

NUMÉRO 13
SEPTEMBRE 2021

REVUE FRANCOPHONE DE LA **PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**



ASSOCIATION FRANCOPHONE DE
LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

www.revue-rfpi.com

ISSN 2490-8347

Lutte contre la contrefaçon des droits d'auteur sur Internet en Espagne : Regards sur la procédure de « rétablissement de la légalité » devant la Commission de propriété intellectuelle

The fight against copyright infringement on the Internet in Spain: A closer look at the Intellectual Property Commission procedure for the "restoration of legality"

Carla Bragado Herrero de Egaña

Docteur en droit privé
Chercheur associée au CIPI
de l'Universidad Autónoma de Madrid (UAM)

La lutte contre la présence massive et non autorisée d'œuvres et objets protégés par les droits d'auteur requiert des moyens de défense dynamiques et efficaces. À cet égard, les procédures administratives de notification et de retrait/blocage se multiplient dans plusieurs pays. C'est ainsi que dans le cadre d'une stratégie plus large d'intensification de la lutte contre la contrefaçon, le législateur espagnol a instauré, en 2011, une procédure dite de « rétablissement de la légalité » devant la Section II de la Commission de Propriété Intellectuelle (CPI). En dépit des résultats prometteurs de ce mécanisme, des progrès restent à faire pour dynamiser la réponse administrative, renforcer le rôle de la Section II CPI et envisager des nouvelles pistes d'action.

The fight against the massive and unauthorized presence of copyrighted works calls for dynamic and effective means of enforcement. In this respect, administrative notification and withdrawal/blocking procedures have emerged in several countries. An example is the procedure for the "restoration of legality" at the Section II of the Spanish Intellectual Property Commission, which was introduced by the Spanish legislature in 2011 as part of a broader strategy to intensify the fight against copyright infringement. Despite the promising results offered by this mechanism, progress is still needed to boost the administrative response, strengthening the role of Section II of the Commission and considering new courses of action.

Introduction

Les facilités d'accès et d'échange des biens culturels permises par la technologie numérique ont incontestablement bouleversé le droit de la propriété littéraire et artistique. Bien qu'en phase de déclin, timide mais progressif¹, la piraterie en ligne reste un enjeu majeur et demande toujours des efforts pour mettre en place des solutions juridiques performantes. Si les modes de consommation

des œuvres ou objets protégés demeurent partagés entre le téléchargement d'une copie durable d'un fichier ou sa lecture en continu (*streaming*), les canaux d'accès ne cessent de se diversifier : réseaux *peer-to-peer*, sites de téléchargement direct, sites web de référencement de liens conduisant vers des contenus mis à disposition sans autorisation, plateformes contributives de vidéo, réseaux sociaux, applications de messagerie instantanée, entre autres.

¹ Le rapport « Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales » de 2019 établi par La Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos estime que la piraterie a connu une baisse de 5% entre 2018

et 2019, et une baisse cumulée de 17% depuis 2015 (entre 2015 et 2019) (<http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/infografia-obs.pirateria-2019.pdf>).

Face à ce caractère « protéiforme » de l'offre illégale en ligne, il est difficile d'envisager une réponse unique, susceptible de s'adapter à l'ensemble des pratiques. Par ailleurs, loin de se limiter à une action purement répressive, les politiques de lutte contre la contrefaçon jouent souvent sur d'autres leviers complémentaires tels que la mise en valeur de l'offre légale et la création de campagnes de sensibilisation des internautes. Cependant, il n'en reste pas moins important de disposer d'outils permettant de s'attaquer directement à l'offre illégale en ligne, afin de réduire significativement le volume de contenus illicites ou d'en rendre l'accès plus difficile.

Dans ce contexte, la création d'une autorité administrative chargée de poursuivre les comportements qui portent atteinte aux droits d'auteur sur Internet a été une voie explorée par divers pays avec, cependant, des objectifs et des modes de fonctionnement différents (c'est le cas de la HADOPI en France ou de l'AGCOM en Italie). En Espagne, la Commission « anti-piraterie » ou Commission « Sinde »² s'inscrit dans cette tendance, tout en faisant en même temps partie d'une stratégie plus large d'intensification de la lutte contre la contrefaçon en ligne (I). Une nouvelle procédure administrative de « rétablissement de la légalité » est ainsi venue enrichir les moyens de défense des droits d'auteur sur Internet (II). En dépit des résultats prometteurs offerts par ce mécanisme, il convient de réfléchir au rôle et aux missions que la Commission de propriété intellectuelle pourrait assumer dans un avenir proche (III).

I. L'intensification de la lutte contre la contrefaçon sur Internet en Espagne

La présence massive et non autorisée d'œuvres et objets protégées en ligne induit des moyens de défense dynamiques et efficaces. À cet égard, les procédures judiciaires, souvent lentes et coûteuses, ne permettent pas toujours de donner des réponses satisfaisantes à ce phénomène. Dès lors, plusieurs pays se sont tournés vers la mise en place de procédures administratives, fondées essentiellement sur une structure simple de notification et de retrait ou blocage. Issue de la Loi 2/2011 relative à l'économie durable³, la Section II de la Commission de propriété intellectuelle (Section II CPI), rattachée au Ministère de la Culture, a été investie d'une mission de « sauvegarde des droits de propriété intellectuelle face aux atteintes par les responsables de services de la société de l'information », par le biais d'une procédure dite de « rétablissement de la légalité »⁴. Présentée, ou du moins perçue, comme la « loi phare » pour la lutte contre la contrefaçon des droits d'auteur sur Internet en Espagne – sans doute du fait de la polémique que son adoption a suscitée – elle constitue en réalité le premier maillon d'une série de réformes visant à renforcer les moyens de défense contre la piraterie en ligne. En effet, les problèmes de qualification juridique associés à certains usages des œuvres sur Internet avaient créé un cadre particulièrement indulgent pour la piraterie numérique, pérennisant ainsi une culture du partage et de la gratuité fortement ancrée dans le quotidien de milliers d'internautes espagnols⁵.

² Dénomination qui correspond au nom de famille de la Ministre de la culture (Ángeles González-Sinde) qui a promu l'adoption de la procédure de « rétablissement de la légalité » pour la protection des droits d'auteur sur Internet.

³ Il s'agit concrètement de la disposition finale n° 43 de la Loi 2/2011 du 4 mars relative à l'économie durable, populairement connue comme la Loi « Sinde ».

⁴ Article 195.1 Loi sur la Propriété Intellectuelle (LPI).

⁵ Ces circonstances expliquent la présence de l'Espagne entre 2008 et 2011 sur la *Watch List* élaborée

par la *United States Trade Representative* (USTR). Cet organisme publie chaque année un rapport (*Special 301 Report*) avec deux listes distinctes qui ont pour effet de stigmatiser les acteurs moins vertueux (la *Priority Watch List* et la *Watch List*). La *Watch List* répertorie les pays qui ne fournissent pas une protection effective des droits de propriété intellectuelle. Le Rapport de 2008 affirmait ainsi : « *The United States is concerned by the Spanish government's inadequate efforts to address the growing problem of Internet piracy, described by U.S. copyright as one of the worst in Europe* ».

Aussi, à l'époque où le *peer-to-peer* constituait la principale source de diffusion massive des biens culturels en ligne, les ayants-droit ont d'abord cherché à engager la responsabilité des internautes participant au partage de fichiers. La loi pénale exigeant une finalité lucrative ou commerciale, seules des actions civiles ont pu être intentées à l'encontre des utilisateurs qui partageaient de façon altruiste des contenus protégés sur les réseaux de *peer-to-peer*⁶. Toutefois, celles-ci se sont avérées infructueuses. En effet, les juges espagnols ont systématiquement refusé de contraindre les fournisseurs d'accès à Internet à communiquer l'identité de la personne s'abritant derrière l'adresse IP à partir de laquelle les actes présumés de contrefaçon étaient effectués⁷. Dès lors, les titulaires de droits se sont tournés contre l'éditeur du logiciel de partage. Cependant, la Cour d'appel de Madrid⁸, tout en reconnaissant l'existence d'actes d'exploitation, a conclu que ceux-ci étaient uniquement attribuables aux utilisateurs du réseau. L'éditeur en lui-même n'accomplissait aucun acte d'exploitation, et une éventuelle responsabilité pour contribution dans l'infraction était exclue, faute de moyens permettant de sanctionner la responsabilité indirecte ou dérivée en droit espagnol.

Dans ce contexte, une seconde stratégie imaginée fût d'attaquer directement les sites de référencement de liens pointant vers des contenus mis en ligne sans autorisation. Ceux-ci offraient des raccourcis permettant

de localiser efficacement sur les réseaux la ressource recherchée par l'internaute. Néanmoins, la jurisprudence nationale antérieure à l'arrêt *Svensson* de la CJUE⁹ avait majoritairement refusé de retenir la qualification de communication au public du lien hypertexte, constatant dès lors une absence d'infraction. En conséquence, et bien que spécifiquement conçue pour agir promptement contre les atteintes aux droits d'auteur en ligne, la procédure de « rétablissement de la légalité » n'était pas en mesure de régler tous les problèmes de fond qui subsistaient en droit espagnol. Au demeurant, la notion d'« infraction » n'était pas claire, ce qui remettait en cause l'efficacité de la procédure administrative elle-même. Par ailleurs, la vocation principale de ce dispositif était de s'attaquer aux sites de référencement de liens. Toutefois, s'appuyant sur la jurisprudence pénale majoritaire en la matière, beaucoup de résolutions de la Section II CPI furent l'objet de recours¹⁰. Paradoxalement, une même personne pouvait être déclarée responsable d'une infraction aux droits d'auteur par la Section II CPI, là où le juge pénal ne voyait pas de comportement illicite.

La réforme de la Loi sur la Propriété Intellectuelle (LPI) opérée par la loi 21/2014 fût l'occasion de remédier à ces incohérences. Ainsi, elle consacrait à l'article 138.II LPI une clause permettant de retenir la responsabilité dérivée de toute personne qui, en connaissance de cause, contribue, facilite ou a un intérêt économique dans les résultats de la

⁶ En effet, en vertu du principe d'intervention minimale du droit pénal espagnol, le délit de contrefaçon a été réservé aux activités visant à obtenir un bénéfice économique, ce qui exclut la simple jouissance ou satisfaction personnelle (V. en ce sens la *Circular de la Fiscalía General del Estado* 8/2015, p. 17 et 19-20).

⁷ Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Madrid (Section 28) du 12 avr. 2010 (AC 2010/1001) ; AAP Madrid (Section 28) du 12 nov. 2010 (AC 2010/2305) ; AAP Barcelone (Section 15) du 10 déc. 2009 ; AAP Barcelone (Section 15) du 15 déc. 2009.

⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid (Section 28) du 31 mars 2014 (AC 2014/385), affaire « Pablo Soto ».

⁹ CJUE, 13 févr. 2014, C-466/12, *Nils Svensson et a. c/ Retriever Sverige AB*.

¹⁰ En effet, la Section II CPI estimait que l'activité de référencement de liens hypertextes est un acte d'exploitation au sens de l'article 17 LPI, et plus spécifiquement un acte de communication au public (art. 20 LPI). De surcroît, le fournisseur de liens ne pouvait pas être considéré comme un intermédiaire neutre et passif et, partant, bénéficiaire de l'exonération de responsabilité fixée à l'article 17 de la Loi 34/2002 de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (LSSICE). La Section II CPI s'appuyait sur l'arrêt de la CJUE, 12 juil. 2011, *L'Oréal c/ eBay* pour retenir le caractère « actif » du responsable du service au regard des activités de sélection, d'indexation et de classement par catégories qu'il effectuait sur les liens facilitant l'accès aux œuvres.

contrefaçon. Le caractère particulièrement large de cette disposition, qui consacre en droit espagnol la *contributory liability* et la *vicarious liability* propres au *copyright* américain, permettait désormais de sanctionner des comportements tels que l'édition d'un logiciel manifestement destiné au partage de contenus protégés, ou la fourniture de liens conduisant vers des contenus publiés sans autorisation. L'article qui institue la procédure de « rétablissement de la légalité » fût lui-même modifié pour inclure parmi les personnes spécifiquement visées par ce mécanisme, les prestataires de services qui facilitent la description ou la localisation d'œuvres et objets protégés mis à disposition sans autorisation, pourvu qu'elles jouent un rôle actif. Sont particulièrement concernés les prestataires qui proposent des listes ordonnées et classées de liens, y compris lorsque ces liens sont fournis par les destinataires du service. De la même façon, a été inséré en 2015 un nouveau délit pénal codifié à l'article 270.2 du Code pénal espagnol. Ces modifications, qui constituent une fraction des mesures visant à intensifier la lutte contre la contrefaçon, ont ainsi éclairci la notion d'infraction aux droits d'auteurs en ligne, permettant d'aboutir à une meilleure cohérence de la protection civile, pénale et administrative contre les atteintes au droit d'auteur sur les réseaux numériques.

II. La procédure de « rétablissement de la légalité » : fonctionnement et mesures

La procédure de « rétablissement de la légalité » résulte de la Loi 2/2011 relative à l'économie durable, complétée par le Décret-royal n° 1889/2011. À la suite des réformes successives de la Loi sur la Propriété Intellectuelle, elle figure désormais à l'article

195 de cette loi. Ce dispositif a subi de nombreuses évolutions, qui en ont fait un texte volumineux et complexe. Il convient de distinguer ici les règles générales qui gouvernent la procédure (A), des étapes qui la composent (B).

A. Les principes de la procédure de « rétablissement de la légalité »

La procédure devant la Section II CPI est régie par une série de principes qui permettent de cerner son objet et son mode de fonctionnement. Dès sa conception, la réponse administrative partait d'un postulat de base : contrairement aux solutions retenues dans certains pays¹¹, le dispositif ne viserait nullement à poursuivre les comportements des internautes qui se livrent à des agissements peu respectueux des droits d'auteur. La création d'un organe spécifique destiné à combattre la piraterie numérique avait, au contraire, pour ambition de s'attaquer à l'offre illicite en ligne en visant les « professionnels » de la contrefaçon. En conséquence, l'attention de la loi fût tournée vers les « responsables des services de la société de l'information », expression qui renvoie à tout service fourni normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un utilisateur de services¹². Étaient spécifiquement visés les sites web diffusant directement des contenus protégés par le droit d'auteur sans autorisation (en téléchargement direct ou en *streaming*), mais surtout les sites de référencement de liens permettant de localiser les ressources illicites dans les réseaux numériques¹³.

La Loi sur la Propriété Intellectuelle précise que la « procédure de rétablissement de la légalité » est fondée sur les principes de « célérité » et de « proportionnalité ». Si le premier résume tout l'intérêt de la voie

¹¹ Comme la « réponse graduée » diligentée par la HADOPI en France, ou le dispositif allemand de mise en demeure indemnitaire des internautes.

¹² Art. 1.1.b) de la Directive UE 2015/1535 du 9 sept. 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

¹³ La loi 2/2011 insiste par ailleurs sur le caractère « patrimonial » de l'éventuelle atteinte au droit d'auteur. La protection administrative se limite, en conséquence, à la protection des intérêts purement patrimoniaux, n'ayant pas vocation à connaître des éventuelles atteintes au droit moral sur les réseaux numériques.

administrative par rapport aux autres moyens de défense, il a été parfois quelque peu oublié au profit du second. D'emblée, et comme le nom de la procédure l'indique, l'intervention de l'Administration vise à « remettre les choses dans l'ordre », autrement dit, à faire cesser l'atteinte. Dès lors, elle ne permet pas de rechercher une quelconque responsabilité civile ou pénale du contrevenant, sa seule finalité étant de faire cesser l'infraction ou de neutraliser ses effets. Certes, les moyens pour y parvenir sont nombreux, car à défaut d'obtenir le résultat directement via le responsable du service, la Section II CPI peut solliciter la collaboration d'autres intermédiaires. Cependant, la légitimité d'une tutelle administrative destinée à résoudre des conflits entre intérêts privés fût durement remise en question, raison pour laquelle le système a été entouré d'importantes garanties. En particulier, l'exécution de toute mesure susceptible d'être ordonnée à l'égard d'un tiers doit être autorisée préalablement par le juge¹⁴. À titre d'exemple, il en est ainsi de l'injonction adressée à un hébergeur afin d'obtenir les données permettant de connaître l'identité du responsable d'un site Internet contrefaisant, ou de l'injonction de blocage d'un site illicite ordonnée à un fournisseur d'accès à Internet¹⁵. La singularité du système espagnol, par rapport à d'autres solutions analogues mises en place dans plusieurs pays¹⁶, réside ainsi dans la double nature « administrative » et « judiciaire » de la procédure devant la Section II CPI¹⁷. Par ailleurs, la procédure

administrative n'entend nullement se substituer aux procédures judiciaires, mais constitue tout simplement une voie additionnelle à la faveur des titulaires de droits¹⁸.

Les réformes successives de la Loi sur la Propriété Intellectuelle ont progressivement élargi les compétences de la Section II CPI, sans que ce renforcement des pouvoirs attribués à l'Administration ait été doublé de nouvelles garanties¹⁹. La procédure revêt néanmoins un caractère très progressif et mesuré, semblable dans une certaine mesure au système dit de « réponse graduée » mis en place par le législateur français, tout en visant un destinataire radicalement différent. En effet, il n'est pas question ici de faire œuvre de pédagogie à l'égard du titulaire d'un abonnement à Internet qui pourrait ne pas savoir que sa connexion est utilisée à des fins de contrefaçon.

B. Les étapes de la procédure de « rétablissement de la légalité »

La procédure s'articule autour de trois grandes étapes. La priorité est donnée au retrait volontaire des contenus contrefaisants, et à défaut de résultats, les intermédiaires sont appelés à collaborer afin de bloquer l'accès au site illicite. En dernier recours, et seulement en cas de réitération avérée de l'atteinte, une sanction administrative est envisagée.

¹⁴ Le juge compétent étant le Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo (JCCA).

¹⁵ Malgré cette intervention du juge aux moments les plus « sensibles » de la procédure, le décret d'application de la procédure de « rétablissement de la légalité » (RD 1889/2011) fut l'objet de deux recours devant la Cour Suprême espagnole. Par deux arrêts rendus le 31 mai 2013 (rec. n° 48/2012 et n° 185/2012), le Tribunal Supremo a néanmoins déclaré la conformité du RD 1889/2011 au droit espagnol et refusé de formuler une question de constitutionnalité. Pour la haute juridiction espagnole, la fonction de sauvegarde des droits dans l'environnement numérique attribuée à la Section II CPI n'entraîne pas un exercice du pouvoir juridictionnel par l'Administration. V. cependant, pour une critique de ces deux arrêts: A. Armengot

Vilaplana, « El cierre de páginas web y la retirada de contenidos ilícitos por la Comisión de Propiedad Intelectual », *Pe. i. Revista de propiedad intelectual* n° 46 (enero/abril 2014), p. 13-42, à la p. 26.

¹⁶ Ainsi, en Italie, en Grèce ou au Portugal.

¹⁷ OMPI, « El procedimiento administrativo-judicial frente a vulneraciones en Internet : mucho más que un procedimiento de notificación y retirada », *Comité Asesor sobre Observancia*, Ginebra, 3 a 5 de marzo de 2014 (WIPO/ACE/9/21).

¹⁸ Art. 195.7 LPI.

¹⁹ P. Llopis Nadal, « La prevalencia de la eficiencia sobre las garantías en la búsqueda de justicia en el entorno digital » in F. JIMÉNEZ CONDE et R. BELLIDO PENADÉS (dir.), *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 770-779.

1. L'injonction de retrait volontaire

La première étape de la procédure de « rétablissement de la légalité » vise à obtenir le retrait ou le blocage du site litigieux directement auprès de son responsable. Telle est d'ailleurs la finalité première de la procédure administrative, ce qui explique que plusieurs opportunités soient accordées au contrevenant afin qu'il modifie ou mette un terme volontairement à son comportement.

La Section II CPI agit sur requête du titulaire des droits ou de son représentant (y compris les sociétés de gestion collective). En conséquence, la Section II CPI n'est pas habilitée à poursuivre d'elle-même les atteintes au droit d'auteur en ligne, elle intervient uniquement suite à une saisine des ayants-droit. La requête doit par ailleurs s'accompagner d'éléments de preuve raisonnables : notamment, d'un envoi préalable par le requérant d'une demande de retrait de contenus spécifiques mis à disposition sans autorisation au prétendu contrefacteur. Cette condition peut être remplie par une simple demande envoyée à l'adresse électronique fournie au public par le prestataire visé, et ce, aux fins de communication²⁰.

Suite à la requête des ayants-droit, la Section II CPI effectue une série de vérifications préalables destinées essentiellement à s'assurer de l'existence de l'atteinte signalée et à en identifier les responsables. Elle juge également de sa compétence à connaître l'affaire. En effet, la Loi de 2014 a voulu réserver les ressources de la Commission « anti-piraterie » aux infractions revêtant une certaine gravité, sans toutefois avoir fixé des critères objectifs permettant de délimiter le champ de son intervention²¹. Conformément

à l'article 195.2 a) LPI, la Commission décide de donner ou non suite à la requête compte-tenu d'un ensemble de paramètres (niveau d'audience, proportion de contenus mis à disposition sans autorisation et modèle d'affaires du service en cause).

Si l'atteinte aux droits a été constatée, une décision d'engagement de la procédure est prononcée par la Section II CPI. Une demande est alors adressée au responsable du service contrevenant, qui dispose d'un délai de 48h pour procéder au retrait des contenus déclarés illicites. Le cas échéant, il est invité à formuler des observations et à fournir tout élément de preuve relatif à l'éventuel caractère licite de sa démarche (autorisation d'usage obtenue auprès du titulaire de droits, existence d'une exception au droit patrimonial). S'ouvre ainsi un délai de dix jours au terme duquel la Section II CPI rend sa décision finale, en tenant compte des allégations formulées par les parties. Dans cette décision, la Section II CPI statue définitivement sur le caractère illicite ou non de l'usage. Elle ordonne, le cas échéant, le retrait ou le blocage des contenus illicites et prévoit des mesures de coopération à l'intention des services intermédiaires qui pourraient être nécessaires si le responsable de l'atteinte ne se conformait pas à la décision. Le responsable du service contrevenant dispose ensuite d'un délai de 24h pour procéder au retrait des contenus. Une fois ce délai écoulé, la Section II CPI vérifie si le retrait a été effectué et rédige, à cet effet, un rapport sur les mesures finales.

2. La collaboration des intermédiaires techniques

À défaut de retrait volontaire, la Section II CPI peut requérir la collaboration de certains

²⁰ L'article 195.3 LPI précise que dans les cas où le prestataire de services ne fournit aucune adresse électronique valable, cette demande ne sera pas exigible. Elle sera en outre considérée « infructueuse » si le prestataire de services ne répond pas, ou bien s'il ne retire pas les contenus signalés dans un délai de trois jours.

²¹ Une affaire récente semble indiquer que la compétence de la Section II CPI peut être dépassée lorsque l'atteinte est très importante. Un jugement rendu par le *Juzgado de Instrucción* n° 39 de Madrid

du 14 juill. 2020 a ordonné le blocage du site web « lelibros.online » qui permettait d'accéder à 5 000 ouvrages littéraires. Or, la société de gestion collective CEDRO avait initialement saisie la Section II CPI. Celle-ci, jugeant que l'activité illicite du site web en cause réunissait les conditions pour être considérée comme un délit pénal, a décidé de transférer l'affaire au Parquet (<http://adepi.net/2020/07/28/un-juzgado-de-madrid-ordena-el-bloqueo-de-una-web-ilegal-de-libros/>).

intermédiaires en ligne afin qu'ils procèdent à la suspension du service fourni au contrefacteur. À partir du moment où l'objet de la procédure est la cessation de l'atteinte, il semble logique d'appeler à la mobilisation de tous les acteurs de l'écosystème du numérique (hébergeurs, fournisseurs d'accès à Internet, régies publicitaires, entreprises de paiement en ligne, etc.) et ce, pour la simple raison qu'ils sont les mieux à même d'y mettre fin. La procédure de « rétablissement de la légalité » emprunte ici au mécanisme de l'action en cessation issu des Directives 2001/29/CE (art. 8.3) et 2004/48/CE (art. 11).

Les mesures de cessation que la Section II CPI peut solliciter sur le fondement de l'article 195.5 LPI sont de nature variée. Le plus souvent, elles se traduisent par la suspension du service d'hébergement d'un site illicite, son blocage par les fournisseurs d'accès à Internet ou le déréférencement exigé à un moteur de recherche. La Section II CPI peut également demander la suspension du nom de domaine du site en cause si celui-ci est en « .es » ou sous une autre extension gérée par le registre national.

À côté de ces mesures de blocage « technique », l'article 195.5 LPI permet également à la Section II CPI d'imposer des mesures de blocage « financier » adressées aux régies publicitaires et aux services de paiement électronique. Leur but consiste à assécher les revenus des sites contrefaisants, autrement dit, à bloquer les flux permettant de financer le site contrevenant. Il s'agit ici d'une manifestation particulière de la logique dite « *follow the money* »²² qui relève habituellement d'une démarche volontaire des acteurs du secteur au travers de l'adoption d'instruments de droit souple (signature de chartes, codes de bonnes pratiques, etc.). Or, l'article 195.5 LPI précise que tout manquement à l'obligation de

collaboration par les intermédiaires techniques, les services de paiement électronique ou de publicité sera considérée comme une infraction.

Les injonctions ainsi prononcées doivent toutefois se limiter à ce qui est nécessaire et proportionné pour atteindre l'objectif fixé, et leur exécution doit être autorisée par le juge judiciaire. Celui-ci ne se prononce pourtant pas sur le caractère contrefaisant du site, puisque son intervention se limite à vérifier que les mesures imposées aux intermédiaires techniques ou financiers ne portent pas atteinte de manière injustifiée aux droits à la libertés d'expression et d'information garantis à l'article 20 de la Constitution espagnole. Si le juge autorise la mesure, les services concernés doivent l'exécuter dans un délai de 72h à compter de la notification.

3. La sanction administrative

La procédure de « rétablissement de la légalité » prévoit enfin une dernière étape permettant de sanctionner les services illicites « récidivistes ». Ce pouvoir de sanction administrative a été introduit par la réforme de la Loi sur la Propriété Intellectuelle de 2014, à la suite du constat que certains services contrevenants étaient toujours opérationnels malgré d'insistantes demandes de cessation, ou bien réapparaissaient après un certain temps d'inactivité²³.

L'article 195.6 LPI dispose ainsi que le manquement aux injonctions de retrait issues des résolutions finales adoptées par la Section II CPI, par un même prestataire de services, constitue une infraction administrative d'une particulière gravité. Le contrevenant s'expose ainsi à une importante amende administrative (de 150 001 à 600 000 euros) à compter du deuxième manquement constaté.

²² Stratégie portée au niveau européen par l'unité « Lutte contre la contrefaçon et le piratage » de la Commission européenne, et recommandée par plusieurs rapports : M. Imbert-Quaretta, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*, mai 2014 ; P. Sirinelli, A. Bensamoun et C. Pourreau, *Rapport au CSPLA de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et*

des droits voisins dans la société de l'information, oct. 2014.

²³ Ainsi le site *The Pirate Bay* qui a fait l'objet de deux procédures devant la Section II CPI, une première en 2014-2015 (Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n° 5 de Madrid, du 25 mars 2015) et une seconde en 2018-2019 (Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n° 9 de Madrid, du 20 juin 2019).

Les hypothèses de réitération de l'atteinte comprennent notamment le redémarrage des activités illicites par le même prestataire de services, y compris lorsque les œuvres ou objets protégés ne sont pas exactement les mêmes que ceux qui étaient signalés dans l'injonction de retrait volontaire (première étape de la procédure). Sont aussi considérés comme récidivistes les prestataires de services qui redémarrent l'activité illicite par l'intermédiaire de personnes physiques ou morales interposées.

Dans les cas d'une particulière gravité impliquant d'importantes répercussions sociales, la décision sanctionnant le contrefacteur pourra faire l'objet d'une publication à ses frais sur plusieurs supports de communication. En outre, à la suite de la réforme opérée par la Loi 2/2019 du 1^{er} mars, la Section II CPI dispose désormais de la faculté de formuler des injonctions de blocage à l'encontre des intermédiaires techniques dont les services sont utilisés par le contrefacteur, sans toutefois avoir à requérir l'autorisation du juge à ce stade. Lorsque le responsable du site contrevenant opérant en Espagne est domicilié en dehors de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, la sanction administrative pourra être assortie d'une injonction de blocage depuis le territoire espagnol pour une durée maximale d'un an, adressée aux fournisseurs d'accès à Internet.

Le prononcé des sanctions administratives appartient au ministre de la Culture et du Sport. Ce pouvoir de sanction a été exercé pour la première fois en 2018, à l'encontre du responsable du service *X-Caleta*²⁴ qui a été condamné au paiement d'une amende de 375 000 euros. Dans le même sens, le responsable du site de téléchargement de films *Exvagos* a été condamné en 2019 au versement d'une amende de 400 000 euros. Dans les deux cas, les responsables des services sanctionnés

sont des personnes physiques domiciliées à l'étranger, ce qui pose la question des possibilités réelles de l'Administration espagnole d'arriver un jour à recouvrer les sommes dues. Il est possible de s'interroger quant au prononcé de ces deux sanctions administratives, lequel n'aurait possiblement été fait que pour montrer de manière symbolique un engagement ferme de l'exécutif actuel dans la lutte contre la contrefaçon des droits d'auteur sur Internet.

III. Bilan et perspectives d'avenir

La mise en place de la procédure de « rétablissement de la légalité » a incontestablement marqué le point de départ vers un changement substantiel du panorama de la protection des droits d'auteur sur Internet en Espagne. Par le biais de ce dispositif, ainsi que des réformes de la Loi sur la Propriété Intellectuelle et du Code pénal, intervenues respectivement en 2014 et en 2015, les ayants-droit disposent désormais d'un arsenal de mesures beaucoup plus complet pour faire valoir leurs droits face aux usages illicites de leurs œuvres dans l'environnement numérique. La procédure administrative, quant à elle, a d'ailleurs progressivement gagné en efficacité et est parvenu au blocage de certains sites emblématiques tels que *The Pirate Bay*, *Goear*²⁵, ou *Exvagos*²⁶. Le dernier bilan d'activité établi par le Ministère de la Culture constate que 93,01% de sites illicites ayant fait l'objet d'une saisine de la Section II CPI ne proposent plus de contenus illicites ou ont cessé leur activité²⁷.

Des progrès restent cependant à faire pour dynamiser la voie administrative, exploiter tout le potentiel de la Section II CPI et aboutir à une meilleure performance de la lutte contre la contrefaçon en ligne. À cet égard, la critique plus couramment adressée à la

²⁴ Site web permettant d'accéder illicitement à des contenus de nature variée (musique, livres, films, séries, jeux-vidéo, titres de presse, logiciels, etc.).

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Tercera, n° 923/2019 du 27 juin 2019, confirmant Res. de la Section II CPI du 22 janvier 2014, puis la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) n° 178/2014 du 14 juin 2016.

²⁶ Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo (JCCA) n° 4, 19/2016, du 19 avr. 2016.

²⁷ Boletín trimestral de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (mars 2021), consultable sur : <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:a4a9c334-3208-4753-807a-7424e8629a7d/boletin-seccion-segunda-cpi-es.pdf>

procédure de « rétablissement de la légalité » est qu'en dépit de son principe de « célérité » affiché, les résultats sont encore lents à obtenir²⁸. Ce retard est partiellement associé à l'insuffisance des ressources humaines et des moyens technologiques dont dispose la Section II CPI, lequel se traduit par un allongement excessif de la phase de vérifications préalables qui précède l'engagement officiel de la procédure.

Par ailleurs, certains représentants des intérêts des ayants-droit plaident pour la transformation de la procédure de « rétablissement de la légalité » en une procédure directe et accélérée de blocage des sites illicites. En effet, la cessation volontaire de l'atteinte par son responsable occupe une place primordiale dans le système actuel. En conséquence, le blocage forcé du site n'intervient qu'en cas d'échec de cette étape préalable, particulièrement bienveillante à l'égard du contrefacteur, puisqu'il lui accorde plusieurs opportunités de remédier volontairement à son comportement illicite. Le problème survient lorsque le responsable du service contrefaisant ne peut pas être identifié, d'autant plus lorsqu'il est domicilié à l'étranger. Certes, la Loi relative à l'économie durable a attribué à la Section II CPI la compétence de formuler une injonction à l'égard d'un prestataire de services (souvent un hébergeur), afin qu'il communique les données d'identification de l'éventuel contrefacteur²⁹. Or, les compétences de la Section II CPI, en tant qu'organe de l'Administration espagnole, ne

s'étendent pas en dehors des frontières nationales. Dès lors, l'exécution d'une injonction adressée à un intermédiaire basé à l'étranger nécessite la reconnaissance et la coopération des autorités administratives ou judiciaires du pays en question³⁰. Dans ces hypothèses, il peut s'avérer nettement plus efficace de solliciter directement à un fournisseur d'accès à Internet le blocage du site litigieux dans l'ensemble du territoire espagnol, par le biais de l'action civile en cessation³¹. Afin de parvenir à ce même résultat avec plus de rapidité, un nouvel alinéa à la fin de l'article 195.4 LPI a été introduit à la suite de la réforme opérée par la Loi 2/2019 du 1^{er} mars. Le texte prévoit désormais que, lorsque le titulaire d'un service en ligne prétendument contrefacteur manque à l'obligation d'identification fixée à l'article 10 LSSICE³², la Section II CPI pourra se tourner directement vers les intermédiaires pour ordonner le blocage de l'accès au site en cause³³.

Les mesures de cessation ordonnées à un tiers non-contrefacteur ont sans doute fait preuve d'efficacité ; dans une grande majorité de cas, le blocage ou le déréférencement aboutissent à la « mort numérique » du site visé³⁴. Cependant, ces mesures ont souvent une durée limitée dans le temps et peuvent aussi être rapidement impactées par les phénomènes de contournement et de réapparition, rendant leur succès très éphémère. Ces pratiques comprennent la réplique des sites bloqués sous des noms de domaine différents (« sites miroir »), ainsi

²⁸ En pratique, le traitement des requêtes et l'instruction de la procédure par la Section II CPI dure en moyenne 120 jours. Pourtant, la procédure analogue devant l'AGCOM en Italie a une durée fixe de 35 jours, qui peut être réduite à 12 jours dans les hypothèses de « violations massives ». Une violation est considérée comme massive dès lors que sont présentes sur un site une trentaine d'œuvres illégales.

²⁹ L'exécution de cette mesure doit néanmoins être autorisée par le juge.

³⁰ A. López-Tarruella, « Sobre la competencia y el procedimiento a seguir por la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual para adoptar medidas contra páginas web albergadas en el extranjero », *Diario La Ley* n° 8889, Sección Tribuna, 27 de diciembre de 2016.

³¹ La recevabilité d'une action sur le fondement des articles 138.IV et 139.1.h) LPI n'est pas subordonnée à la condition que le demandeur ait préalablement et vainement agi contre les exploitants des sites litigieux.

³² Loi 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

³³ Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo (AJCCA) n° 11, 24/2020, du 3 novembre 2020 (affaire « Librosgeniales ») ; AJCCA n° 3, 36/2020, du 11 novembre 2020 (affaire « Radikal-gamez-net »).

³⁴ HADOPI, Stratégies de lutte contre le piratage des contenus culturels et sportifs, Rapport de veille internationale 2019, p. 13.

que la création d'accès détournés audits sites (par exemple, par un VPN). À cet effet, l'Italie prévoit notamment une actualisation des mesures de cessation par le biais d'un suivi administratif³⁵. Transposé en Espagne, ce modèle pourrait se traduire par une procédure accélérée devant la Section II CPI ayant vocation à s'appliquer non seulement aux mesures adoptées par le biais de la procédure de « rétablissement de la légalité », mais également à celles rendues dans l'ordre juridictionnel civil par le mécanisme de l'action en cessation.

Il ressort toutefois de la lecture de certaines décisions administratives et judiciaires récentes une tendance croissante à l'imposition d'injonctions « dynamiques » ou « évolutives ». Par ce biais, les mesures ordonnées aux intermédiaires peuvent être étendues aux éventuelles répliques de sites dont l'illicéité a été reconnue sans avoir à engager une nouvelle procédure³⁶. Dans ce contexte, le recours à des mécanismes de droit souple peut s'avérer particulièrement utile afin de définir un cadre de référence pour la caractérisation des services de contournement, ainsi que de mettre en place une relation de coopération entre les ayants-droit et les intermédiaires techniques destinée à organiser au mieux le partage d'informations. À cet effet, un code de conduite a été récemment signé entre les

représentants des industries culturelles et des opérateurs de télécommunications espagnols³⁷. Conclu sous l'égide du ministère de la Culture, il vise notamment à lutter contre le phénomène des sites miroir. L'accord prévoit ainsi la création d'un comité technique chargé d'élaborer et de mettre à jour chaque semaine une liste des sites reprenant le contenu de domaines ayant préalablement fait l'objet d'une décision judiciaire, afin que les fournisseurs d'accès à Internet procèdent ensuite à leur blocage rapide. À la demande des parties, le ministère de la Culture pourra siéger au sein de ce comité.

Premier instrument de droit souple dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon des droits d'auteur sur Internet en Espagne, les démarches d'autorégulation étaient pourtant encouragées depuis un certain temps par la Section II CPI. Concrètement, cet organisme avait pris l'initiative de publier une liste de noms de domaines ayant fait l'objet d'une décision concluant à l'atteinte des droits de propriété intellectuelle. L'objectif était d'inciter les intermédiaires techniques et financiers à adopter volontairement des mesures de collaboration pour empêcher le retour de sites déjà déclarés illicites.

D'une manière plus générale, il serait souhaitable que la Section II CPI s'engage dans une démarche plus active de promotion

³⁵ L'Italie a introduit depuis 2018 une nouvelle disposition dédiée aux hypothèses de réitération des violations constatées ayant déjà fait l'objet d'une injonction administrative. Sur saisine des ayants-droit, l'AGCOM procède à la vérification de la réitération (en analysant les similitudes entre les noms de domaine, l'identité de l'adresse IP et la structure des sites), puis doit adopter les mesures adéquates dans un délai de trois jours. Les injonctions prononcées peuvent faire l'objet d'un premier recours, dans un délai de cinq jours suivant la notification, devant le Collège de l'AGCOM qui doit ensuite se prononcer dans un délai de sept jours.

³⁶ Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo (JCCA) n° 4, 19/2016, du 19 avril 2016 (affaire « exvagos ») : précise que les mesures ordonnées aux entreprises publicitaires, aux moteurs de recherche et aux fournisseurs d'accès à Internet soient étendues, le cas échéant, à tout domaine web spécifique que le responsable du site déclaré illicite pourrait utiliser dans les mêmes termes, ou qui sert à rediriger au site www.exvagos.com, ainsi qu'à tous

les sites web proxy qui soient uniquement utilisées comme intermédiaires pour y accéder ; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (SJM) n° 6 de Barcelone, n° 15/2018, du 12 janv. 2018 (affaire « hdfull ») : étend le blocage ordonné à un fournisseur d'accès à Internet à d'autres domaines, sous-domaines et adresse IP ayant pour finalité de faciliter l'accès aux sites contrevenants, tels que les sites web permettant de contourner ou d'éviter les mesures de blocage et permettre l'accès aux utilisateurs depuis le territoire espagnol ; SJM n° 7 de Madrid, n° 2174/2019, du 20 février 2020 : étend les mesures de blocage ordonnées à toute réplique des sites déclarés illicites. À cet égard, le titulaire des droits doit adresser chaque semaine aux fournisseurs d'accès une liste contenant les nouveaux sites contrevenants identifiés. Ceux-ci devront être bloqués dans un délai de 3 heures. La mesure est accordée pour la durée de trois saisons sportives.

³⁷<http://www.culturaydeporte.gob.es/actualidad/2021/04/210407-protocolo-derechos-propiedad-intelectual.html>

des instruments de droit souple (chartes, codes de conduite, *memorandum of understanding*) telle qu'encouragée par l'article 195.8 LPI. Dans plusieurs pays, les parties prenantes ont réussi à conclure des accords mettant en place une relation de coopération entre les ayants-droit et les intermédiaires techniques. Ces engagements permettent d'envisager des mesures proactives, volontairement assumées, pour mettre fin à la contrefaçon en dehors de toute contrainte en provenance de l'autorité judiciaire ou administrative³⁸ (rupture des relations commerciales des régies publicitaires avec les sites prétendument illicites³⁹, sous-référencement ou

déréférencement de l'offre illégale en ligne par les moteurs de recherche⁴⁰, etc.). Jugés efficaces⁴¹, ils se matérialisent souvent par un partage d'informations entre les parties signataires. Or, si le contenu de ces accords est directement négocié par les parties prenantes, il ne faut pas négliger le rôle qu'une autorité publique telle que la Section II CPI, rattachée au ministère de la Culture, peut jouer dans l'accompagnement et le soutien de ces initiatives privées. Bien qu'étrangère à l'accord, l'intervention de l'autorité publique contribue au rapprochement des parties, donne plus de solennité à l'acte de conclusion et peut, enfin, participer au suivi de sa mise en œuvre⁴².

C.B.

³⁸ L'exemple le plus marquant est le *Memorandum* signé au Portugal entre différents acteurs publics et privés dont principalement l'Inspection générale des affaires culturelles (IGAC), l'Association portugaise des opérateurs de télécommunications (APRITEL) et les ayants-droit regroupés au sein de la MAPINET (association anti-piraterie plurisectorielle). La MAPINET peut notifier 100 sites (comprenant également les sites miroirs) par mois à l'IGAC. Après avoir opéré les vérifications utiles dans un délai de quelques jours (48 heures en moyenne), l'IGAC demande aux fournisseurs d'accès à Internet (selon une fréquence de deux fois par mois et un calendrier fixé dans le *memorandum*) de procéder au blocage du site (blocage DNS) dans un délai de 48 heures.

³⁹ V., par exemple, la Charte des bonnes pratiques dans la publicité en ligne pour le respect du droit

d'auteur et des droits voisins, signée en France en 2015 (23 mars).

⁴⁰ Au Royaume-Uni, un *Code of Practice on Search and Copyright* a été conclu en février 2017, sous l'égide du gouvernement, entre les moteurs de recherche et les ayants-droit. Il a pour objet d'engager Google et d'autres moteurs de recherche à sous-référencer ou à rétrograder des résultats de recherche dans leur version britannique pour les sites massivement contrefaisants signalés.

⁴¹ <https://www.incoproip.com/news/portugals-pirate-site-blocking-system-works-great-study-shows/>

⁴² A. Bensamoun, « Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 182.