Urheberrecht. Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BGH, Urt. v. 12.5.2010 - I ZR 121/08 - Sommer unseres Lebens, CR 2010, 458, CR 2010, p. 592 – 600.

Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht. Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“, GRUR 2010, p. 785 – 792.

Reformperspektiven der Providerhaftung im deutschen und europäischen Recht, in : Matthias Leistner [éd.], Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums ; Tübingen 2010, p. 212 – 228 [Mohr Siebeck].

Study on the Liability of Internet Intermediaires. Country Report – United Kingdom, 12 novembre 2007 ; disponible sous http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/uk_12nov2007_en.pdf.

Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, p. 105 – 120.

Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie, ZHR 165 (2001), p. 324 – 361.

SPINLDER, GERALD/LEISTNER, MATTHIAS : *Secondary Copyright Infringement – New Perspectives in Germany and Europe*, IIC 2006, p. 788 – 822.

Die Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet – Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, GRUR Int. 2005, p. 773 – 796.

SPINDLER, GERALD/SCHMITZ, PETER/LIESCHING, MARC : *Telemediengesetz mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, 2ième édition ; Munich 2018 [C.H.Beck].

SPINDLER, GERALD/SCHUSTER, FABIAN [éd.] : *Recht der elektronischen Medien*, 3ième édition ; Munich 2015 [C.H.Beck].

SPINDLER, GERALD/VOLKMANN, CHRISTIAN : *Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider*, WRP, 1/2003, p. 1 – 15.

SPITZ, BRAD : *Adresses IP constituant des données personnelles : fin de la discussion ?* RLDI 2016/132, n° 4411, p. 49 – 51.

New French Act: Google Images will have to pay royalties, Kluwer Copyright Blog du 17 octobre 2016 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/17/new-french-act-google-images-will-pay-royalties/.

Thumbnails: French proposal for payment of royalties by search engines, Kluwer Copyright Blog du 28 avril 2016 ; disponible sous http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2014/04/28/thumbnails-france/?_ga=2.134513522.2088225530.1506753207-9775010.1506753207.

SPRY, IAN : *The Principles of Equitable Remedies. Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 4ième édition ; Sydney et a. 1990 [Sweet & Maxwell].

STADLER, THOMAS : *Haftung für Informationen im Internet*, 2ième édition ; Berlin 2005 [Erich Schmidt Verlag].

STALLA-BOURDILLON, SOPHIE : *Liability Exemptions Wanted! Internet Intermediaries' Liability under UK Law*, 4 (2012) JICLT, p. 289 – 299.

STANG, FELIX : *Zur Haftung von YouTube nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB*, ZUM 2017, p. 380 – 390.

Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke? Zur urheberrechtlichen Bewertung von Angeboten gemeinfreier Bilder bei Wikipedia und Wikimedia Commons, ZGE / IPJ 1 (2009), p. 167 – 219.

STANG, FELIX/HÜHNER, SEBASTIAN : *Störerhaftung des WLAN-Inhabers. Anmerkung*, GRUR 2010, p. 636 – 637.

STATISTA : *Meistgesehene YouTube-Videos aller Zeiten nach Anzahl der Views bis Juli 2017 (in Millionen)* ; disponible sous https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246583/umfrage/meistgenutzte-youtube-videos-weltweit/.

STENZEL, IGOR : *Haftung für Hyperlinks. Deliktische Verantwortung für Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch fremde, rechtswidrige Äußerungen* ; Baden-Baden 2006 [Nomos].

STEVENS, PAUL : *A hyperlink can be both a permissible and an infringing act at the same time*, JIPLP 2014, Vol. 9, No. 7, p. 548 – 549.

STEVENS, ROBERT : Torts and Rights ; Oxford/New York 2007 [Oxford University Press].

STIEPER, MALTE : *Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen. Vortrag auf dem Symposion »Internetplattformen – Aktuelle Heruasforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht« am 4.11.2016 in München*, ZUM 2017, p. 132 – 140.

Grenzüberschreitender Zugang zu digitalen Inhalten – oder Reform der europäischen Urheberrechts? GRUR 2015, p. 1145 – 1151.

Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung. Urheberrechtliche Bewertung des Streaming vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in Sachen FAPL/Murphy, MMR 2012, p. 12 – 17.

STRAFNER, ALEXANDER : *Urheber- und wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche des Anbieters von Informationen im World Wide Web gegen Hyperlinks* ; Francfort-sur-le-Main 2004 [Peter Lang].

STRATHMANN, MARVIN : *EuGH: Filesharing-Plattformen sind für Urheberrechtsverletzungen verantwortlich*, Süddeutsche Zeitung du 14 juin 2017 ; disponible sous http://www.sueddeutsche.de/digital/pirate-bay-vor-dem-eugh-eugh-filesharing-plattformen-sind-fuer-urheberrechtsverletzungen-verantwortlich-1.3545674.

STREINZ, RUDOLF [éd.] : *EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, 2ième édition ; Munich 2012 [C.H.Beck].

STROWEL, ALAIN/IDE, NICOLAS : *Liability with Regard to Hyperlinks*, 24 Columbia Journal of Law and the Arts 2000, p. 403 – 448.

La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens (2e partie), RIDA 2000, II (186), p. 3 – 153.

SUCKER, REINHARD : *Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht* ; Tübingen 2014 [Mohr Siebeck].

SURREL, HELENE : *Liberté d'expression. Le droit d'accès à l'information enfin consacré*, JCP G 2016, n° 1361, p. 2337.

SYNDICAT NATIONAL DE L'ÉDITION PHONOGRAPHIQUE (SNEP) : *L'Économie de la production musicale*, édition 2017 ; disponible sous http://www.snepmusique.com/wp-content/uploads/2017/06/GUIDE-ECO-web.pdf.

SYNODINOU, TATIANA-ELENI : *Réflexions autour de la récente et féconde œuvre jurisprudentielle européenne en droit d'auteur*, PI 2015, n° 55, p. 149 – 154.

Régulation et autorégulation du droit d'auteur sur Internet, in : Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas, édité par Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Agnès Lucas-Schloetter et François-Xavier Lucas ; Paris 2014, p. 719 – 734 [LexisNexis].

TAÏEB, JULIEN : *Prestataires techniques de l'internet : le sens des responsabilité*, 19 mai 2008 ; disponible sous http://juriscom.net/wp-content/documents/resp20080519.pdf.

TELEGRAPH REPORTERS : *Top 10 most watched YouTube video of all time*, The Telegraph du 4 août 2017 ; disponible sous http://www.telegraph.co.uk/technology/0/most-watched-youtube-videos-of-all-time/.

THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY (OED) : The Oxford English Dictionary, Volume I, édité par J. A. Simspon et E.S.C. Weiner, 2ième édition ; Oxford 1989 [Claredon Press].

THE TELEGRAPH : *L'Oréal and eBay end six-year feud*, 15 janvier 2014 ; disponible sous http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/retailandconsumer/10575212/LOreal-and-eBay-end-six-year-feud.html.

THOMSON REUTERS PRACTICAL LAW : *Digital Economy Act 2010: summary of main provisions*, 8 avril 2010 ; disponible sous https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-502-0116?service=ipandit&__lrTS=20180906133317245.

THOUMYRE, LIONEL : *Impact de l'arrêt Google Adwords de la CJUE sur la responsabilité des services 2.0*, 26 mars 2010 ; disponible sous http://juriscom.net/2010/03/impact-de-larret-google-adwords-de-la-cjue-sur-la-responsabilite-des-services-2-0/.

La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet, in : Lamy Droit des Médias et de la Communication, 15 novembre 2009 ; disponible sous http://juriscom.net/2009/11/la-responsabilite-penale-et-extra-contractuelle-des-acteurs-de-linternet-version-actualisee-nov-2009/.

L'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0, CCE n° 2, 2008, étude 5, p. 18.

Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN, RLDI 2005/5, n° 153, p. 58 – 65.

TINIERE, ROMAIN : *La cohérence assuré par l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Le principe d'alignement sur le standard conventionnel pour les droits correspondant*, in : Picheral, Caroline/Coutron, Laurent [éd.], Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme ; Bruxelles 2012, p. 3 – 19 [Bruylant].

TINNEFELD, ROBERT : *Die Einwilligung in urheberrechtliche Nutzungen im Internet* ; Tübingen 2012 [Mohr Siebeck].

TOMUSCHAT, CHRISTIAN : *Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger*

Gral / Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2015, p. 133 – 139.

TOPAL, CANSU : *Die Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie in Deutschland und in der Türkei* ; Göttingen 2014 [Universitätsverlag Göttingen].

LE TOURNEAU, PHILIPPE : *Contrats du numérique informatiques et électroniques 2018/2019*, 10ième édition ; Paris 2018 [Dalloz].

[éd.]: *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 10ième édition ; Paris 2014 [Dalloz].

TREPPOZ, ÉDOUARD : *De l'art jurisprudentiel au rang du feuilleton ou l'impossible systématisation du droit de communication au public ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 08 septembre 2016, affaire numéro C-160/15, GS Media, Cour de Justice de l'Union Européenne, 14 juin 2017, affaire numéro C-610/15, Stichting Brein et Cour de Justice de l'Union Européenne, 26 avril 2017, affaire numéro C-527/15, Stichting Brein*, in : RTD Eur. 2017, p. 864 – 868.

TROMMETER, MICHEL : *eBay concour à la lutte contre le paracommercialisme et bénéficie du statut d'hébergeur*, RLDI 2012/82, n° 2754, p. 44 – 45.

TRSTENJAK, VERICA : *Das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrecht und Datenschutzrecht in der Informationsgesellschaft im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, GRUR Int. 2012, p. 393 – 402.

TSOUTSANIS, ALEXANDER : *Why copyright and linking can tango*, JIPLP 2014, Vol. 9, No. 6, p. 495 – 509.

UBERTAZZI, LUIGI CARLO : *The EU and the Berne Convention*, in : Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Dreier, Karl-Nikolaus Pfeifer et Louisa Specht ; Munich 2017, p. 459 – 464 [C.H.Beck].

ULMER-EILFORT, CONSTANZE/OBERGFELL, EVA INES : *Verlagsrecht. Kommentar*, 1ière édition ; Munich 2013 [C.H.Beck].

VON UNGERN-STERNBERG, JOACHIM : *Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechen im Jahr 2016*, GRUR 2017, p. 217 – 235.

Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2015, GRUR 2016, p. 321 – 338.

Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2014, GRUR 2015, p. 205 – 221.

Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts. Zugleich Besprechung zu EuGH, Urt. v. 15. 3. 2012 - C-162/10 - Phonographic Performance (Ireland), und Urt. v. 15. 3. 2012 - C-135/10 – SCF, GRUR 2012, p. 576 – 582.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2010 und 2011 (Teil II), GRUR 2012, p. 321 – 331.

Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig widersprüchliches Verhalten des Urheberberechtigten bei Internetnutzungen, GRUR 2009, p. 369 – 375.

VAN EECKE, PATRICK/TRUYENS, MAARTEN : *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society*, 2009 ; disponible sous ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=842.

VANDEVELDE, BERTRAND : *Responsabilité des plates-formes de vidéos en ligne : application simultanée et distributive du statut d'éditeur et d'hébergeur à Dailymotion et précisions concernant la notion de «promptement»*, RLDI 2012/88, n° 2948, p. 40 – 43.

VARET, VINCENT : *Liens hypertextes et droit d'auteur (suite) : la balance des intérêts selon la CJUE, ou quand la Cour de justice s'emmêle dans la toîle*, Légipresse 2016/11, n° 343, p. 601 – 612.

VENTOSE, EDDY D./FORRESTER, JAVIER J. : *Authorization and Infringement of Copyright on the Internet*, (2010) 14 (6) Journal Of Internet Law 3, p. 3 – 17.

VERBAND DER DEUTSCHEN INTERNETWIRTSCHAFT E.V. : *Verbreitung und Nutzbarkeit von WLAN, WLAN-Zugangspunkten sowie öffentlicher Hotspots in Deutschland* ; disponible sous https://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/eco-microresearch_verbreitung-und-nutzung-von-wlan1.pdf.

VERBIEST, THIBAULT/SPINDLER, GERALD/RICCIO, GIOVANNI MARIA/VAN DER PERRE, AURELIE : *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, 2007 ; disponible sous http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf.

VERCKEN, GILLES : *La [sic] référencement en ligne : aspects de propriété intellectuelle*, in : Chatry, Sylvain [éd.], *La régulation d'internet. Regard croisés de droits de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle* ; Paris 2016, p. 153 – 168 [mare & martin].

VERHEIJDEN, JOSINA : *Rechtsverletzungen auf YouTube und Facebook. Eine Analyse der urheberrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Probleme und möglicher Lösungen* ; Hamburg 2015 [Verlag Dr. Kovač].

VERLY, NICOLAS : *Le point sur la diffamation et l'injure pour les blogueurs, la responsabilité des éditeurs de sites en cas de contributions extérieures*, Légipresse 2016/6, n° 339, p. 330 – 335.

VERWEYEN, URS : *Verleger-Beteiligung an Kopiervergütung mit InfoSoc-Richtlinie unvereinbar - Hewlett-Packard Belgium [Reprobel]. Anmerkung*, GRUR Int. 2016, p. 36 – 38.

VIVANT, MICHEL [éd.] : *Le Lamy Droit du Numérique*, édition 2016 ; Paris 2016 [Wolters Kluwer].

La responsabilité des intermédiaires de l'internet, JCP G 1999, I, p. 180.

VIVANT, MICHEL/BRUGUIERE, JEAN-MICHEL : *Droit d'auteur et droits voisins*, 3ième édition ; Paris 2016 [Dalloz].

VIVODA, JURAJ : *Czech court find that linking to unlicensed content does not infringe copyright if the website is not operated for profit*, JIPLP 2017, Vol. 0, No. 0, p. 1 – 2.

VOLKMANN, CAROLINE : *Verlinkung & Haftung: Bedeutet die EuGH-Trilogie das Aus für die Informationsfreiheit und den Meinungsaustausch im Internet? Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 8.9.2016 – Rs. C-160/15, CR 2017, 43 – GS Media BV/Sanoma u.a.*, CR 2017, p. 36 – 43.

VOLKMANN, CHRISTIAN : *Verkehrspflichten für Internet-Provider*, CR 2008, p. 232 – 238.

Der Störer im Internet. Zur Verantwortlichkeit der Internet-Provider im allgemeinen Zivil-, Wettbewerbs-, Marken- und öffentlichen Recht ; Munich 2005 [C.H.Beck].

Haftung des Internet-Auktionsveranstalters für markenrechtsverletzende Inhalte Dritter. Anmerkung OLG Düsseldorf, Urteil v. 26. 2. 2004 - I-20 U 204/02 - Rolex/eBay, K&R 2004, 243 (in diesem Heft), K&R 2004, p. 231 – 233.

VOßKUHLE, ANDREAS/LANGE, MORITZ : *Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht*, in : Leible, Stefan/Terhechte, Jörg [éd.], Enzyklopädie Europarecht (éditeurs communs Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian), Tome 3, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht ; Baden-Baden 2014, p. 153 – 170 [Nomos].

WAELDE, CHARLOTTE/BROWN, ABBE/KHERIA, SMITA/CORNWELL, JANE : *Contemporary Intellectual Property. Law and Policy*, 4ième édition ; Oxford 2016 [Oxford University Press].

WAGNER, GERHARD : *Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes - Versuch einer Neubegründung*, in : Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus, édité par Volker Beuthien, Maximilian Fuchs, Herbert Roth, Gottfried Schiemann et Andreas Wacke ; Cologne 2009, p. 589 – 610 [Carl Heymanns Verlag].

WALTER, ANDREAS : *Störerhaftung bei Handeln Dritter* ; Francfort-sur-le-Main et a. 2011 [Lang].

WALTER, MICHEL M. : *Du développement du droit d'auteur européen durant la dernière décennie et du rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, in : Mélanges en L'Honneur du Professeur André Lucas, édité par Carine Bernault, Jean-Pierre Clavier, Agnès Lucas-Schloetter et François-Xavier Lucas ; Paris 2014, p. 785 – 800 [LexisNexis].

[éd.]: *Europäisches Urheberrecht. Kommentar,* 1ière édition ; Wien/New York 2002 [Springer Verlag].

WALTON, CHRISTOPHER/COOPER, ROGER/WOOD, SIMON E. : *Charlesworth & Percy on Negligence*, 10ième édition ; Londres 2001 [Sweet&Maxwell].

WANDTKE, ARTUR-AXEL/BULLINGER, WINFRIED [éd.] : *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4ième édition ; Munich 2014 [C.H.Beck].

WARSMANN, JEAN-LUC : *Rapport fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la Proposition de Loi Organique, Adoptée par le Sénat, relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes (n° 3477), et la proposition de Loi, adoptée par le Sénat, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (n° 3476). Assemblée Nationale, N° 3689 et 3693*, 26 avril 2016 ; disponible sous http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3689.pdf.

WEIDEN, HENRIKE : *Aktuelle Berichte – Mai 2017*, GRUR 2017, p. 478 – 479.

WESTKAMP, GUIDO : *Hyperlinks, circumvention technology and contributory infringement – a precarious tale from German jurisprudence*, JIPLP 2006, Vol. 1, No. 5, p. 309 – 313.

WIEBE, ANDREAS : *Providerhaftung in Europa: Neue Denkanstöße durch den EuGH (Teil 1)*, WRP 2012, p. 1182 – 1189.

Vertrauensschutz und geistiges Eigentum am Beispiel der Suchmaschinen, GRUR 2011, p. 888 – 895.

WIELSCH, DAN : *Die Zugangsregeln der Intermediäre: Prozeduralisierung von Schutzrechten*, GRUR 2011, p. 665 – 673.

WIMMERS, JÖRG : *Leistungsschutzrecht im Leerlauf? – Suchmaschinen als Dienste rein technischer, automatischer und passiver Art. Das Spannungsverhältnis des vorgeschlagenen Leistungsschutzrechts für Presseverlage insbesondere zur Richtlinie 2003/31/EG*, CR 2012, p. 663 –

670.

WIMMERS, JÖRG/BARUDI, MALEK : *Der Mythos vom Value-Gap. Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten*, GRUR 2017, p. 327 – 338.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO) : *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act 1971)* ; Genève 1978, disponible sous http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf.

WOITKEWITSCH, CHRISTOPHER : *Schadensersatz wegen illegaler Teilnahme an Internettauschbörsen*, MDR 2016, p. 1117 – 1122.

WRIGHT, DAVID : *Remedies under the Trade Practices Act* ; Melbourne 2006 [Oxford University Press].

XALABARDER, RAQUEL : *The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law*, IIC 2016, p. 635 – 639.

YOUTUBE : *YouTube Premium* ; disponible sous https://www.youtube.com/red?gl=DE&hl=de.

ZIEM, CLAUDIA : *Die Bedeutung der Pressefreiheit für die Ausgestaltung der wettbewerbsrechtlichen und urheberrechtlichen Haftung von Suchdiensten im Internet* ; Francfort-sur-le-Main et a. 2003 [Peter Lang].

ZOLYNSKI, CELIA : *« Quelle loyauté pour les plateformes numériques ? »* Juris art. etc. 2016, n° 36, p. 14.

Table des matières

Préface ..... **III**

Sommaire ..... **V**

Principales abréviations ..... **VII**

Introduction **1**

Première partie Les insuffisances de la responsabilité secondaire des intermédiaires en ligne face aux défis du web 2.0 ..... **8**

Titre premier La responsabilité secondaire : un manque d'harmonisation **8**

Chapitre I Les différents régimes de responsabilité secondaire des intermédiaires en Europe 8

Section I La responsabilité découlant d'une contribution à l'atteinte primaire aux droits patrimoniaux de l'auteur 9

1. Les régimes de responsabilité pour complicité 9
2. Application aux intermédiaires en ligne 12

Section II La responsabilité découlant d'un manquement à une obligation propre aux intermédiaires 15

1. La reconnaissance d'une responsabilité secondaire pour manquement à une obligation 16
2. Les différentes obligations des intermédiaires 21

Conclusion du Chapitre I 27

Chapitre II L'acquis communautaire influençant les régimes de responsabilité secondaire 27

Section I Le rôle des exemptions de responsabilité 27

1. Contenu et transposition des exemptions de responsabilité 28
2. L'application byzantine des exemptions de responsabilité : la distinction obsolète entre hébergeur et éditeur 33

Section II Les injonctions de l'article 8 § 3 de la directive « *Infosoc* » 38

1. Le concept des injonctions 39
2. Les ordonnances de blocage et leur influence sur les régimes de responsabilité 42

Conclusion du Chapitre II 46

Conclusion du Titre premier 46

Titre second Vers une harmonisation du régime de responsabilité secondaire à l'aide de la directive pour la confiance dans l'économie numérique **48**

Chapitre I Les valeurs intrinsèques des exemptions de responsabilité : métamorphose en conditions de responsabilité 48
Section I L'application des exemptions de responsabilité en tant que conditions de responsabilité 48
1. La mise en cause du champ d'application des exemptions de responsabilité 49
2. Les exonérations de responsabilité, fondement d'une harmonisation effective....51
Section II La procédure de notification et de retrait 55
1. La procédure de notification et de retrait dans les juridictions des États membres ...55
2. Approbation d'une procédure harmonisée 59
Conclusion de la Section II 62
Conclusion du Chapitre I....62

Chapitre II La portée d'une responsabilité secondaire harmonisée 62
Section I Les conséquences juridiques : omission et dommages et intérêts 63
1. Les risques de disproportion 63
2. Le maniement des dommages et intérêts proportionnés 66
Section II L'idée de licence globale: une alternative inapte 67
1. Instauration concrète d'une licence globale 68
2. Désavantages d'une licence globale....70
Conclusion du Chapitre II 73

Conclusion du Titre second....73

Conclusion de la première partie 74

Deuxième partie L'expansion de la responsabilité primaire des intermédiaires en ligne75

Titre premier Le dévoiement de la notion de communication au public au détriment du champ d'application de la responsabilité secondaire 75

Chapitre I L'importance croissante du régime de responsabilité primaire : les éléments de la jurisprudence de la Cour de justice 75
Section I La notion de communication au public : les traits principaux....76
1. L'acte de communication 76
2. Le « public »....77
Section II L'extension du droit à communication au public aux activités d'intermédiaires : une dénaturation 80
1. L'expansion de la notion de communication au public par sa subjectivation....81
2. La dénaturation du droit de communication au public dans le contexte d'une responsabilité secondaire non harmonisée 85

Chapitre II L'accroissement de l'importance du régime de responsabilité primaire : une volonté globale....89
Section I Tentatives nationales d'extension du champ d'application de la responsabilité primaire....90
1. Le concept d'autorisation....90
2. Le concept d'appropriation de contenu....92
Conclusion de la Section I....96
Section II Appréhension de la jurisprudence de la Cour de justice au sein des États membres....96
1. La limitation du droit de communication au public aux plateformes illicites au Royaume-Uni....96
2. L'approche civiliste concernant les liens hypertextes et les moteurs de recherche....99
Conclusion de la Section II....105
Conlusion du Chapitre II....106

Conclusion du Titre premier....106

Titre second Une nouvelle ligne de démarcation entre responsabilité primaire et responsabilité secondaire....107
Chapitre I Une nécessaire clarification du champ d'application de la responsabilité primaire....107
Section I Propositions de réforme du droit de communication au public....107
1. Communication au public et liens hypertextes....107
2. Communication au public et plateformes à contenu généré par les utilisateurs....112
Conclusion de la Section I....118
Section II Limites indispensables au droit de communication au public....119
1. Les éléments constitutifs du droit de communication au public....119
2. Les éventuelles exceptions au droit de communication au public....126
Conclusion de la Section II....129
Conclusion du Chapitre I....129

Chapitre II Le rôle de la responsabilité secondaire renforcé....130
Section I L'adaptation du régime de responsabilité secondaire....131
1. La proximité avec l'atteinte : critère déterminant le régime applicable....132
2. La proximité avec l'atteinte : critère déterminant le contenu des obligations de vigilance....136
Conclusion de la Section I....141
Section II Proposition de réforme....142
1. Réforme concrète du droit de communication au public et d'une responsabilité secondaire harmonisée....142
2. Transposition par les États membres....146
Conclusion du Chapitre II....148
Conclusion du Titre second....148

Conclusion de la deuxième partie 148

Conclusion générale 150

Bibliographie.....157

Table des matières.....209