

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Requête unilatérale et droits fondamentaux

Michaux, Benoit

Published in:

Le droit d'auteur en action

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Michaux, B 2019, Requête unilatérale et droits fondamentaux. Dans *Le droit d'auteur en action: perspectives internationales sur les recours*. Thémis, Montréal, p. 195-213.

General rights

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

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

Take down policy

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

Requête unilatérale et droits fondamentaux

Benoît Michaux*

Introduction	197
I. Le droit international	197
A. Les instruments internationaux et la jurisprudence supranationale.....	198
1. Les instruments internationaux.....	198
2. La jurisprudence supranationale.....	199
3. Un corpus international en matière de procédure unilatérale	200
B. Les conditions de la requête unilatérale.....	200
1. Des cas appropriés	200
2. L'urgence	201
3. L'équité	201
4. Le caractère contradictoire de la procédure.....	202
5. L'incidence de l'environnement numérique	
II. Le droit national	205
A. Présentation d'une initiative nationale.....	206
1. Les objectifs de l'initiative.....	206
2. Le droit national en tant que résultante du droit international	206
3. Le droit national en tant que complément au droit international	208
B. Analyse de l'initiative nationale	209
1. Les mécanismes proposés par l'initiative	209
2. L'intérêt de l'initiative	211
III. Conclusion	212
A. L'interaction entre le droit national et le droit international	212
B. Environnement numérique et caractère contradictoire de la procédure.....	212

* Professeur à l'Université de Namur, Membre du Namur Digital Institute (NaDi), Avocat au Barreau de Bruxelles

Introduction

L'environnement numérique, davantage que l'analogique, réunit des caractéristiques propices à l'usage de la requête unilatérale dans la lutte contre les atteintes au droit d'auteur. Il se distingue en effet par une diffusion sans égale des contrefaçons, du fait de la fulgurance, des quantités, de l'effet viral et de l'effacement des frontières qui caractérisent les transmissions sur les réseaux digitaux.

Pour faire face à des défis de cette ampleur, le droit matériel ne suffit pas quand il s'agit d'assurer la protection du droit d'auteur. Certes, il faut un droit matériel solide car il est indispensable de prévoir des mesures efficaces. Mais il s'impose également de se doter d'un cadre procédural formel qui se montre à la hauteur.

Plus précisément, dans le contexte des réseaux numériques, vu l'urgence et l'étendue du préjudice, il est particulièrement important pour les parties préjudiciées de pouvoir solliciter une injonction qui intervienne dans les plus brefs délais, et, s'il le faut, sans que la partie visée par l'injonction soit entendue au préalable. La situation paraît en effet suffisamment critique pour justifier une procédure de ce type.

Encore faut-il vérifier si les systèmes des différents États sont prêts à intégrer la requête unilatérale d'une manière effective, qui réponde adéquatement aux besoins de la pratique. Par ailleurs, il s'impose d'examiner dans quelle mesure cette voie est admissible au regard des critères communément reconnus pour garantir le respect des différents intérêts en jeu, y compris les droits fondamentaux.

I. Le droit international

Seule une approche internationalement concertée de la procédure unilatérale est susceptible de conférer à celle-ci le crédit qui lui est indispensable pour imposer sa légitimité dans un paysage qui est par essence transfrontalier. Toutefois, il faut bien reconnaître à ce propos que la thématique souffre d'un double handicap. D'une part, les questions de procédure ont du mal à se hisser pleinement à un niveau qui dépasse celui des systèmes nationaux, ce qui freine l'harmonisation des pratiques. D'autre part, au sein de nombreux systèmes nationaux, la procédure unilatérale a traditionnellement été considérée avec méfiance par les milieux judiciaires. Cela étant, les choses semblent avoir sérieusement évolué depuis quelques

années, à la fois pour créer un cadre normatif minimum à l'échelon supranational et, sur le plan des pratiques judiciaires, pour tenter d'assurer une ouverture plus franche à ce type de procédure.

A. Les instruments internationaux et la jurisprudence supranationale

D'emblée, on est frappé de constater que dans l'émergence de la procédure unilatérale à un niveau supranational, la protection de la propriété intellectuelle a joué un rôle spécifique, et même un rôle pionnier.

1. Les instruments internationaux

Au plan international, il importe à cet égard de souligner l'avancée réalisée en 1994, au moment de l'adoption de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après, «ADPIC» ou «TRIPs»)¹. En consacrant l'admissibilité de la procédure unilatérale dans certaines situations², l'Accord ADPIC a attribué un socle international commun à l'utilisation de cette procédure dans le domaine de la défense des droits intellectuels, et ce d'une manière contraignante pour les États membres de l'Organisation Mondiale du Commerce.

Postérieurement à l'adoption de l'Accord ADPIC, des initiatives internationales sont intervenues pour favoriser l'adoption de principes directeurs applicables à la procédure unilatérale dans un cadre plus large que celui de la propriété intellectuelle, à savoir celui de la procédure civile en général. Cependant, il faut observer que ce cadre-ci, les textes proposés sont non-contraignants. Ces initiatives ont abouti à une recommandation élaborée en 2004 par le tandem formé par l'*American Law Institute* (ALI) et l'Institut UNIDROIT³. Ladite recommandation ALI-UNIDROIT⁴, con-

¹ L'Accord ADPIC est reproduit à l'Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, signé à Marrakech, le 15 avril 1994. Il peut être consulté à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm0_f.htm.

² Article 50 de l'Accord ADPIC.

³ Comme on le sait, cette organisation intergouvernementale regroupe à l'heure actuelle 63 États, dont les États-Unis, le Canada, l'Australie et les États membres de l'Union européenne.

⁴ <https://www.unidroit.org/fr/instruments/procedure-civile-transnationale>.

tient certaines exigences pour le recours à la procédure «ex parte» ou «unilatérale»⁵. Certes, il ne s'agit là que de normes minimales non contraignantes, mais cela n'empêche qu'elles reflètent un certain consensus de la part de la communauté internationale. On relèvera à ce propos qu'elles émanent d'un panel qui est représentatif aussi bien de la tradition de la *common law*, que de la tradition romano-germanique.

De son côté, le cadre juridique européen reflète un processus qu'on peut considérer comme plus abouti en termes d'harmonisation à une échelle supranationale.

À ce niveau-ci aussi, la propriété intellectuelle confirme son rôle moteur. C'est en effet à l'occasion de l'adoption de la directive relative au respect des droits intellectuels, en 2004⁶, que le législateur européen a posé des jalons destinés à encadrer le recours à la procédure unilatérale dans les États membres.

Quant aux autres domaines, ils n'ont pas encore fait l'objet d'une harmonisation sur le terrain de la procédure civile à l'heure actuelle. Cela étant, on notera que le Parlement européen a adopté une résolution en 2017, recommandant l'adoption d'une directive dans le domaine des procédures civiles en général⁷ qui traite, notamment, la question de la procédure unilatérale⁸.

2. La jurisprudence supranationale

Au niveau régional de l'Europe, il faut ajouter à l'activité législative précitée – qui émane de l'Union européenne – l'activité jurisprudentielle

⁵ Ci-après les expressions «ex parte» et «unilatéral(e)» seront utilisées comme des équivalents.

⁶ Directive 2004/48/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, J.O.U.E., 30 avril 2004, L 157/45. Consultable à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0048&from=FR>.

⁷ Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 contenant des recommandations à la Commission relatives à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union européenne (2015/2084(INL)). Ces textes sont consultables à l'adresse suivante : http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0282_FR.html?redirect.

⁸ Voy. l'article 6 de la proposition de directive formulée par le Parlement pour intégrer ses recommandations.

de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la « CrEDH »), laquelle remplit un rôle de premier ordre. Celle-ci a notamment contribué à façonner les canons d'acceptabilité de la procédure unilatérale au regard du respect des droits fondamentaux, tels qu'ils ont été consacrés dans la Convention⁹. Ici encore, le domaine de la propriété intellectuelle a suscité des impulsions dans la construction de principes directeurs¹⁰.

3. Un corpus international en matière de procédure unilatérale

Les différentes sources précitées constituent un corpus qui permet d'affirmer que le droit de la procédure unilatérale est un droit qui prend forme peu à peu, et ce à un échelon supranational. Il reste toutefois quelques sérieux bémols. Parmi ceux-ci, il y a surtout le fait que les textes normatifs sont extrêmement lapidaires. D'abord, ils sont relativement concis sur les situations qui sont de nature à justifier le recours à cette procédure particulière. Ensuite, ils sont peu prolixes sur la façon dont cette procédure doit être conduite pour assurer le respect des droits fondamentaux. À ces deux égards, ils justifient un certain nombre de commentaires.

B. Les conditions de la requête unilatérale

1. Des cas appropriés

S'agissant en premier lieu des cas concrets qui sont de nature à justifier l'utilisation de la procédure unilatérale, voici ce qu'il est permis d'en dire, en partant des textes normatifs évoqués.

Sans surprise, on constate que la procédure unilatérale est réservée aux cas qui sont « appropriés »¹¹. Non seulement le demandeur ne peut y recourir que dans des cas spéciaux, mais il doit pouvoir s'en expliquer. La résolution du Parlement européen de 2017 fait état de cas « dûment justifiés »¹². Dans le texte élaboré par ALI-UNIDROIT en 2004, le demandeur

⁹ Convention européenne des droits de l'homme, en abrégé « CEDH ». Consultable à l'adresse suivante : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf.

¹⁰ Voy. *infra*, par. 14, à propos de l'arrêt *Chapell* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹¹ Article 50, par. 2, de l'Accord ADPIC ; Article 11, par. 4, de la Directive 2004/48.

¹² Article 6, par. 3, de la directive proposée par le Parlement européen dans sa résolution du 4 juillet 2017.

doit fournir tous les éléments de fait et de droit que le juge doit équitablement prendre en considération pour pouvoir conclure que la procédure unilatérale s'impose¹³.

2. L'urgence

La notion d'urgence, et même d'une urgence particulière, est évoquée d'une manière quasi systématique dans tous les textes supranationaux précités. L'urgence doit se révéler impérieuse, en ce sens qu'elle « exige »¹⁴ le recours à la procédure unilatérale. Elle doit s'entendre en ce sens que tout retard serait de nature à causer un retard irréparable au titulaire du droit d'auteur¹⁵.

Il est clair qu'une telle conception de l'urgence est exigeante, et que cette exigence est délibérée. Cela étant, le niveau de cette exigence, même s'il semble élevé dans l'absolu, devrait être aisément atteint dans le contexte singulier des réseaux numériques. Il ne fait guère de doute que dans ce contexte particulier les atteintes aux droits d'auteur sont de nature à causer un préjudice irréparable. Il suffit de relever à ce propos que, sur les réseaux, les contrefaçons circulent à une vitesse hallucinante, selon un processus viral et avec des effets irréversibles pour les ayants droit. Le dommage ne fait que s'amplifier encore dans les situations où, en outre, la contrefaçon porte sur des œuvres qui n'ont pas encore pénétré le marché licite, ou à peine.

3. L'équité

Certes, l'urgence n'est pas le seul facteur à considérer pour justifier la requête unilatérale. Il convient en effet d'y ajouter l'équité. Le texte ALI-UNIDROIT de 2004 exige à cet égard des « raisons d'équité » qualifiées de « prépondérantes »¹⁶. De son côté, la Directive européenne de 2004 relative au respect des droits intellectuels requiert d'une manière

¹³ Article 8, par. 2, du texte ALI-UNIDROIT de 2004.

¹⁴ Article 8, par. 2, du texte ALI-UNIDROIT de 2004.

¹⁵ Article 9, par. 4, de la Directive 2004/48 ; Article 6, par. 3, du texte de la directive proposée par le Parlement européen dans sa résolution du 4 juillet 2017.

¹⁶ Article 8, par. 2, du texte ALI-UNIDROIT de 2004.

générale que la procédure envisagée – dans ce cas-ci, la procédure unilatérale – soit « proportionnée »¹⁷.

Cela étant, les motifs d'équité peuvent parfaitement plaider en faveur de la procédure unilatérale, lorsqu'il s'avère que celle-ci est nécessaire pour assurer une protection effective. C'est au demeurant en ce sens que l'on est tenté de comprendre le texte élaboré par ALI-UNIDROIT en 2004, là où il exige que le demandeur, pour justifier le recours à la requête unilatérale, fournisse tous les éléments de fait et de droit que le juge doit « équitablement » prendre en considération pour pouvoir conclure que la procédure unilatérale s'impose.

4. Le caractère contradictoire de la procédure

Toutefois, les exigences liées à l'urgence, la proportionnalité et l'équité ne suffisent pas encore à assurer un encadrement assez adéquat de la requête unilatérale, c'est-à-dire un encadrement qui permet le respect des droits fondamentaux du défendeur.

En effet, quand bien même la requête unilatérale répondrait aux exigences qui précèdent, il n'en reste pas moins que du fait qu'elle invite le tribunal à statuer sans que la partie visée par les mesures soit entendue au préalable, elle prive celle-ci du bénéfice du caractère contradictoire de l'instance.

Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé à cet égard que la notion de procès équitable établie par la Convention¹⁸ « englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance ».

Pour autant, il serait inexact d'affirmer que la procédure unilatérale viole nécessairement le principe du contradictoire du fait qu'elle prive le défendeur du droit d'être entendu à l'occasion d'une instance. En effet, il suffit, pour échapper à une accusation de violation sur ce point, que la procédure prévoie un recours qui permet au défendeur de provoquer – dans un deuxième temps, celui du recours – une instance contradictoire à laquelle il sera partie¹⁹. Dans ce contexte, « le respect des droits de la défense se

¹⁷ Article 3, par. 2, de la directive 2004/48.

¹⁸ Article 6, par. 1^{er}, de la CEDH.

¹⁹ Hakim BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 342, n° 445, et note (1767), avec renvoi à G. Wiederker, « Les

manifeste a posteriori par la transformation, au moyen d'un recours en rétractation, d'une procédure unilatérale en procédure contradictoire »²⁰.

En d'autres termes, il faut mais il suffit, pour assurer le respect du droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure, que la règlementation qui permet la requête unilatérale organise un recours au bénéfice de la partie qui a été initialement privée du droit d'être entendue.

Tel est précisément l'objectif des différents textes précités, en tant qu'ils traitent de la requête unilatérale.

À cet effet, la Directive européenne de 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle attribue plusieurs droits au défendeur, à savoir être avisé des mesures sans délai (après l'exécution des mesures au plus tard), solliciter une révision de la décision rendue sur requête unilatérale, être entendu dans ce but, et obtenir qu'il soit décidé dans un délai raisonnable après la notification des mesures, si celles-ci sont modifiées, abrogées ou confirmées²¹. La Résolution du Parlement européen de 2017 contient des dispositions analogues²².

Au niveau international de type multilatéral, des garanties similaires figurent dans l'Accord ADPIC de 2004²³.

La question du délai dans lequel le défendeur peut obtenir une révision est évidemment critique pour lui. La majorité des textes évoqués convergent dans la formulation à cet égard, et il ne fait en tout cas aucun doute que pour tous les textes, l'objectif est de fournir des garanties fermes au défendeur sur ce plan.

droits de la défense et le principe de la contradiction », dans Dominique D'AMBRA, Florence NENOÏT-ROHMER et Constance GREWE (dir.), *Procédure (s) et effectivité des droits*, « Droit & Justice », Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2003, p. 169.

²⁰ Hakim BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 342, n° 445, et note (1768), avec renvoi à Henri MOTULSKY, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 156.

²¹ Directive 2004/48, article 9, par. 4, al. 2.

²² Résolution du Parlement européen de 2017, article 6, par. 3, al. 2.

²³ Accord ADPIC, article 50, par. 4, deuxième phrase.

À l'exception du texte ALI-UNIDROIT, tous les textes prévoient que la décision sur la demande de révision introduite par le défendeur doit intervenir « dans un délai raisonnable »²⁴.

De son côté, le texte ALI-UNIDROIT dispose que le défendeur « doit pouvoir contester dans les délais les plus brefs possibles le bien-fondé de l'ordonnance »²⁵. En revanche, ce texte-ci ne vise pas explicitement le délai dans lequel doit intervenir la décision sur la demande de révision. Toutefois, il est peu douteux que, dans l'esprit du texte, le but est d'assurer une décision rapide, et a minima dans un délai raisonnable.

Avant même l'adoption des premiers instruments internationaux visant à permettre le recours à la procédure unilatérale dans le respect des droits fondamentaux²⁶, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà indiqué la voie à suivre.

Plus précisément, elle avait fait remarquer que la méconnaissance du droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure peut être réparée lors d'une phase ultérieure²⁷.

À nouveau, le domaine de la propriété intellectuelle s'est révélé être un terrain de confirmations précoces à ce propos. Ainsi, dans l'affaire *Chapell c. Royaume-Uni*²⁸, la procédure en cause était une procédure unilatérale visant à combattre des atteintes au droit d'auteur. L'ordonnance dite « Anton Pillar » rendue par le juge national avait notamment fait interdiction au défendeur de fabriquer et distribuer des copies non autorisées de films, sans que ce dernier ait été entendu au préalable. Parmi les motifs ayant conduit la Cour européenne à valider la procédure au regard des dispositions de la Convention, celle-ci a relevé que le défendeur disposait de différents recours lui permettant, entre autres, de solliciter la rétractation de l'ordonnance dans de brefs délais²⁹.

²⁴ Directive 2004/48, article 9, par. 4, al. 2; Résolution du Parlement européen de 2017, article 6, par. 3, al. 2; Accord ADPIC, article 50, par. 4, deuxième phrase.

²⁵ Texte ALI-UNIDROIT, article 8, par. 2; voyez aussi l'article 5, par. 8.

²⁶ Voy., en particulier, l'Accord ADPIC, adopté en 1994 (article 50).

²⁷ Voy., notamment, CrEDH, 23 Avril 1986, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, §46, cité par Hakim BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 348, n° 457.

²⁸ CrEDH, 30 mars 1989, *Chapell c. Royaume-Uni*.

²⁹ CrEDH, 30 mars 1989, *Chapell c. Royaume-Uni*, §§ 20-23.

5. L'incidence de l'environnement numérique

Dès lors que les droits fondamentaux ne paraissent pas s'y opposer, la requête unilatérale s'annonce comme une voie procédurale particulièrement prometteuse sur le terrain de la lutte contre les atteintes au droit d'auteur commises en ligne. L'instantanéité de la diffusion des contrefaçons, leur masse pléthorique et l'effet viral de leur propagation, tout paraît plaider en faveur d'une procédure de ce type pour y faire face de manière efficace, proportionnée et dissuasive³⁰.

Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si le législateur européen a fait le choix d'une terminologie particulièrement adaptée à ce type de procédure lorsqu'il s'est agi de prévoir des recours contre les intermédiaires dont les services sont utilisés par les contrevenants pour porter atteinte au droit d'auteur³¹. Il a en effet souhaité que « les titulaires de droits doivent avoir la possibilité de demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre d'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée »³². Les mots « ordonnance sur requête » sont sans aucun doute particulièrement appropriés pour permettre le recours à la procédure unilatérale.

II. Le droit national

Encore restait-il à voir si les États membres de l'Union allaient profiter de l'ouverture qui leur était ainsi laissée pour exploiter davantage la voie de la procédure unilatérale dans la lutte contre les atteintes en ligne, en particulier via les procédures contre les intermédiaires.

Il semblerait bien que durant la dernière période une évolution se dessine dans cette direction.

³⁰ Ces trois derniers critères figurent au considérant (58) de la directive 2001/29 et à l'article 3, par. 2, de la Directive 2004/48 sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

³¹ 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, J.O.U.E., 22 juin 2001, L 167, article 8, par. 3. Consultable à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=FR>.

³² Considérants (58) et (59) de la Directive 2001/29.

A. Présentation d'une initiative nationale

La Belgique, en particulier, s'est récemment distinguée en envisageant la possibilité d'un nouveau type de réglementation particulière faisant la part belle à la requête unilatérale dans ce domaine spécifique³³.

1. Les objectifs de l'initiative

L'initiative belge consiste dans un avant-projet de loi qui est encore loin d'avoir abouti à l'heure actuelle, mais qui a déjà été commenté avec un intérêt très marqué dans les milieux intéressés³⁴.

Le texte à l'examen concerne l'ordre que les autorités judiciaires pourraient adresser à tout destinataire de type intermédiaire susceptible de prendre des mesures visant à mettre fin ou à empêcher des atteintes au droit d'auteur qui sont commises en ligne.

Dans ce cadre, il a pour objectif d'instaurer une procédure particulièrement performante sur le plan de la rapidité et de l'efficacité. Une attention particulière est accordée aux modalités d'application de l'ordre décidé par les autorités, aux changements de la situation qui a justifié la décision des autorités, et aux recours qui peuvent être exercés contre cette décision.

2. Le droit national en tant que résultante du droit international

Le texte belge s'inscrit dans le droit fil de la législation et de la jurisprudence des instances de l'Union européenne. Le cadre législatif, d'abord, est comme on le sait, déterminé par les directives 2001/29 relative au droit d'auteur dans la société de l'information et 2004/48 concernant le respect des droits de propriété intellectuelle. Chacune de celles-ci invite les États

³³ Voyez à ce propos, Benoît MICHAUX, « Lutter contre les atteintes en ligne : la Belgique construit un modèle original », (2017) 3 *A&M* 264, 265.

³⁴ Cet avant-projet a été présenté et commenté lors d'une journée d'étude organisée, notamment, par le groupe belge de l'ALAI, le 20 avril 2018, à Bruxelles. La journée était intitulée « Les plateformes, les fournisseurs d'accès et le respect des droits intellectuels sur Internet », <http://aba-bva.be/Les-plateformes-les-fournisseurs-d>. Une présentation de l'avant-projet y a été donnée par M. Gunther AELBRECHT (Service Public Fédéral de l'Économie).

membres à permettre aux ayants droit d'obtenir des injonctions judiciaires destinées à mettre fin aux atteintes au droit d'auteur, à prévenir leur commission ou à empêcher leur réitération.

Certes, le texte des considérants de la directive 2001/29 laissent le soin aux autorités nationales de spécifier « les conditions et modalités » procédurales particulières pour introduire la demande d'injonction à l'encontre des intermédiaires, et pour traiter cette demande³⁵. Ceci pourrait suggérer que le droit procédural purement formel – par opposition au droit procédural matériel, celui-ci concernant en particulier le type de mesures susceptibles d'être ordonnées – relèverait du seul niveau national.

Toutefois, une lecture aussi réductrice serait trompeuse. Plus précisément, l'arrêt *UPC-Telekabel* de la Cour de justice³⁶ démontre que la jurisprudence de l'Union, loin de se limiter aux aspects procéduraux matériels, n'hésite pas à se rendre sur le terrain du droit procédural formel. En particulier, elle invite les États membres à prévoir au bénéfice des internautes des mécanismes de recours contre les injonctions mises à charge des intermédiaires³⁷, dès lors que ces injonctions sont susceptibles de menacer le droit fondamental des internautes à accéder à des informations licites. Certes, ce faisant, la Cour laisse le dernier mot aux États membres, mais cela n'empêche que simultanément elle leur adresse une véritable instruction. En réalité, une lecture attentive de l'arrêt *UPC-Telekabel* indique qu'à terme, la frontière pourrait devenir plus poreuse entre les compétences régissant respectivement le droit procédural formel et le droit procédural matériel, avec pour conséquence que l'emprise de l'harmonisation européenne pourrait finir par s'étendre. Toutefois, il est encore loin d'être question d'une disparition totale de cette frontière, comme on le verra³⁸.

Parmi d'autres, la décision *UPC-Telekabel* a permis de dégager les enseignements suivants, à propos du cas particulier où l'injonction est adressée à un fournisseur d'accès à Internet :

- a) Un fournisseur d'accès à Internet peut recevoir l'ordre d'empêcher ses abonnés d'accéder à un site proposant du contenu contrefaisant,

³⁵ Cf. considérant (59) *in fine* de la directive 2001/29.

³⁶ CJUE 27 mars 2014, *UPC-Telekabel*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (ci-après « *UPC-Telekabel* »).

³⁷ CJUE, 27 mars 2014, *UPC-Telekabel*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, point 57.

³⁸ Cf. *infra*.

même dans l'hypothèse où la mise en œuvre de cet ordre entraînerait des frais importants pour lui.

- b) L'ordre à charge du fournisseur d'accès reste justifié quand bien même la mesure de blocage peut être contournée, pour autant que la mesure soit de nature à décourager sérieusement les internautes d'accéder au contenu contrefaisant.
- c) Le fournisseur d'accès à Internet peut recevoir la mission de déterminer lui-même les modalités concrètes pour mettre en œuvre la mesure de blocage qui lui est adressée.
- d) Le droit national doit permettre aux internautes d'exercer un recours contre la décision de blocage, dans l'hypothèse où cette mesure les priverait d'une manière excessive de la possibilité d'accéder à du contenu non-contrefaisant.

3. *Le droit national en tant que complément au droit international*

Même s'ils sont substantiels, les apports du droit de l'Union européenne – et en particulier ceux de la Cour de justice – n'ont pas (encore) résolu l'intégralité des questions qui peuvent se poser au regard des injonctions susceptibles d'être adressées aux intermédiaires-fournisseurs de services sur les réseaux numériques.

Ainsi, le droit de l'Union n'a pas (encore suffisamment) traité la question de savoir comment il faut aborder les changements qui peuvent affecter l'efficacité des mesures de blocage d'accès à des sites Internet, notamment en raison de l'évolution technologique. Il se peut en effet que ces mesures deviennent inefficaces ou inopportunes.

Par ailleurs, même s'il est fort étendu, le domaine de l'harmonisation européenne connaît des limites, de l'aveu même des autorités de l'Union. Une de ces limites a déjà été signalée, même si ses effets tendent à s'atténuer : c'est – en principe – le droit interne et non le droit de l'Union qui spécifie les conditions et modalités procédurales particulières pour introduire la demande d'un ordre de cessation³⁹. Mais il est encore d'autres limites à l'intervention de l'Union. Ainsi, jusqu'à présent, il est considéré qu'il incombe au législateur national de régler la question de savoir si des mesures peuvent être obtenues en vue de protéger l'intégralité d'un réper-

³⁹ Cf. *supra*.

toire global⁴⁰, et c'est également à lui qu'il incombe d'organiser concrètement les possibilités de recours à l'encontre des décisions de blocage prises par les autorités⁴¹, même si la Cour européenne ne se prive pas de formuler des instructions à cet effet⁴².

Au surplus, même si c'est l'Union européenne qui trace le cadre général, les États membres conservent une marge de manœuvre non négligeable pour se conformer au cadre unioniste.

Aussi ne doit-il pas étonner outre mesure que ces derniers temps les initiatives nationales se multiplient sur le terrain de la lutte contre les atteintes en ligne.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'appréhender l'avant-projet belge⁴³. Celui-ci salue au passage les avancées réalisées par d'autres États membres dans ce domaine. Mais cette reconnaissance ne peut occulter l'originalité et le progrès qui caractérisent le texte belge par rapport à ses homologues européens.

B. *Analyse de l'initiative nationale*

1. *Les mécanismes proposés par l'initiative*

D'emblée, il faut relever que l'avant-projet belge vise de manière générale l'efficacité et la rapidité d'intervention des autorités dans la lutte contre les atteintes en ligne, et ce au bénéfice des parties préjudiciées. Le texte se focalise sur les demandes d'injonction à charge des intermédiaires dont les services sont utilisés par les contrevenants.

Dans ce but, le document à l'examen permet aux parties préjudiciées d'obtenir des mesures par voie unilatérale, ce qui, en principe, représente un gain de temps substantiel. Encore leur faut-il, pour pouvoir recourir à ce type de procédure, démontrer qu'un certain nombre de conditions sont remplies – dont, en particulier, la condition d'une atteinte « manifeste » et

⁴⁰ Cf. la communication de la Commission « Orientations sur certains aspects de la directive 2004/48 », 29 novembre 2017, COM (2017), 708, final, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26582>.

⁴¹ Cf. CJUE 27 mars 2014, *UPC-Telekabel*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, point 57.

⁴² Cf. CJUE 27 mars 2014, *UPC-Telekabel*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, point 57.

⁴³ Voy. *supra*, note 33.

la condition d'un préjudice « considérable ». Il est par ailleurs également requis que la mesure sollicitée soit « proportionnée » à l'atteinte. Ces différentes conditions semblent correspondre aux exigences minimales figurant dans les textes supranationaux évoqués plus haut. L'objectif national rejoint en effet l'objectif supranational qui est d'assurer que la requête unilatérale concerne un cas « approprié », à propos duquel le juge peut constater en équité qu'il se caractérise par une urgence et un préjudice particulièrement significatifs pour le demandeur. Pour autant, il n'est pas exclu que dans la suite de son parcours, le texte belge intègre des améliorations destinées, notamment, à renforcer la conformité aux exigences supranationales.

Le texte belge a également égard au respect du droit fondamental du défendeur au caractère contradictoire de la procédure. À cet effet, il permet à l'intermédiaire-destinataire de l'injonction rendue sur requête unilatérale d'être entendu et d'obtenir qu'il soit statué sur une demande de révision de l'injonction dans un délai raisonnable après la notification des mesures. Par ailleurs, il veille au respect des autres droits fondamentaux, tels que le droit fondamental de l'internaute d'accéder à des informations licites⁴⁴. Dans ce but, le texte permet aussi aux associations ayant pour but de protéger les droits fondamentaux d'agir en révision de l'injonction prononcée de manière unilatérale, et d'obtenir qu'il soit statué sur la demande de révision dans un délai raisonnable.

C'est surtout pour déterminer les modalités de mise en œuvre de l'injonction que l'avant-projet belge se montre innovant.

Le texte dispose à cet égard que le tribunal peut habiliter un service *ad hoc* de l'administration fédérale à préciser et à adapter les modalités d'application de l'injonction. Bien entendu, le tribunal conserve le pouvoir de déterminer lui-même ces modalités, mais il peut aussi, s'il l'estime préférable, en confier le soin à l'administration.

L'objectif recherché, via ce mécanisme, est d'assurer une effectivité maximale à l'injonction. Dans ce but, le texte prescrit la création d'un service spécial au sein de l'administration fédérale, en spéculant sur le fait que ce service pourra s'appuyer sur une expertise particulière et en prévoyant des moyens pour que ce service puisse exercer un contrôle permanent des mesures mises en place.

⁴⁴ CJUE 27 mars 2014, *UPC-Telekabel*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, point 57 et suiv.

Le Service en question pourra notamment modifier les modalités d'application de l'injonction si celles-ci portent une atteinte injustifiée à des droits fondamentaux. Il pourra également saisir le tribunal qui a rendu l'injonction dans l'hypothèse où il estime que la mise en œuvre de celle-ci se révèle insuffisante ou obsolète.

Sur le plan procédural formel également, le mécanisme d'intervention du Service fédéral se distingue par une approche non-traditionnelle. Il revient au Service d'élaborer lui-même les mesures destinées à être mises en œuvre par l'intermédiaire, sans avoir préalablement auditionné ce dernier. Cependant, le texte prévoit la faculté pour l'intermédiaire de réagir à une proposition de mesures communiquée par le Service. En outre, une fois que le Service a adopté une décision ferme concernant les mesures, la possibilité d'exercer un recours devant le tribunal est offerte, tant aux intermédiaires qu'à tout intéressé.

2. L'intérêt de l'initiative

La solution développée dans l'avant-projet belge revêt un intérêt pluriel qu'il est difficile de nier.

En premier lieu, cette solution offre l'avantage considérable de conférer une assise solide et précise à la procédure unilatérale quand il s'agit pour les ayants droit d'obtenir une injonction à charge d'un intermédiaire dont les services sont utilisés pour porter des atteintes au droit d'auteur sur les réseaux numériques. Le texte à l'examen paraît relever de manière satisfaisante le défi consistant à fournir au défendeur un recours rapide et effectif afin d'assurer son droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure.

Ensuite, ce texte permet le respect d'autres droits fondamentaux, dont celui de l'internaute d'accéder à des informations licites – droit qui serait susceptible d'être menacé par certains types d'injonctions, en particulier des injonctions de blocage de sites Internet. Dans ce but, il offre la possibilité à des associations chargées de la défense de droits fondamentaux d'exercer des recours rapides et effectifs.

Enfin, l'avant-projet belge a le mérite de veiller à ce que les mesures d'application de l'injonction soient à la fois concrètes, pertinentes, flexibles et durables. Pour atteindre cet objectif, elle met en place un modèle original de collaboration entre le pouvoir judiciaire et l'administration fédérale, cette dernière étant chargée à la fois de préciser les mesures à

prendre sur le plan technique et d'assurer un contrôle suivi de l'efficacité de ces mesures.

Il reste à présent à voir comment l'avant-projet évoluera dans le futur.

III. Conclusion

A. *L'interaction entre le droit national et le droit international*

La discussion qui précède est de nature à illustrer la complémentarité qui peut se mettre en place dans le domaine de la procédure civile entre, d'une part, le corpus des normes internationales, et d'autre part, les réglementations nationales innovantes.

Certes, il est indispensable que des exigences minimales et harmonisées soient établies au niveau supranational, en particulier pour encadrer le recours à la procédure unilatérale dans le contexte spécifique de la lutte contre les atteintes au droit d'auteur commises sur les réseaux numériques.

Toutefois, rien n'empêche les législateurs nationaux de prendre l'initiative de certaines normes dans le but de contribuer à un renforcement de la rapidité et de l'efficacité nécessaires, tout en respectant les droits fondamentaux ainsi que le principe de proportionnalité.

B. *Environnement numérique et caractère contradictoire de la procédure*

Une dernière réflexion, d'ordre général, vient à l'esprit. Elle porte sur la singularité de l'obligation de respecter le caractère contradictoire de la procédure, quand cette obligation intervient dans le contexte spécifique de la lutte contre les atteintes au droit d'auteur en ligne.

Tout d'abord, il s'impose de tenir compte du fait que dans ce contexte-ci, plus que dans beaucoup d'autres probablement, l'audition préalable des parties concernées se concilie difficilement avec l'exigence d'une intervention urgente de l'autorité pour imposer des mesures appropriées. Ensuite, les aspects éminemment techniques et évolutifs des injonctions et de leur mise en œuvre semblent avoir au moins deux conséquences significatives. D'une part, la prise de mesures paraît devoir impliquer des autorités *ad hoc*, outillées sur le plan technique. D'autre part, comme l'indiquent plusieurs réglementations nationales récentes en Europe⁴⁵, il semble sou-

haité que ces autorités puissent dans un premier temps déterminer leur position avant même que les parties concernées soient entendues. Pour autant ces dernières ne sont pas mises hors-jeu. Simplement, ce n'est que dans un deuxième temps qu'elles seront consultées.

Ce double constat semble indiquer que la tendance à différer dans le temps le respect du caractère contradictoire – selon un séquençage déjà admis au regard des droits fondamentaux – pourrait encore s'accroître à l'avenir dans ce domaine-ci.

⁴⁵ En particulier les réglementations adoptées en Espagne, en Grèce et au Portugal.