

Observations de la partie défenderesse au principal

Affaire C-18/18 *

Pièce déposée par :

Facebook Ireland Limited

Nom usuel de l'affaire :

GLAWISCHNIG-PIESCZEK

Date de dépôt :

23 avril 2018

OBSERVATIONS ÉCRITES DE LA PARTIE DÉFENDERESSE

Conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice, la partie défenderesse, représentée par M^e Georg Kresbach, du cabinet WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Vienne, Autriche, et M^e Kai Struckmann, du cabinet White & Case LLP, Wetstraat 62 rue de la Loi, 1040 Bruxelles, Belgique, soumet les présentes observations écrites sur les questions préjudicielles que l'Oberste Gerichtshof (Cour suprême, Autriche) (ci-après la « juridiction de renvoi ») a posées à la Cour par ordonnance du 25 octobre 2017 en vertu de l'article 267 TFUE, et qui est parvenue au greffe de la Cour le 10 janvier 2018.

* Langue de procédure : l'allemand.

Table des matières

I. INTRODUCTION	4
II. LES FAITS PERTINENTS ET LES DISPOSITIONS DE DROIT NATIONAL	7
III. CŒUR DE LA PROBLÉMATIQUE ET INTERPRÉTATION DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES	8
A. Première question préjudicielle.....	8
B. Deuxième question préjudicielle	8
C. Troisième question préjudicielle	9
IV. LA COUR, LA COUR EDH ET LA JURISPRUDENCE DES ÉTATS MEMBRES CONFIRMENT QUE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 1, DE LA DIRECTIVE CE S'OPPOSE AUX ORDONNANCES DE RÉFÉRÉ IMPOSANT UNE OBLIGATION DE SURVEILLANCE GÉNÉRALE DES DONNÉES DES DESTINATAIRES DU SERVICE	9
A. L'article 15, paragraphe 1, de la directive CE s'oppose aux injonctions de cessation prévoyant une obligation générale de surveillance de l'hébergeur	9
B. La jurisprudence de la Cour interdit les injonctions générales de surveillance adressées aux intermédiaires de l'Internet [Or. 8]	10
1. Arrêt de la Cour du 12 juillet 2011, C-324/09 (L'Oréal/eBay)	10
2. Arrêts de la Cour du 24 novembre 2011, C-70/10 (Scarlet/SABAM) et du 16 février 2012, C-360/10 (SABAM/Netlog)	11
3. Arrêt de la Cour du 15 septembre 2016, C-484/14 (Mc Fadden)	12
C. La jurisprudence de la Cour EDH interdit également les injonctions de surveillance générale aux intermédiaires de l'Internet	13
D. Certaines juridictions nationales ont rejeté des demandes de cessation allant au-delà du contenu précis.....	14
V. UNE ORDONNANCE DE RÉFÉRÉ OBLIGEANT UN HÉBERGEUR À RECHERCHER ET À IDENTIFIER LES CONTENUS « IDENTIQUES » OU « ÉQUIVALENTS » EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 15 DE LA DIRECTIVE CE	16
A. Les ordonnances de référé prononcées par les juridictions autrichiennes sont contraires aux articles 14 et 15 de la directive CE.....	16
B. Une ordonnance de référé dépassant les limites d'un contenu précisément désigné n'est ni raisonnable ni applicable en pratique car elle impliquerait un contrôle humain de la situation dans son contexte ainsi qu'une analyse juridique précise	17

C. Une injonction ordonnant une surveillance générale ne tient pas compte de l'exigence tirée d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux en présence	21
VI. LES INJONCTIONS ORDONNANT UN EFFACEMENT DE CONTENUS AU NIVEAU MONDIAL SONT CONTRAIRES AUX PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN, INTERNATIONAL ET NATIONAL.....	22
A. L'applicabilité territoriale limitée du droit de l'Union et de la CEDH.....	23
B. Application au cas d'espèce	24
VII. PROPOSITION DE RÉPONSE AUX QUESTIONS PRÉJUDICIELLES ...	27

I. INTRODUCTION

- 1 Facebook Ireland Limited (ci-après « **Facebook** ») exploite une plateforme mondiale de média social (ci-après « **Facebook Service** ») pour les utilisateurs situés hors des États-Unis et du Canada. Plus de deux milliards d'utilisateurs [ou de destinataire du service au sens de la directive sur le commerce électronique] actifs ont recours, chaque mois, à Facebook Service pour entrer en relation avec des amis et de la famille, consulter des nouvelles, découvrir et commenter ce qui se passe dans le monde, et pour échanger et exprimer des avis et des opinions qui sont importants pour eux. C'est dans ce but que les personnes utilisent Facebook Service comme forum de discussion ouverte, comme plateforme d'échange de points de vue différents et comme « caisse de résonance » d'opinions politiques.
- 2 Facebook est un hébergeur au sens de l'article 14 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après « directive sur le commerce électronique » ou « **directive CE** »). En tant qu'hébergeur, Facebook retire les contenus manifestement illicites de Facebook Service dès le moment où il en a connaissance. Indépendamment de cela, Facebook ne peut cependant pas être soumis à une obligation générale en matière de surveillance, conformément aux articles 14 et 15 de la directive CE, concernant les informations partagées sur Facebook Service, et il ne peut pas non plus être tenu, en plus, de rendre l'accès à ces informations impossible à moins que Facebook ait effectivement connaissance ou conscience de leur caractère illicite.
- 3 Les questions soulevées dans la présente demande de décision préjudicielle concernent le champ d'application et l'application des articles 14 et 15 de la directive CE dans le cadre de l'expression d'opinions politiques, et ont dès lors une grande importance pour la liberté d'expression et l'échange d'informations par voie électronique.
- 4 M^{me} Eva Glawischnig-Piesczek, qui était à l'époque porte-parole fédérale du parti « les Verts » en Autriche, a engagé la procédure ayant donné lieu à la demande de décision préjudicielle – par une demande d'ordonnance de référé aux fins de l'effacement du message posté par un utilisateur de Facebook sur Facebook Service (ci-après le « **message** » ; une copie est jointe en annexe/B1) et de la condamnation de Facebook à cesser de publier et de diffuser des messages identiques et/ou de contenu équivalent. Le message était composé de deux parties : la première partie recouvrait la diffusion par l'utilisateur [Or. 2] d'un article du magazine d'information autrichien 0^e24.at, intitulé « *Les Verts : en faveur du maintien d'un revenu minimum pour les réfugiés* », et évoquait l'orientation politique de M^{me} Glawischnig et de son parti dans le contexte du thème largement débattu de la crise des réfugiés. Lorsque cet article a été partagé

sur Facebook Service, un « aperçu vignette » du site d'origine (oe24.at) a été généré automatiquement, lequel comportait le titre de cet article, un bref résumé, ainsi que la photographie de couverture, en l'espèce une photo de M^{me} Glawischnig. La deuxième partie du message de l'utilisateur contenait un texte d'accompagnement prenant position sur la politique de M^{me} Glawischnig et de son parti en matière de réfugiés et qui traitait M^{me} Glawischnig de « *sale traîtresse du peuple* », d'« *idiote corrompue* » et de membre d'un « *parti de fascistes* ».

- 5 Facebook n'a pas retiré le message à la demande de M^{me} Glawischnig car – bien qu'il soit formulé de manière très brutale – Facebook ne percevait pas le caractère irrégulier du message en raison des éléments suivants : (i) le message partageait un article d'information qui relatait les positions politiques de M^{me} Glawischnig sur la crise des réfugiés – une question d'importance publique majeure ; (ii) M^{me} Glawischnig est une personnalité publique ; et (iii) – dans ce contexte – le message comportait des commentaires critiques d'un utilisateur sur la position politique d'une personnalité publique. Pour résumer, dans ces conditions, une personne ordinaire (c'est-à-dire non-spécialiste) peut raisonnablement conclure que le message était licite et protégé par la liberté d'expression de l'utilisatrice auteure du message, laquelle autorise, d'une part, cette utilisatrice à faire connaître son opinion politique, et qui habilite, d'autre part, les autres utilisateurs de Facebook à prendre connaissance de ces opinions. Compte tenu des intérêts à mettre en balance dans cette affaire, Facebook a estimé qu'un tribunal – et non un organisme privé tel que Facebook – devait se prononcer sur la licéité de ce genre de contenus.
- 6 Après que M^{me} Glawischnig a engagé une procédure contre Facebook, le Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne) a jugé que le message violait le droit autrichien et en a ordonné le retrait. Facebook s'est conformé à cette injonction en temps utile en en rendant l'accès impossible en Autriche. La décision du Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne) obligeait *en outre* Facebook à cesser de publier ou de diffuser des photos de M^{me} Glawischnig [**Or. 3**] dès lors que le message d'accompagnement était « *identique* » (mot pour mot) et/ou avait un « *contenu équivalent* » (ayant la même signification) au texte contenu dans le message.
- 7 Suite au recours formé par Facebook contre l'ordonnance de référé du Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne), l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne) a limité l'ordonnance de référé aux contributions constituées d'une photo de M^{me} Glawischnig accompagnée d'un texte (i) « *identique* » (mot pour mot) et/ou (ii) comportant des allégations de « *contenu équivalent* » (ayant la même signification) au texte contenu dans le message, qui ont été portées à la connaissance de Facebook¹. En raison des

¹ En revanche, l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne) a rejeté la demande de M^{me} Glawischnig d'interdire d'une manière générale (c'est-à-dire sans en informer préalablement Facebook) la publication de contributions constituées d'une photo de M^{me} Glawischnig et d'un message d'accompagnement de contenu équivalent.

recours ultérieurs formés par M^{me} Glawischnig et par Facebook, la juridiction de renvoi soumet à présent trois questions préjudicielles à la Cour, qui concernent le champ d'application de l'article 15 de la directive CE ².

- 8 Comme cela est exposé de manière plus détaillée ci-dessous, les ordonnances de référé rendues par le Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne) et l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne) sont incompatibles avec le libellé clair de l'article 15 de la directive CE ainsi qu'avec son interprétation et son application par la jurisprudence uniforme de la Cour, de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH ») et des juridictions des États membres. En outre, les possibles conséquences de ces deux ordonnances sont extrêmement graves, non seulement pour Facebook, mais pour tous les hébergeurs et internautes – en particulier lorsqu'il s'agit de contributions politiques –. Cela concerne en particulier le transfert, des juridictions aux prestataires, de la responsabilité de mettre en balance les droits fondamentaux en conflit, le risque du blocage de contenus licites et l'effet dissuasif sur l'expression d'opinions admissibles.
- 9 De surcroît, les questions préjudicielles relatives au champ d'application de l'article 15 de la directive CE comportent aussi des questions sur la portée géographique d'une obligation de retirer des **[Or. 4]** contenus, c'est-à-dire sur le point de savoir si un hébergeur peut être contraint de retirer des contenus qui ont été qualifiés d'illicites en droit autrichien, non seulement pour les internautes en Autriche, mais également au niveau mondial. Cette problématique – qui est déjà pendante devant la Cour dans l'affaire C-507/17 – soulève des questions importantes de compétence et d'application territoriale du droit de l'Union et de la CEDH ainsi que de compatibilité avec le droit international public. Les injonctions délivrées par une juridiction nationale ordonnant le retrait de certains contenus (en l'occurrence : une opinion politique) au niveau de l'Union européenne ou au niveau mondial entrent nécessairement en conflit avec les différentes lois nationales et le respect des principes de liberté d'expression. En outre, il existe le risque d'aligner l'accès aux informations partout sur le niveau d'un seul ordre juridique – peut-être le plus répressif –.

² Journal officiel de l'Union européenne C 104 du 19 mars 2018, p. 21. Ces questions ont été posées à la Cour alors que les juridictions autrichiennes n'avaient pas recueilli la preuve de la faisabilité et des conséquences d'une obligation de surveillance proactive incombant aux hébergeurs, ou sans que ces preuves aient été présentées aux juridictions ou que ces dernières les aient évaluées. De même, il n'y a pas eu d'analyse détaillée relative à une limitation géographique appropriée d'une obligation d'effacement (étant précisé que ce dernier point a été abordé par la requérante, bien qu'incidemment, dans le cadre du recours en « Revision » devant la juridiction de renvoi).

II. LES FAITS PERTINENTS ET LES DISPOSITIONS DE DROIT NATIONAL

- 10 La juridiction de renvoi a déjà résumé et exposé, dans sa demande de décision préjudicielle, les faits pertinents et les dispositions essentielles de droit national applicables ³. Par conséquent, Facebook se dispense de rappeler les faits pertinents et les dispositions de droit national. Toutefois, il convient d'attirer l'attention de la Cour sur deux points.
- 11 Premièrement, Facebook s'appuie sur des avis juridiques qui ont été émis, à sa demande, par deux éminents experts. Le premier avis émane de M. Wolfgang Zankl, professeur à l'institut de droit civil de l'université de Vienne, et contribue à clarifier la situation juridique relative à (i) la responsabilité d'un hébergeur en cas d'atteinte présumée aux droits de la personnalité et (ii) la portée d'éventuelles obligations d'effacement (« **Zankl, Rechtsgutachten** », joint en annexe./B2). Le second avis a été émis par M. Dan Jerker B. Svantesson, co-directeur du centre de droit économique au sein de l'université de droit de Stockholm, pour clarifier le cadre juridique relatif à la portée géographique appropriée des décisions rendues par une juridiction nationale (« **Svantesson, Rechtsgutachten** », joint en annexe./B3). **[Or. 5]**
- 12 Deuxièmement, outre la procédure civile qui a finalement donné lieu à la saisine de la Cour à titre préjudiciel par la juridiction de renvoi, M^{me} Glawischnig a également engagé une procédure pénale à l'encontre de Facebook pour les mêmes faits (c'est-à-dire en raison du même message) sur le fondement des articles 111 (« diffamation ») et 115 (« Injure ») du code pénal autrichien ⁴. Par ordonnance du 23 mars 2018, l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne) a confirmé la décision du tribunal de première instance sur le classement de l'affaire et a constaté que la demande écrite que M^{me} Glawischnig avait adressée à Facebook à l'époque n'était pas suffisante pour que ce dernier doive considérer que le message était illicite ⁵. Cette juridiction a au contraire considéré qu'il s'agissait d'un message posté dans le cadre d'un débat politique et que Facebook n'était pas en mesure d'en saisir le caractère illicite sans décision de justice imposant de retirer le message ⁶.

³ Idem p. 3 et suivantes, p. 8 et suivante.

⁴ Bundesgesetz du 23 janvier 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (loi autrichienne relative aux actes pénalement répréhensibles) (Strafgesetzbuch – StGB ; code pénal autrichien) BGBl. Nr. 60/1974 dans la version du BGB. I Nr. 117/2017.

⁵ Voir Oberlandesgericht Wien du 23 mars 2018, 17 Bs 236/17f, p. 28 (annexe./B4).

⁶ Idem, p. 27.

III. CŒUR DE LA PROBLÉMATIQUE ET INTERPRÉTATION DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

A. Première question préjudicielle

- 13 Dans la première question préjudicielle, la juridiction de renvoi distingue expressément « *ces informations illicites elles-mêmes* » d'« *autres informations identiques* ». Les premières doivent s'entendre d'un contenu précis, émis par un destinataire du service déterminé, à un moment déterminé et à un endroit déterminé (en l'espèce le message visé à l'annexe./B1). En revanche, les autres peuvent consister en une simple répétition textuelle du contenu précis (lequel peut toutefois être posté par un autre destinataire du service dans un autre contexte).
- 14 Par conséquent, la première question préjudicielle porte, en substance, sur le point de savoir si l'article 15, paragraphe 1, de la directive CE s'oppose à ce que l'on impose également à un hébergeur – en plus du retrait de « *ces* » informations illicites elles-mêmes – l'obligation de rechercher, d'identifier, de retirer d'autres informations identiques et d'en rendre l'accès impossible. Toutefois, on **[Or. 6]** ne sait pas très bien si les « *informations identiques* » incluraient les mêmes mots en combinaison avec une autre photo (ou aucune photo) ⁷.
- 15 Les points (a.a) à (a.d) de la question préjudicielle concernent la portée géographique de l'obligation de retrait supposée et la question de savoir si elle doit se limiter aux contributions du même destinataire du service.

B. Deuxième question préjudicielle

- 16 Par la deuxième question préjudicielle, la juridiction de renvoi souhaite savoir, en substance, si une telle injonction relative aux informations identiques peut être étendue aux contenus ayant une signification « équivalente » dans la mesure où l'article 15, paragraphe 1, de la directive CE ne s'y oppose pas. Les « *informations de contenu équivalent* » ne constituent indubitablement pas des répétitions littérales de contenus illicites déjà supprimés (sinon, cela reviendrait à répéter la première question préjudicielle), mais plutôt des contenus ayant certes une teneur équivalente aux informations illicites précises, mais qui utilisent d'autres mots ou formulations. Toutefois, on ne sait pas très bien si les contenus équivalents doivent correspondre à tous les mots contestés dans le message, ou s'il suffit que ceux-ci recoupent seulement certains mots du message. En outre, il n'est pas non plus précisé si les contenus revêtant une signification « *équivalente* »

⁷ Par exemple, une contribution de contenu identique complétée par un texte suffirait-elle ? En l'absence de photo, un simple renvoi au nom de M^{me} Glawischnig, ou ne serait-ce qu'un renvoi indirect à la « *présidente des Verts* » suffiraient-ils ? Alors que les demandes présentées par la requérante au titre de l'article 78 de l'Urheberrechtsgesetz (loi autrichienne relative au droit d'auteur, ci-après l'« UrhG ») se limitaient en particulier à la publication de photos accompagnées de commentaires diffamatoires, la juridiction semble formuler sa question de manière plus générale.

recouvrent aussi les contenus accompagnés d'un texte similaire avec une autre photo (voire aucune photo).

C. Troisième question préjudicielle

- 17 La troisième question préjudicielle est une variante de la deuxième question préjudicielle, par laquelle la juridiction de renvoi souhaite savoir, en substance, si la deuxième question préjudicielle appelle une réponse différente lorsque l'hébergeur a eu connaissance d'informations de contenu équivalent. Cela semble correspondre à la limitation fixée par l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne), selon lequel les allégations « *de contenu équivalent* » ne devraient être supprimées que si Facebook en avait préalablement connaissance ⁸. [Or. 7]

IV. LA COUR, LA COUR EDH ET LA JURISPRUDENCE DES ÉTATS MEMBRES CONFIRMENT QUE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 1, DE LA DIRECTIVE CE S'OPPOSE AUX ORDONNANCES DE RÉFÉRÉ IMPOSANT UNE OBLIGATION DE SURVEILLANCE GÉNÉRALE DES DONNÉES DES DESTINATAIRES DU SERVICE

A. L'article 15, paragraphe 1, de la directive CE s'oppose aux injonctions de cessation prévoyant une obligation générale de surveillance de l'hébergeur

- 18 Les trois questions préjudicielles concernent l'interprétation de l'article 15, paragraphe 1, de la directive CE, qui interdit les législations et les décisions de tribunaux ou d'autorités administratives imposant aux prestataires de services de la société de l'information (conformément aux articles 12 à 14) une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.
- 19 La lecture combinée de l'article 15 et de l'article 14 reflète la conception internationale uniforme, selon laquelle les hébergeurs ne devraient pas être tenus responsables des informations publiées sur leur plateforme tant qu'ils n'en ont pas effectivement connaissance, ni se voir imposer l'obligation de surveiller des informations ou de les rechercher ⁹. Comme ce sera expliqué en détail ci-dessous,

⁸ Voir ci-dessus point 7, note 1.

⁹ Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, comité des ministres du Conseil de l'Europe (28 mai 2003) ; Déclaration conjointe du 21 décembre 2005 déclaration conjointe du 21 décembre 2005 du rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté d'opinion et d'expression, du représentant de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe en ce qui concerne la liberté des médias et du rapporteur spécial de l'Organisation des États américains sur la liberté d'expression [« *No one should be liable for content on the Internet of which they are not the author, unless they have either adopted that content as their own or refused to obey a court order to remove that content.* » (en français : On ne saurait tenir une personne responsable des contenus diffusés sur l'Internet dont elle n'est pas l'auteur, à moins

les injonctions délivrées par les juridictions autrichiennes – qui imposent d’une certaine manière à Facebook l’obligation de rechercher, d’identifier et de retirer certaines informations dans la masse des informations hébergées – sont contraires à cette conception internationale. En outre, eu égard au libellé clair de l’article 15, paragraphe 1, de la directive CE ainsi qu’à l’interprétation et l’application qu’en fait la Cour, ces injonctions sont illégales.

B. La jurisprudence de la Cour interdit les injonctions générales de surveillance adressées aux intermédiaires de l’Internet [Or. 8]

- 20 Il résulte clairement de la jurisprudence de la Cour (y compris de sa décision dans l’affaire SABAM/Netlog, qui concernait une plateforme de réseau social) que les intermédiaires de l’Internet comme les hébergeurs ne peuvent pas être tenus d’assurer une surveillance proactive de tous les contenus afin d’empêcher de (nouvelles) atteintes aux droits de la personnalité sur leur réseau.

1. Arrêt de la Cour du 12 juillet 2011, C-324/09 (L’Oréal/eBay)

- 21 Le refus d’imposer des obligations de surveillance proactive aux intermédiaires de l’Internet résulte d’abord de l’affaire L’Oréal/eBay. Dans cette affaire, la Cour avait examiné, entre autres, l’obligation des États membres de veiller à ce que leurs juridictions nationales puissent imposer des mesures à l’exploitant d’une place de marché en ligne pour éviter de nouvelles atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Dans ce contexte, la Cour a jugé qu’une juridiction nationale doit être autorisée à enjoindre à une place de marché en ligne de prendre des mesures mettant fin aux atteintes portées sur sa plateforme et qui préviennent de nouvelles atteintes de ce genre ¹⁰. Toutefois, ce qui est surtout important, au cas particulier, c’est que la Cour a également jugé (point 139) qu’il résulte de l’article 15, paragraphe 1, de la directive CE que ces mesures ne peuvent consister en une surveillance active de l’ensemble des données de chacun de ses clients sur la place de marché en ligne ¹¹. Or, en l’espèce, la juridiction de renvoi a cité l’arrêt L’Oréal/eBay au point 3.4.2 de son ordonnance de renvoi, mais uniquement en ce qui concerne la première déclaration susvisée de la Cour.

qu’elle ait repris ces contenus à son compte ou qu’elle ait refusé de se conformer à une décision de justice ordonnant le retrait de ces contenus.)]

¹⁰ Arrêt de la Cour du 12 juillet 2011, L’Oréal/eBay (C-324/09, EU:C:2011:474, points 143 et 144), qui expliquent, entre autres, que les mesures doivent être proportionnées et assurer un juste équilibre entre les différents droits et intérêts.

¹¹ Idem, point 139. Au point 141, la Cour a effectivement constaté que la surveillance proactive d’un seul utilisateur était contraire à l’article 15, paragraphe 1, de la directive CE. Au lieu de cela, la Cour propose qu’une mesure alternative puisse consister, lorsque la législation le prévoit (c’est-à-dire lorsque l’injonction est « *effective et proportionnée* »), à « *suspendre* » (ou retirer) le compte de l’utilisateur sur le service en ligne. Un tel recours alternatif est comparable à une « décision sur mesure » de ne retirer qu’un contenu bien déterminé.

- 22 En outre, la Cour a également examiné, dans cette affaire, comment un prestataire peut avoir connaissance ou conscience d'un contenu illicite au sens de l'article 14 de la directive CE. Elle a exposé deux situations dans lesquelles ce pouvait être le cas. Il en est ainsi, d'une part, lorsque le prestataire « découvre l'existence d'une activité ou d'une information illicites à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative »¹², [Or. 9] et, d'autre part, lorsque « l'existence d'une telle activité ou d'une telle information lui est notifiée », dans la mesure où la notification est suffisamment précise et dûment étayée¹³.
- 23 Concernant la première de ces situations, il est évident qu'une instance nationale ne peut pas obliger un hébergeur à rechercher des informations stockées, car cela serait contraire au point 139 de la décision précitée. Il est en revanche courant qu'un prestataire soit informé de contenus illicites au sens de l'article 14 de la directive CE dans le cadre de la seconde situation – c'est-à-dire par une notification suffisamment précise et dûment étayée¹⁴.

2. Arrêts de la Cour du 24 novembre 2011, C-70/10 (Scarlet/SABAM) et du 16 février 2012, C-360/10 (SABAM/Netlog)

- 24 Dans les affaires SABAM relatives à un hébergeur dont les réseaux avaient été prétendument utilisés pour porter atteinte au droit d'auteur par des partages de fichiers, la Cour a repris et appliqué la position qu'elle avait formulée dans L'Oréal/eBay¹⁵. En renvoyant à L'Oréal/eBay, la Cour a déclaré, dans l'arrêt Scarlet/SABAM, que, aux fins de l'exécution des injonctions, les règles instaurées par les États membres doivent « notamment respecter l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31, qui interdit aux autorités nationales d'adopter des mesures qui obligeraient un FAI à procéder à une surveillance générale des informations qu'il transmet sur son réseau »¹⁶.
- 25 La Cour a également examiné la question de savoir si l'injonction prononcée par la juridiction belge obligerait le prestataire « à procéder, à cette occasion, à une surveillance active de l'ensemble des données de chacun des utilisateurs de ses services afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété

¹² Idem, point 122.

¹³ Idem.

¹⁴ Pour s'assurer que la notification est suffisamment précise et dûment étayée, elle doit indiquer en pratique le lieu de stockage précis (par exemple une URL) ainsi qu'une justification de l'illicéité du contenu, y compris les données relatives aux législations pertinentes et aux preuves afin de fournir à l'hébergeur toutes les informations nécessaires.

¹⁵ Arrêts de la Cour du 24 novembre 2011, Scarlet/SABAM (C-70/10, EU:C:2011:771, points 32 à 40), et du 16 février 2012, SABAM/Netlog (C-360/10, EU:C:2012:85, points 30 à 38).

¹⁶ Arrêts de la Cour du 24 novembre 2011, Scarlet/SABAM (C-70/10, EU:C:2011:771, point 35), et du 16 février 2012, SABAM/Netlog (C-360/10, EU:C:2012:85, point 33).

intellectuelle »¹⁷. La Cour a finalement conclu que l'injonction [**Or. 10**] constituait en fait une « *surveillance préventive* » qui exigerait « *une observation active de la totalité des communications électroniques réalisées sur le réseau du FAI concerné* », laquelle serait interdite par l'article 15, paragraphe 1, de la directive CE¹⁸.

- 26 En l'espèce, la juridiction de renvoi a considéré, dans son ordonnance de renvoi (voir point 3.4.2), que les décisions rendues dans les affaires SABAM concernaient des injonctions visant des atteintes portées à de futures œuvres qui n'avaient pas encore créées à cette date. On ne saurait souscrire à ce point de vue. Bien que les décisions dans les affaires SABAM en tiennent compte dans la mise en balance des droits et de la proportionnalité des injonctions (voir Scarlet/SABAM au point 47 et SABAM/Netlog au point 45), la Cour était déjà parvenue, dans les deux cas, à la conclusion autonome que les injonctions étaient incompatibles avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive CE¹⁹.

3. Arrêt de la Cour du 15 septembre 2016, C-484/14 (Mc Fadden)

- 27 Dans l'affaire Mac Fadden, qui concernait la responsabilité possible de l'exploitant d'un réseau WLAN pour des violations de droit d'auteur commises par des utilisateurs de ce réseau, la Cour a répété qu'une injonction qui obligerait l'exploitant à procéder à la surveillance de l'ensemble des informations transmises ne saurait être prononcée²⁰. À cet égard, la Cour a examiné l'admissibilité des « *mesures que peut adopter en pratique le destinataire d'une injonction [qui] se limitent à trois, à savoir examiner toutes les informations transmises au moyen d'une connexion à Internet, arrêter cette connexion, ou sécuriser celle-ci au moyen d'un mot de passe* »²¹. Concernant la première, la Cour a jugé qu'« *une telle mesure doit d'emblée être exclue, car contraire à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31 qui interdit qu'il soit imposé, notamment aux fournisseurs d'accès à un réseau de communication, une obligation générale de surveillance des informations que ceux-ci transmettent* »²². [**Or. 11**]
- 28 Dans son ordonnance de renvoi (voir point 3.4.2), la juridiction de renvoi a considéré que la décision rendue par la Cour dans l'affaire Mc Fadden n'était pas

¹⁷ Arrêts de la Cour du 24 novembre 2011, Scarlet/SABAM (C-70/10, EU:C:2011:771, point 37), et du 16 février 2012, SABAM/Netlog (C-360/10, EU:C:2012:85, point 35).

¹⁸ Arrêts de la Cour du 24 novembre 2011, Scarlet/SABAM (C-70/10, EU:C:2011:771, points 39 et 40), et du 16 février 2012, SABAM/Netlog (C-360/10, EU:C:2012:85, points 37 et 38).

¹⁹ Zankl, avis juridique, points 50 et suivants.

²⁰ Arrêt de la Cour du 15 septembre 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, points 85 et 87).

²¹ Idem, point 85.

²² Idem, point 87.

pertinente en l'espèce car elle concernait un fournisseur d'accès. On ne peut pas souscrire à cela non plus. L'article 15, paragraphe 1, de la directive CE interdit d'imposer une obligation générale de surveillance aux prestataires dans le cadre de la fourniture « *des services visée aux articles 12, 13 et 14* ». Cette disposition s'applique donc de la même manière à un hébergeur relevant de l'article 14 qu'à un fournisseur d'accès relevant de l'article 12.

- 29 La décision dans l'affaire *Mc Fadden* contient une déclaration claire et actuelle sur la situation juridique en vigueur qui est conforme aux principes développés dans les affaires *L'Oréal/eBay* et *SABAM*. Selon l'argumentation exposée dans l'arrêt *Mc Fadden*, la Cour devrait donc juger qu'une injonction générale d'imposer des restrictions à la liberté d'expression allant au-delà d'un contenu bien déterminé obligerait illégalement un hébergeur à rechercher activement des contenus, à une surveillance générale de ses services et à examiner activement des faits (en particulier dans le domaine des droits de la personnalité et des opinions politiques) pour effectuer une appréciation difficile de la légalité de ces contenus.

C. La jurisprudence de la Cour EDH interdit également les injonctions de surveillance générale aux intermédiaires de l'Internet

- 30 Au point 3.4.3, la juridiction de renvoi semble avoir tiré de cette décision des éléments plaidant en faveur de l'admissibilité d'une injonction qui obligerait un exploitant de réseau social à effectuer un filtrage permettant d'« *identifier également les contenus identiques et équivalents* », « *pour protéger les droits de la personnalité (l'honneur) d'une personne* ». Toutefois, une interprétation exacte de l'arrêt *Delfi AS c. Estonie* montre que cet arrêt ne justifie pas cette conclusion.
- 31 Dans l'arrêt *Delfi AS c. Estonie*, la Cour EDH a jugé que la décision des juridictions nationales d'imposer à l'exploitant d'un portail d'actualités sur Internet une obligation de surveillance des contenus émanant de tiers afin de prévenir toute atteinte aux droits de la personnalité de tiers ne constituait pas une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la « **CEDH** »). Toutefois, contrairement au présent cas d'espèce, dans l'affaire *Delfi AS c. Estonie*, **[Or. 12]** l'exploitant lui-même avait publié le contenu litigieux, et ce type de contenu constituait de surcroît un discours de haine et d'incitation à la violence clairement illicites²³. Cet élément contraste fortement avec la présente affaire, dans laquelle Facebook offre à ses utilisateurs une plateforme destinée à la publication et au partage de contenus. En l'occurrence, ce sont donc des tiers qui émettent et publient ces contenus. La Cour EDH a même souligné expressément que l'appréciation juridique portée dans l'arrêt *Delfi AS c. Estonie* n'était pas applicable aux plateformes de médias sociaux où le fournisseur

²³ Voir en particulier points 115 et suivants. L'arrêt *Delfi AS c. Estonie* est resté une exception car, dans une affaire postérieure, qui concernait aussi un portail d'actualités en ligne, la Cour EDH a statué différemment : *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete* (« **MTE** ») et autres c. Hongrie (App n° 22947/13), dans laquelle le contenu litigieux ne constituait pas un discours de haine illicite (voir par exemple point 91).

de la plateforme ne produisait aucun contenu ²⁴. La référence de la juridiction de renvoi à l'arrêt *Delfi AS c. Estonie* est dès lors erronée.

- 32 Par la suite, la Cour EDH a fait observer, dans l'arrêt *Tamiz c. Royaume-Uni*, que, dans l'arrêt *Delfi AS c. Estonie*, elle avait « souligné le fait que cette affaire ne concernait pas d'autres types de forums sur Internet, tels que les plateformes de médias sociaux où le fournisseur de la plateforme ne produit aucun contenu et où le fournisseur de contenu peut être un particulier administrant un site ou un blog dans le cadre de ses loisirs. » ²⁵ Dans l'arrêt *Tamiz c. Royaume-Uni*, la Cour EDH a rejeté le recours formé par un homme politique comme étant manifestement infondé dans une affaire portant sur des commentaires prétendument diffamatoires diffusés sur une plateforme en ligne gérée par Google ²⁶.
- 33 À cet égard, la Cour EDH s'est fondée sur des conceptions juridiques internationales, selon lesquelles les prestataires de services de la société de l'information ne sauraient être tenus pour responsables de contenus émanant de tiers, à moins qu'ils omettent de les retirer promptement ou d'en rendre l'accès impossible dès qu'ils ont connaissance de leur illicéité. La Cour EDH a ajouté que le Conseil de l'Europe, l'Union européenne, les Nations unies et l'OSCE ont tous indiqué que la directive CE prévoyait expressément que les États membres [Or. 13] ne pouvaient pas imposer à un hébergeur une obligation générale de surveillance des informations stockées ni une obligation générale de rechercher activement des contenus illicites ²⁷.

D. Certaines juridictions nationales ont rejeté des demandes de cessation allant au-delà du contenu précis

- 34 Conformément aux arrêts précités, de nombreuses juridictions nationales de l'Union européenne ont également jugé qu'une obligation de surveillance de tous les contenus visant à rechercher un contenu illicite et allant au-delà d'un contenu litigieux précis, était contraire à l'article 15 de la directive CE.
- 35 Ainsi la Cour de cassation française ²⁸ a-t-elle par exemple annulé une ordonnance de référé qui obligeait Google à empêcher toute publication ultérieure de la photo

²⁴ Idem, point 116.

²⁵ Arrêt de la Cour EDH du 12 octobre 2017, 3877/14 (*Tamiz c. Royaume-Uni*), point 85.

²⁶ La Cour EDH a jugé que l'atteinte à l'honneur et à la réputation de l'homme politique ne revêtait pas le niveau de gravité requis, car les commentaires n'étaient guère plus que de simples « insultes à caractère vulgaire », qui sont courantes dans les communications sur de nombreux sites Internet, et dont on peut attendre du requérant, en tant qu'homme politique, qu'il les accepte.

²⁷ Arrêt de la Cour EDH du 12 octobre 2017, 3877/14 (*Tamiz c. Royaume-Uni*), point 84.

²⁸ Arrêt de la Cour de cassation (France) du 12 juillet 2012, 827 FS-P+B+I (Aufeminin.com contre Google France e.a.).

d'un acteur constituant prétendument une violation des droits de l'auteur. Google avait retiré des copies de la photo à l'adresse URL qui lui avait été notifiée, même si la juridiction précédente avait en outre obligé Google à empêcher, d'une manière générale, toute publication ultérieure de la même photo. La Cour de cassation française a annulé l'ordonnance de référé en raison de son incompatibilité avec les dispositions du droit français, lequel transpose la directive CE, et a relevé, à cet égard, qu'une telle décision irait au-delà d'« *une obligation générale de surveillance des images que [les prestataires de services] stockent et de recherche des reproductions illicites* »²⁹. Une notification régulière de chaque violation a été jugée nécessaire – Google ne pouvant être tenu de rechercher les contributions illicites.

- 36 De la même manière, une juridiction d'appel espagnole³⁰, qui s'est expressément fondée sur les arrêts L'Oréal/eBay et SABAM/Netlog, a jugé qu'une notification générale indiquant que certains contenus sur la plateforme seraient protégés par le droit d'auteur, ne respecterait pas l'exigence relative à la « *connaissance effective* » au sens de l'article 14 de la directive CE, et que l'article 15 de cette directive devrait s'entendre en ce sens que YouTube **[Or. 14]** ne peut pas être obligé de surveiller tous les contenus sur la plateforme en vue de déterminer s'il existe une violation.
- 37 De même, la Haute Cour anglaise a jugé que l'article 15, paragraphe 1, de la directive CE s'oppose à ce que les juridictions nationales rendent une ordonnance de référé formulée de manière générale à l'encontre d'un fournisseur de services Internet en vue du retrait de contenus illicites, « *car cela équivaudrait à une obligation générale de surveillance* »³¹.
- 38 Ce n'est que récemment que le Bundesgerichtshof allemand³² a jugé, concernant l'exploitant d'un moteur de recherche (Google), que Google n'était tenu d'intervenir, en cas d'atteinte aux droits de la personnalité, que s'il avait effectivement connaissance, suite à une indication *concrète*, d'une atteinte apparente aux droits de la personnalité, identifiable au premier coup d'œil³³. Toutefois, on ne saurait raisonnablement imposer à l'exploitant d'un moteur de recherche une obligation générale de surveillance. En outre, le Bundesgerichtshof allemand a expressément relevé que l'exploitant d'un moteur de recherche ne peut

²⁹ Idem, p. 8 (dernier paragraphe avant l'analyse juridique).

³⁰ Juridiction d'appel de Madrid, arrêt du 14 janvier 2014, n° 11/2014 (Gestelevision Telecinco SA v YouTube LLC [2014] 2 CMLR 13).

³¹ Arrêt Cartier Int'l AG/British Sky Broadcasting Limited [2015] 1 All ER 949, points 140 et 141, confirmé en appel [2017] 1 All ER 700, points 80 et 81.

³² Arrêt du Bundesgerichtshof (BGH) du 27 février 2018, VI ZR 489/16.

³³ Idem, point 36.

pas être obligé à mettre en place un filtre de recherche aux fins d'une identification automatique de certaines combinaison de termes ³⁴.

- 39 En résumé, la jurisprudence de la Cour, de la Cour EDH et des juridictions nationales confirme donc qu'une ordonnance de référé prononcée à l'encontre d'un hébergeur ne doit pas aller au-delà du contenu litigieux précis, sous peine de violer les principes des articles 14 et 15 de la directive CE.

V. UNE ORDONNANCE DE RÉFÉRÉ OBLIGEANT UN HÉBERGEUR À RECHERCHER ET À IDENTIFIER LES CONTENUS « IDENTIQUES » OU « ÉQUIVALENTS » EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 15 DE LA DIRECTIVE CE

A. Les ordonnances de référé prononcées par les juridictions autrichiennes sont contraires aux articles 14 et 15 de la directive CE

- 40 Comme cela a été indiqué ci-dessus, l'hébergeur n'est responsable des contenus illicites qui ont été publiés sur son réseau, conformément à l'article 14, paragraphe 1, de la directive CE, [Or. 15] que lorsqu'il a effectivement connaissance de l'information illicite ou de circonstances selon lesquelles l'activité ou l'information illicite est apparente, et qu'il ne retire pas l'information illicite ³⁵. Un prestataire en prend habituellement connaissance par la voie d'une demande suffisamment précise et étayée qui indique une URL pour permettre au prestataire de trouver le contenu en cause, et qui démontre l'illicéité du contenu de manière concrète.
- 41 S'agissant d'une plateforme de média social telle que Facebook, qui héberge des milliards de contenus, une injonction judiciaire qui va au-delà des limites du contenu précisément désigné dans chaque cas, implique nécessairement une obligation de surveillance. En effet, cela requiert que l'hébergeur (i) surveille d'une manière générale les contenus stockés sur son réseau ou qu'il les recherche ; et (ii) qu'il examine des faits dans le cadre d'atteintes aux droits de la personnalité (qui ne sont parfois absolument pas identifiables pour le prestataire) afin d'établir l'illicéité de ces contenus. L'imposition de telles obligations est contraire aux dispositions combinées de l'article 14 et de l'article 15, paragraphe 1, de la

³⁴ Idem, point 53.

³⁵ Cette règle est conforme à l'article 16, paragraphe 1, de la Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) (loi autrichienne régissant certains aspects juridiques du commerce électronique) BGB1. I n° 152/2001 dans la version du BGB1. I n° 34/2015 (qui met en œuvre la directive CE). En outre, elle est conforme à l'article 71, paragraphe 1a, de la Bundesgesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (loi autrichienne relative au droit d'auteur) BGB1. I n° 111/1936 dans la version du BGB1. I n° 99/2015, selon lequel, en cas d'atteintes alléguées au droit d'auteur, le prestataire n'est tenu de réagir à une demande d'effacement que s'il reçoit une mise en demeure précise et étayée et que le contenu est manifestement illicite.

directive CE. Comme la Cour l'a déjà indiqué dans l'arrêt *Mc Fadden*, une telle mesure doit « *d'emblée être exclue* »³⁶. Nous reviendrons, dans les développements suivants, sur les difficultés pratiques liées au respect d'une telle injonction et sur la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux en conflit.

B. Une ordonnance de référé dépassant les limites d'un contenu précisément désigné n'est ni raisonnable ni applicable en pratique car elle impliquerait un contrôle humain de la situation dans son contexte ainsi qu'une analyse juridique précise

- 42 Il résulte du considérant 48 de la directive CE que les États membres peuvent exiger des hébergeurs « *qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de [Or. 16] détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites* ». En particulier, seules les obligations d'agir avec précaution requises par la législation nationale sont « *définies* » au sens du considérant 48, et celles-ci ne concernent que « *certain types d'activités illicites* » (par exemple le terrorisme, la pornographie infantile). Toutefois, une telle obligation n'est pas prévue en droit autrichien³⁷. En toute hypothèse, on doit pouvoir « *raisonnablement attendre* » de l'hébergeur qu'il agisse avec les précautions qui s'imposent à lui. Le critère du caractère raisonnable est donc essentiel³⁸.
- 43 Il est intéressant de noter qu'en vertu de la jurisprudence précitée de la Cour, le prononcé d'une injonction de cessation proactive générale est refusé, y compris en matière de droits de propriété intellectuelle, au motif qu'il est difficile de distinguer un contenu illicite d'un contenu licite. Ainsi la Cour a-t-elle jugé, s'agissant d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle, dans l'arrêt *Scarlet/SABAM* par exemple, que l'injonction en cause était inappropriée car celle-ci risquait de « *porter atteinte à la liberté d'information puisque ce système risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite* »³⁹. La difficulté inhérente aux

³⁶ Arrêt de la Cour du 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, point 88.

³⁷ Voir Zankl, avis juridique, point 37.

³⁸ Les juridictions allemandes ont souligné que chaque obligation spéciale imposée à un hébergeur devait être raisonnable et tenir compte de ses intérêts (voir arrêt BGH GRUR 2004, p. 860 ; voir aussi arrêt de l'OLG Düsseldorf MMR 2009, p. 402).

³⁹ Arrêt de la Cour du 24 novembre 2011, *Scarlet/SABAM*, C-70/10, EU:C:2011:771, point 51. Dans cette affaire, la Cour a également refusé une injonction, qui « *impliquerait, d'une part, l'identification, l'analyse systématique et le traitement des informations relatives aux profils créés sur le réseau social par les utilisateurs de ce dernier, les informations relatives à ces profils étant des données protégées à caractère personnel, car elles permettent, en principe, l'identification desdits utilisateurs* ». Idem points 50 et 51. Voir aussi arrêt de la Cour du 16 février 2012, *SABAM/Netlog*, C-360/10, EU:C:2012:85, points 49 et 50. Voir également arrêt de la juridiction d'appel espagnole n° 11/2014 du 14 janvier 2014 (point 28), qui a confirmé, suite à l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-70/10, qu'une injonction imposant la mise en

atteintes aux droits de propriété intellectuelle réside dans les exceptions juridiques liées au contexte telles que les parodies ou le « fair use ». Ces cas de figure se distinguent donc sensiblement de ceux qui comportent des contenus incontestablement illicites (par exemple une pornographie enfantine déterminée). **[Or. 17]**

- 44 Comme en l'espèce, les atteintes présumées à la réputation ou aux droits de la personnalité sont encore plus liées au contexte que les atteintes au droit de la propriété intellectuelle et ne peuvent être établies que sur la base d'un examen de la situation d'ensemble (ce qui requiert souvent un examen matériel ainsi qu'une analyse de l'exactitude des allégations de fait contradictoires) *et* d'une mise en balance des intérêts et droits fondamentaux en présence⁴⁰. Comme M. Zankl l'indique, l'analyse des cas d'atteinte à la réputation et aux droits de la personnalité est fortement liée au contexte, de sorte que la simple prise en compte du sens de mots sortis de leur contexte ne suffit pas⁴¹. Par conséquent, un hébergeur n'est pas souvent en mesure d'apprécier si un contenu notifié déterminé doit être considéré comme une atteinte à la réputation ou aux droits de la personnalité – sans parler des contenus qui sont « *équivalents* » ou « *identiques* » à ces contenus. Le fait d'imposer à un hébergeur une obligation générale de surveillance et de filtrage des données de ses utilisateurs en vue d'identifier des informations « *identiques* » ou « *équivalentes* » dans le contexte d'atteintes aux droits de la personnalité excéderait largement les limites du raisonnable. En effet, cette obligation ne pourrait pas être mise en œuvre en pratique car elle impliquerait un examen humain de la situation dans son contexte ainsi qu'une analyse juridique précise du cas particulier. L'utilisation d'un logiciel de filtrage (si toutefois ce dispositif est techniquement possible) ne peut en aucun cas remplacer le contrôle humain⁴².
- 45 Le plus récent arrêt de l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne) l'illustre parfaitement en constatant de manière définitive – contrairement à la conclusion préliminaire formulée par l'OGH (Cour suprême) dans la procédure civile – que, sans décision de justice, Facebook n'était pas en mesure

place d'un système de filtrage risquerait de porter atteinte à la liberté d'information, puisque ce système risquerait de ne pas suffisamment distinguer un contenu illicite d'un contenu licite, et de bloquer ainsi les communications à contenu licite.

⁴⁰ Voir arrêts de l'OGH du 21 décembre 2006, 6 Ob 178/04a ; de l'OLG Köln du 13 octobre 2016, 15 U 173/15 ; du BGH du 27 février 2018, VI ZR 489/16 ; de l'OLG Karlsruhe du 14 décembre 2016, 6 U 2/15.

⁴¹ Voir, à cet égard, Zankl, avis juridique, points 13 et suivants et point 72.

⁴² L'OLG Karlsruhe a relevé que les exploitants n'étaient pas tenus « *de prévenir, par le développement ou la mise en place de programmes de filtre adaptés, les violations présumées que les personnes concernées ne leur ont pas précisément indiquées* ». En effet, dans le cadre de la nécessaire mise en balance des intérêts en présence, la violation ne serait pas facile à identifier par le contrôleur précisément lorsqu'une atteinte aux droits de la personnalité est invoquée.

d'identifier l'illicéité du message posté⁴³. Si les juridictions autrichiennes ne sont déjà pas d'accord entre elles sur le point de savoir si le message est manifestement illicite, Facebook – une entreprise privée et un **[Or. 18]** simple intermédiaire – ne peut pas prendre cette décision et on ne devrait pas non plus l'exiger de Facebook⁴⁴.

- 46 À titre d'exemple supplémentaire, on peut citer la décision rendue par l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne), selon laquelle le fait de montrer le doigt du milieu ou l'expression « *fuck* », comme une forme de critique politique adressée à un homme politique autrichien, était licite au nom du principe de la liberté d'expression visée à l'article 10 CEDH⁴⁵. Pour un non-spécialiste, il semble donc normal d'admettre que les expressions telles que « *sale traîtresse du peuple* », « *idiote corrompue* » ou membre d'un « *parti de fascistes* » – qui sont bien moins injurieuses – sont justifiées dans le contexte du débat politique.
- 47 Les juridictions autrichiennes tentent d'aller plus loin et de mettre à la charge d'un hébergeur – en dépit des difficultés liées au contexte que toute répétition d'une contribution peut revêtir – l'obligation supplémentaire de surveiller de manière générale ses services ou sa plateforme pour trouver et retirer les contenus « *identiques* » ou « *équivalents* » associés à une photo. Par exemple, une contribution « *équivalente* » peut être illicite si elle est répétée dans le même contexte, mais elle peut aussi être tout à fait licite et protégée si elle est répétée dans un autre contexte, par exemple dans un article de presse rapportant les décisions du Handelsgericht Wien ou de l'OLG Wien, ou lorsqu'un utilisateur (voire M^{me} Glawischnig elle-même) répond à la contribution en formulant toutefois une opinion expressément différente sur son contenu (par exemple, si le contenu va dans le sens de la conception politique de M^{me} Glawischnig ou exprime de la consternation sur les commentaires).
- 48 S'agissant de contenus ayant une signification « *équivalente* », ces difficultés seraient encore plus grandes. Un intermédiaire devrait alors examiner activement toutes les données hébergées pour trouver des contenus qui utilisent d'autres mots, mais qui pourraient avoir une signification équivalente (associés à une photo de la requérante). En dehors de la décision déterminant quels mots peuvent être considérés comme « *équivalents* », l'hébergeur devrait ensuite **[Or. 19]** effectuer un contrôle humain du contenu pour déterminer si ces contenus équivalents sont licites dans le contexte donné.

⁴³ Oberlandesgericht Wien, 23 mars 2018, 17 Bs 236/17f. D'autres États membres ont fait état d'une position similaire dans leurs plus récents arrêts. Voir aussi [annexe./B5](#).

⁴⁴ En outre, les décisions rendues par des juridictions nationales d'autres États membres illustrent la difficulté de déterminer si les contenus sont attentatoires à la réputation. Souvent, les contenus qu'une partie attaquée juge virulents, voire inexacts, ne sont pas illicites en tant qu'injure ou diffamation. Voir [annexe./B5](#).

⁴⁵ Voir arrêt de l'OLG Wien du 28 février 2018, 17 Bs 13/18p.

- 49 C'est dans ces conditions que le premier commentaire contesté dans le message (« *sale traîtresse du peuple* ») pourrait par exemple être analysé. Un substantif ayant une signification comparable – tel que rebelle, traîtresse, déserteuse – serait-il illicite ? N'importe quel adjectif doté d'un sens similaire – comme peu fiable, imprévisible, peu crédible – franchirait-il la frontière entre commentaire licite et illicite ? Tous ces mots sont souvent des adjectifs courants dans un débat politique dur⁴⁶. Comment un système de filtre peut-il juger les contenus qui sont licites ou illicites ?
- 50 On ne peut pas raisonnablement demander à un hébergeur de surveiller chaque contribution et de la soumettre à un contrôle humain ainsi qu'à une analyse juridique. En outre, la question se pose aussi de savoir si les juridictions nationales devraient renoncer à leur obligation d'examiner avec précaution les opinions exprimées et les atteintes présumées aux droits de la personnalité – et donc les droits qui découlent des droits fondamentaux essentiels – en transférant, en lieu et place, cette obligation à des hébergeurs privés qui devront alors décider sous quelle forme l'opinion exprimée est licite ou illicite. Par conséquent, l'ordonnance de référé envisagée en l'espèce par les juridictions autrichiennes concernant les informations « *identiques* » et/ou « *de contenu équivalent* » serait inappropriée dans les deux cas conformément aux articles 14 et 15 de la directive CE.
- 51 L'analyse qui précède ne tient même pas compte d'un obstacle supplémentaire, qui rend l'injonction de cessation inappropriée – la recherche active, sur une plateforme mondiale de plus de 2 milliards d'utilisateurs, d'une contribution « *identique* » ou « *de contenu équivalent* »⁴⁷. Dans ce contexte, il convient de noter que la question [Or. 20] de savoir si un logiciel de filtrage adapté existe ne peut pas être analysée de manière exhaustive, aucune constatation dans ce sens n'ayant été établie dans le cadre de la procédure au principal. Indépendamment de cela, une telle surveillance – qui a été récemment imposée par une juridiction

⁴⁶ En effet, M^{me} Glawschnig elle-même a fait des déclarations publiques similaires sur les partis d'opposition. Par exemple, elle a qualifié le Freiheitliche Partei Österreichs (FPÖ) de « parti ayant un passé de corruption » (voir « Die Presse » du 10 août 2015), et déclaré que « ce que fait le FPÖ est à vomir » (voir « Der Standard » des 14 et 15 septembre 2013).

⁴⁷ Voir Sartor, “Providers Liability : From the eCommerce Directive to the future” (“**Sartor, Provider-Haftung**”) p 22, 26 und 30. En l'espèce, la juridiction de renvoi a fait référence, au point 3.3 de l'ordonnance de renvoi, à sa décision antérieure Online-Gästebuch (6 Ob 178/04b). La décision Online-Gästebuch a plus de dix ans et elle est complètement différente de la présente espèce – essentiellement en raison de la nature de la plateforme de média social en cause, du nombre d'utilisateurs de la plateforme ainsi que de l'importance du volume d'informations échangées sur la plateforme. Le renvoi à la décision Online-Gästebuch ignore purement et simplement la réalité des services proposés par Facebook – de par les progrès qui ont été réalisés dans la communication sur Internet au cours de ces dix dernières années. L'orientation et la fonctionnalité tout à fait différentes de plateformes de média social telles que Facebook ainsi que les écarts substantiels du nombre d'utilisateurs excluent la possibilité d'appliquer les principes relatifs à une obligation surveillance, développés dans la décision Online-Gästebuch en 2006, aux plateformes de médias sociaux en 2018. Voir aussi *Zankl*, avis juridique, points 39 et suivants.

allemande – ne peut pas non plus faire l’objet d’une procédure de référé⁴⁸. Comme cela a déjà été indiqué, la réalisation d’un examen de la situation dans son contexte ainsi qu’une analyse juridique resteraient malgré tout nécessaires dans ces cas-là.

C. Une injonction ordonnant une surveillance générale ne tient pas compte de l’exigence tirée d’un juste équilibre entre les droits fondamentaux en présence

- 52 Comme cela a déjà été indiqué, la Cour a motivé sa décision dans les affaires SABAM, entre autres, par le fait que les injonctions rendues par la juridiction nationale dans ces cas-là devaient être considérées comme ne respectant pas l’exigence que soit assuré un juste équilibre entre les droits fondamentaux concernés⁴⁹.
- 53 La même motivation s’applique désormais aussi à l’ordonnance de référé envisagée par les juridictions autrichiennes dans la procédure au principal. Si l’on devait effectivement envisager de filtrer les contenus « *identiques* » ou « *équivalents* », le problème incontournable du blocage concomitant des contenus licites aurait pour effet de porter indûment atteinte au droit des utilisateurs de Facebook d’exprimer librement leurs opinions politiques ainsi qu’à leur droit de prendre connaissance de ces opinions. Cela revête une grande importance, d’autant que la Cour EDH a déjà souligné que l’Internet est aujourd’hui devenu l’un des principaux moyens d’exercice par les individus de leur droit à la liberté d’expression et d’information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d’intérêt public⁵⁰.
[Or. 21]
- 54 Toutefois, une telle atteinte aurait un effet dissuasif sur l’expression d’opinions politiques – les utilisateurs de Facebook éviteraient de publier des déclarations conflictuelles ou partisans par peur que celles-ci soient filtrées. La quantité et la diversité des opinions politiques exprimées sur Facebook Service pourraient connaître un recul. Cela pourrait avoir une incidence négative sur l’accès des utilisateurs aux opinions politiques exprimées sur Facebook Service et constituer, par conséquent, une atteinte à leurs droits reconnus par l’article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après la « **charte** »). En outre, le droit de Facebook à la liberté d’entreprise visée à l’article 16 de la charte serait également remis en cause⁵¹. Pour s’exonérer de toute responsabilité, Facebook

⁴⁸ Arrêt du Landgericht Würzburg du 7 mars 2017, Modamani contre Facebook Ireland, 11 O 2338/16 UVR.

⁴⁹ Arrêts de la Cour du 24 novembre 2011, Scarlet/SABAM (C-70/10, EU:C:2011:771, points 46 à 53), et du 16 février 2012, SABAM/Netlog (C-360/10, EU:C:2012:85, points 44 à 51).

⁵⁰ Arrêt de la Cour EDH du 18 décembre 2012, 3111/10 (Ahmet Yildirim c. Turquie), point 54.

⁵¹ Journal officiel de l’Union européenne du 26 octobre 2012, C 326, p 391.

devrait toujours rester prudent en se prononçant sur les contenus à censurer. Enfin, les utilisateurs de Facebook pourraient être opposés à une telle démarche et réduire ensuite leur utilisation de Facebook Service.

- 55 En résumé, il résulte des considérations qui précèdent qu'un hébergeur ne peut être tenu de retirer ou de bloquer une contribution en particulier – c'est-à-dire « *ces informations illicites elles-mêmes au sens de l'article 14, paragraphe 1, sous a), de la directive* » qui sont visées dans la première question préjudicielle – que lorsqu'il en a effectivement connaissance et que cela résulte d'une notification suffisamment précise et dûment étayée ou d'une décision de justice faisant ressortir l'illicéité manifeste du contenu déterminé ⁵².

VI. LES INJONCTIONS ORDONNANT UN EFFACEMENT DE CONTENUS AU NIVEAU MONDIAL SONT CONTRAIRES AUX PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN, INTERNATIONAL ET NATIONAL

- 56 La première question préjudicielle porte également sur l'extraterritorialité de l'injonction délivrée par une juridiction nationale aux fins du retrait de contenus – c'est-à-dire sur le point de savoir si des contenus qui sont contraires à la législation d'un [Or. 22] État membre doivent être retirés au niveau mondial ou simplement à l'intérieur des frontières géographiques de l'État membre concerné ⁵³.
- 57 Conformément à l'application territoriale limitée du droit de l'Union et de la CEDH, qui reflète lui-même les principes de territorialité du droit international public et du droit international général, la compétence d'une juridiction nationale est limitée à son propre ressort territorial ⁵⁴. Une juridiction nationale ne devrait pas prononcer d'injonctions ayant pour objet le retrait de contenus au niveau mondial ⁵⁵. À l'inverse, les juridictions nationales ne devraient pas être tenues d'exécuter, à l'intérieur de leurs propres frontières, des injonctions de retrait de

⁵² Comme cela a été indiqué au point 44, une simple notification à l'hébergeur dans les cas d'atteinte aux droits de la personnalité ne suffira précisément pas, car une illicéité manifeste n'est généralement pas identifiable par un non-spécialiste. En matière d'atteintes aux droits de la personnalité, l'appréciation de l'illicéité ne peut être effectuée que sur la base d'une mise en balance globale des intérêts et droits fondamentaux en présence, et dépend toujours des circonstances du cas particulier. Voir également [annexe/B5](#).

⁵³ Comme cela a déjà été indiqué ci-dessus, toute injonction ordonnant à un hébergeur le retrait de contenus devrait être limitée au contenu concret (et précisément déterminé). Les injonctions plus étendues peuvent toujours être imposées à l'auteur de la violation concerné (ou à l'auteur de la publication) mais pas à l'intermédiaire de l'Internet, car cela serait contraire à l'article 15 de la directive CE. Voir aussi Zankl, avis juridique, points 82 et suivant.

⁵⁴ Svantesson, avis juridique, p. 5 et suivantes et p. 13 et suivantes.

⁵⁵ Svantesson, avis juridique, p. 16 et suivante et p. 26 et suivantes. Dans le cas contraire, une juridiction nationale devrait prendre en compte et examiner les ordres juridiques de chacun des pays dans lesquels l'injonction serait applicable.

contenus délivrées par des juridictions étrangères et qui ne sont pas conformes à leurs propres lois et traditions⁵⁶. Cette situation serait par exemple envisageable dans le cadre des procédures de reconnaissance mutuelle et d'exécution des décisions sur la base du règlement Bruxelles I⁵⁷. S'agissant du cas d'une opinion qui porte atteinte – d'après les seules lois d'un État déterminé – aux droits de la personnalité d'un homme politique (c'est-à-dire au droit à l'honneur), il est évident qu'une injonction ordonnant son retrait au niveau mondial serait inappropriée.

A. L'applicabilité territoriale limitée du droit de l'Union et de la CEDH

58 L'article 52 du traité sur l'Union européenne (« TUE ») et l'article 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne posent des frontières territoriales pour l'application du droit de l'Union. La jurisprudence constante de la Cour reconnaît que l'application du droit de l'Union suppose l'existence d'un lien pertinent avec son territoire⁵⁸. Les traités fondateurs et la jurisprudence de l'Union européenne consacrent en outre les principes de « *solidarité et [de] respect mutuel entre les peuples* », et contribuent au « *strict [Or. 23] respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international* »⁵⁹. En outre, conformément à l'article 2, paragraphe 1, de la charte des Nations unies et aux principes généraux de souveraineté des États et du droit international, un État ne peut prendre aucune mesure sur le territoire d'un autre État sans son accord, et les juridictions nationales doivent éviter d'interpréter leurs lois d'une manière qui porte atteinte aux lois et intérêts étrangers⁶⁰. Le droit international exige donc de la retenue de la part des juridictions nationales lorsque leurs activités pourraient entrer en conflit avec les lois d'autres États⁶¹.

⁵⁶ Svantesson, avis juridique, p. 17 et suivantes.

⁵⁷ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (version modifiée), JO L 351 du 20 décembre 2012, p. 1.

⁵⁸ Voir, par exemple, arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America* (C-366/10, EU:C:2011:864, point 125).

⁵⁹ Article 3, paragraphe 5, et article 21, paragraphe 1, TUE.

⁶⁰ Le non-respect des principes de territorialité n'est que très rarement considéré comme admissible (notamment en cas de crimes de guerre, de génocide ou de torture).

⁶¹ Les juridictions nationales respectent ces notions de territorialité et de communauté internationale en général. Voir, par exemple, arrêt de l'OHG du 27 novembre 2001, 4 Ob 273/01b (selon lequel la compétence des juridictions autrichiennes est limitée géographiquement au territoire autrichien) ; arrêt du Landgericht Würzburg du 7 mars 2017, *Modamani contre Facebook Ireland*, 11 O 2338/16 UVR (selon lequel le demandeur n'a pas de droit au retrait des contenus en dehors de son pays de résidence, dans lequel la violation avait également été invoquée, et qui indique qu'une violation du droit allemand ne pourrait pas justifier le retrait de contenus dans un autre pays). Dans le même ordre d'idées, il résulte de la souveraineté territoriale de l'État membre concerné que le pouvoir de répression ne peut, en

- 59 Conformément à cette approche, la Commission européenne a récemment demandé à la Cour suprême des États-Unis de respecter les principes de territorialité et du droit international, en souhaitant que toute loi nationale créant des obligations transfrontalières soit appliquée et interprétée – par les États-Unis, l’Union européenne ou tout autre pays – d’une manière qui tienne compte des restrictions du droit international public et des prescriptions du droit international ⁶².
- 60 Dans le domaine particulier de la réglementation relative aux intermédiaires de l’Internet, l’article 3 de la directive CE reconnaît que les États peuvent aussi prévoir, à l’intérieur de l’Union européenne, des conditions et des restrictions plus ou moins dures pour les prestataires de services établis sur leur territoire. Par conséquent, la Cour a jugé que l’article 3 de la directive interdit à un État membre, sous réserve des dérogations autorisées selon les conditions prévues à cet article 3, paragraphe 4, de soumettre le prestataire [Or. 24] d’un service du commerce électronique établi dans un autre État membre à des exigences plus strictes que celles prévues par le droit matériel en vigueur dans l’État membre d’établissement dudit prestataire ⁶³.
- 61 Cette approche territoriale limitée est également conforme avec la jurisprudence de la Cour EDH, selon laquelle la CEDH n’est applicable, en général, qu’à l’intérieur des frontières des États contractants ⁶⁴.

B. Application au cas d’espèce

- 62 Ces principes ont une importance primordiale dans la présente espèce car les différents États (tant au sein de l’Union européenne qu’au niveau mondial) ont des lois et des standards juridiques différents pour apprécier les atteintes aux droits de la personnalité ou les revendications liées à l’expression d’opinions, qui sont respectivement fondés sur leurs traditions, valeurs et systèmes politiques particuliers ⁶⁵. Dans l’Union européenne, il est apparu que « le système de

principe, s’exercer en dehors des limites légales dans lesquelles une autorité administrative est habilitée à agir, dans le respect du droit de l’État membre dont elle relève (arrêt de la Cour du 1^{er} octobre 2015, Weltimmo, C-230/14, EU:C:2015:639, point 56).

⁶² Lettre de la Commission européenne adressée au nom de l’Union européenne à titre d’amicus curiae, United States contre Microsoft (décembre 2017)

⁶³ Arrêt de la Cour du 25 octobre 2011, eDate Advertising : Martinez (affaires jointes C-509/09 et C-161/10, EU:C:2011:685, point 67).

⁶⁴ Arrêt de la Cour EDH du 7 juillet 2011, 55721/07 (Al-Skeini c. Royaume-Uni).

⁶⁵ Voir The Law Commission (U.K.), Scoping Study No. 2, Defamation And The Internet : A Preliminary Investigation 39 (Décembre 2002) (“*The law [of jurisdiction for Internet-based defamation claims] has always been complex, and attempts within the EU to create greater legal certainty have added new ambiguities. There are no easy answers ... any solution would require an international treaty, accompanied by greater harmonisation of the substantive law of defamation.*”) (en français : « la loi [en matière de compétence pour les actions en diffamation sur Internet] a toujours été complexe, et les tentatives au sein de l’Union européenne de créer

réglementation des droits fondamentaux en lien avec la vie privée, d'une part, et avec la liberté d'expression et d'information, d'autre part, était très différent dans les 27 États membres de l'Union européenne. L'héritage commun qui figure dans la charte et dans la CEDH adoptée par le Conseil de l'Europe n'est pas suffisant pour surmonter les difficultés résultant des différences essentielles et substantielles entre les ordres juridiques nationaux⁶⁶. C'est pourquoi l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous g), du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« **Rome II** »), qui régit la réglementation applicable aux obligations non contractuelles dans les situations transfrontalières, exclut expressément les obligations non contractuelles [**Or. 25**] découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation, du champ d'application du règlement.

- 63 Le fait que la mise en balance des intérêts entre liberté d'expression et droits de la personnalité soit très variable d'un État membre à l'autre explique pourquoi la jurisprudence de la Cour EDH accorde aux États contractants une large marge d'appréciation dans ce domaine⁶⁷. Cette mise en balance doit être opérée, en particulier en ce qui concerne les revendications présentées par des personnalités publiques, en tenant compte, dans une large mesure, du contexte local – le niveau de célébrité de la personne concernée, l'intérêt de publier ses prises positions, leur caractère polémique, etc... De même, en cas d'atteinte aux droits de la personnalité ou de diffamation, le besoin de protection n'aura généralement qu'une importance nationale. La réputation d'un requérant et les autres aspects de sa vie privée doivent en général être protégés dans le pays dans lequel il a sa résidence et dont il est justiciable. Une telle protection n'est généralement pas nécessaire dans d'autres pays – et encore moins au niveau mondial –.
- 64 En outre, les contenus qui sont parfois considérés comme une atteinte aux droits de la personnalité en Autriche peuvent être jugés licites dans un autre pays – par

davantage de sécurité juridique ont généré de nouvelles ambiguïtés. Il n'existe pas de réponses faciles [...] toute solution, quelle qu'elle soit, exigerait un traité international ainsi qu'une plus grande harmonisation du droit matériel applicable à la diffamation » ; voir aussi Svantesson, avis juridique, point 18 et s, et points 23 et suivant (avec un renvoi à l'arrêt LLC contre Equustek Solutions Inc., 2017 WL 5000834 (N.D. Cal. 2.11.2017)).

⁶⁶ Juan José Alvarez Rubio (Chair of Private International Law UPV), *Derecho Aplicable a los Daños Derivados de la Difamación* ("Das auf Rufschädigung anwendbare Recht"), *Revista de Derecho de la Unión Europea* ; voir aussi arrêt de la Cour EDH du 27 juin 2017, 931/13 (*Satakunnan Markkinaporssi OY and Satamedia OY c. Finlande*), point 192 (un exemple actuel, dans lequel la Cour EDH reconnaît le niveau de protection variable de la sphère privée dans le domaine des données financières personnelles).

⁶⁷ Voir, par exemple, arrêt de la Cour EDH du 27 juin 2017, 931/13 (*Satakunnan Markkinaporssi OY and Satamedia OY c. Finlande*), points 164, 198. En outre, la Cour EDH a reconnu expressément plus d'une fois qu'il n'existe pas une conception unique de la morale au sein des États membres. Arrêts de la Cour EDH du 7 décembre 1976, 5493/72 (*Handyside c. Royaume-Uni*), et du 24 mai 1988, 10737/84 (*Muller c. Suisse*).

exemple au Royaume-Uni, où il n'existe pas le « *droit à l'image* »⁶⁸ reconnu par le droit autrichien, et où un langage grossier et injurieux sera, en tout état de cause, plutôt assimilé à des insultes à caractère vulgaire qu'à de la diffamation⁶⁹. De même, les contenus qui sont considérés comme diffamatoires aux Pays-Bas peuvent être licites en Autriche⁷⁰. Les résultats peuvent diverger encore davantage lorsqu'il s'agit d'une personnalité politique ou publique⁷¹. **[Or. 26]**

- 65 C'est pourquoi Facebook est d'avis que le géoblocage – c'est-à-dire le fait de bloquer l'accès aux informations jugées illicites par les juridictions d'un État membre pour les internautes sur le territoire de cet État – est le moyen qui permet de respecter les principes de la compétence juridictionnelle territoriale.
- 66 Les principes de territorialité protègent souvent aussi l'application des législations nationales des États membres. Pour prendre un exemple extrême : si la juridiction d'un pays, dont le régime politique est répressif et autoritaire, délivrait une injonction mondiale de retrait d'un contenu en ligne au seul motif que ce contenu comporte une protestation contre le système politique ou le gouvernement (et donc l'expression d'opinions politiques), Facebook ne partirait pas du principe que les juridictions nationales des États membres démocratiques et libres souscriraient à la censure de ces contenus. Au contraire, l'Union européenne a pris des mesures pour prévenir l'application extraterritoriale des actes juridiques de pays tiers lorsque ceux-ci violent le droit international public⁷².
- 67 Étant donné que la mise en balance des intérêts en présence effectuée respectivement par les États membres en matière de droits fondamentaux varie sensiblement de l'un à l'autre, le fait qu'un État membre puisse imposer son appréciation à un autre État membre serait attentatoire à la souveraineté de ce

⁶⁸ *Fenty and others v Arcadia Group Brands Ltd (trading as Topshop) and another* – [2015] 1 WLR 3291, point 29.

⁶⁹ Voir, par exemple l'arrêt *Deana Uppal v Endemol UK Limited, Channel 5 Broadcasting Limited, Conor McIntyre* [2014] EWHC 1063 (QB), dans lequel le mot « merde » (“piece of shit”), utilisé pour décrire le requérant, a été considéré comme une « injure ignoble » (“vile abuse”) et non comme diffamatoire.

⁷⁰ Les déclarations diffamatoires formulées à l'encontre d'une personne défunte ou du monarque sont, par exemple, pénalement répréhensibles aux Pays-Bas, mais pas en Autriche. Voir International Press Institute, *Out of Balance, Defamation Law in the European Union* (janvier 2015), Annex Chart F, disponible à l'adresse suivante : <http://legaldb.freemedia.at/wp-content/uploads/2015/05/IPI-OutofBalance-Final-Jan2015.pdf>. Voir aussi [annexe/B5](#).

⁷¹ Voir E. Wauters, “Beledigingen op Facebook,” *De Juristenkrant* 2013, p. 16 (dont il ressort qu'un recours en diffamation pendant devant la Cour de cassation française aurait connu une autre conclusion en droit belge, car le droit français fait une distinction entre l'injure publique et l'injure privée, alors que le droit belge ne le fait pas. Par conséquent, les injures privées, qui sont licites en France, sont déclarées illicites en Belgique).

⁷² Voir, par exemple, règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant.

dernier. À l'heure d'Internet, le fait de rendre des ordonnances de référé de portée mondiale aboutirait simplement, au fil du temps, à aligner partout l'accès aux informations sur le niveau du système juridique le plus répressif.

- 68 Enfin, dans des affaires relatives à la liberté d'expression, la Cour a itérativement précisé qu'il convenait d'assurer un juste équilibre entre les différents intérêts en conflit ⁷³. Un retrait mondial créerait un déséquilibre entre les [Or. 27] intérêts en présence au détriment du droit à la liberté d'expression. En revanche, la possibilité du géoblocage de contenus spécifiques à l'intérieur des frontières géographiques de l'État membre concerné instaurerait un juste équilibre entre des droits concurrents. Le géoblocage peut empêcher le requérant de subir un désavantage présumé dans le ressort de la juridiction compétente – qui est généralement celui du lieu de résidence du requérant – (c'est-à-dire l'endroit où le contenu est illicite d'après le droit national et où le requérant a subi le dommage), et ce, sans porter atteinte à la liberté d'expression dans les autres pays dans lesquels le même contenu peut être tout à fait justifié et licite. Cela est extrêmement important lorsque – comme c'est le cas en l'espèce – le contenu litigieux comporte des opinions politiques, des divergences d'opinions et des jugements de valeurs formulés par des mots. Le géoblocage est une réponse proportionnée, qui est conforme tant à la jurisprudence de la Cour ⁷⁴ qu'à la jurisprudence des différents États membres ⁷⁵. [Or. 28]

VII. PROPOSITION DE RÉPONSE AUX QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

- 69 À la lumière des considérations qui précèdent, les questions préjudicielles 1 à 3 appellent, selon Facebook, la réponse commune suivante :
- 70 « *L'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") s'oppose à ce qu'un hébergeur soit obligé (notamment par une injonction de cessation) d'effacer des informations allant-au-delà d'un contenu précis qui a été notifié concrètement à*

⁷³ Arrêts de la Cour du 12 juillet 2011 (C-324/09 (L'Oréal/eBay), point 143) ; du 24 novembre 2011 (C-70/10 (Scarlet/SABAM), point 53) ; du 6 février 2012 (C-360/10 (SABAM/Netlog), point 51), et du 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, point 49). Une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour EDH ferait ressortir la primauté de la liberté d'expression dans tous les cas où elle est opposée à la préservation de la réputation.

⁷⁴ Voir arrêts de la Cour du 15 septembre 2016, C-484/14 (McFadden), point 95, et du 27 mars 2014, C-314/12 (UPC Telekabel Wien), point 62.

⁷⁵ Voir, par exemple, arrêts de l'OGH du 27 novembre 2001, 4 Ob 273/Olb (Autriche) ; et du Landgericht Würzburg du 7 mars 2017, Modamani contre Facebook Ireland, HO 2338/16 UVR (Allemagne).

l'hébergeur au sens de l'article 14, paragraphe 1, sous a), de la directive sur le commerce électronique. Par conséquent, un hébergeur ne peut pas être obligé à retirer des informations "identiques" et/ou "de contenu équivalent". En outre, une décision de justice obligeant un hébergeur à retirer un contenu déterminé doit être territorialement limitée à l'État membre dans lequel la partie lésée fait valoir ses droits. Dans ces conditions, les questions 2 et 3 ne se posent plus. »

déposé le 23 avril 2018

D^r. Georg Kresbach
avocat
Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG

Schubertring 6

1010 Vienne, Autriche

Kai Struckmann

Avocat

White & Case LLP

Wetstraat 62 rue de la Loi 1040
Bruxelles, Belgique