

son ampleur, et permet en outre de demander la saisie des objets contrefaisants. Le titulaire du droit d'auteur peut par cette procédure demander au juge des saisies, par requête unilatérale, que celui-ci autorise un expert à se rendre dans les usines et/ou les bureaux du prétendu contrefacteur afin de décrire les machines, le matériel de reproduction et les objets prétendus contrefaisants ainsi que les plans, documents et écrits de nature à établir la contrefaçon et son étendue. Le requérant peut également demander au juge des saisies d'interdire au défendeur de se désaisir des objets contrefaisants, de les mettre sous scellés et, éventuellement, d'ordonner la saisie des recettes obtenues grâce à la contrefaçon.

Après la visite des lieux, l'expert rédige un rapport sur base duquel le titulaire du droit d'auteur décidera le cas échéant d'intenter une action en contrefaçon.

6 Les atteintes au droit d'auteur sur Internet et leur répression civile

6.1. Atteintes aux droits d'auteur sur Internet

93. Les atteintes aux droits d'auteur qui doivent être envisagées dans le cadre d'Internet sont en substance les suivantes :

6.1.1. Le fait de numériser une œuvre sur support analogique et de la placer sur un site Internet

94. La numérisation de l'œuvre sur support analogique: comme indiqué ci-dessus (cfr *supra* n° 17 et s.), le titulaire du droit d'auteur jouit du droit de reproduction au sens large, qui comprend notamment le droit de reproduction au sens strict (repro-

duire matériellement l'œuvre sur tout support) et le droit d'adaptation et de traduction.

Il est aujourd'hui unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence en matière d'Internet que le fait de numériser une œuvre sur support analogique – que cette numérisation vise à la stocker dans l'ordinateur ou à la placer sur Internet – constitue une reproduction nécessitant en principe l'accord de l'auteur⁸².

En application de ce principe, la jurisprudence française a considéré comme une contrefaçon le fait d'avoir numérisé sans l'autorisation des ayants-droit l'œuvre de Jacques Brel et de Michel Sardou⁸³. La reproduction d'articles de presse sur une base de données sur Internet a également été considérée par la jurisprudence belge comme une reproduction nécessitant l'accord des auteurs⁸⁴.

95. Le fait de placer l'œuvre numérisée sur un site Internet: une fois l'œuvre numérisée, le fait de la placer sur un site Internet implique:

a) Une (nouvelle) reproduction, puisque l'œuvre est reproduite dans la mémoire de l'ordinateur du content-provider et dans l'ordinateur de celui qui héberge son site

96. Il est unanimement admis en jurisprudence et en doctrine que le fait de placer une œuvre sur Internet constitue une reproduction nécessitant l'accord de l'auteur⁸⁵.

b) Une communication publique de l'œuvre⁸⁶.

97. Le fait que la diffusion de l'œuvre sur Internet constitue une communication au public est confirmée par l'article 8 du Traité OMPI du 20 décembre 1996

⁸² Cfr. Civ.Bruxelles, 16 octobre 1996, *A&M*, 4/1996, p.426; Bruxelles, 28 octobre 1997, *A&M*, 4/1997, p.383 ; cfr. en France: Lamy informatique 1998, n°2395; TGI Paris, 14 août 1996, *J.C.P.*, 1996, II, n°22 727 (numérisation et mise sur le réseau des chansons de Jacques Brel); TGI Paris, 14 août 1996, *D.*, 1996, p.491, note Gautier; TGI Paris, 5 mai 1997, *J.C.P.*, 1997, II, n°22 906, note Olivier.

⁸³ TGI Paris, 14 août 1996, *op.cit.*(79).

⁸⁴ Civ.Bruxelles, 16 octobre 1996, *op.cit.*(79).

⁸⁵ Civ.Bruxelles, 16 octobre 1996, *op.cit.*(79); Bruxelles, 28 octobre 1997, *op.cit.*(79) ; cfr. en France: Lamy informatique 1998, n°2395; TGI Paris, 14 août 1996, *J.C.P.* 1996, II, n° 22 727 (numérisation et

mise sur le réseau des chansons de Jacques Brel); TGI Paris, 14 août 1996, *D.*, 1996, p.491, note Gautier; TGI Paris, 5 mai 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22906, note Olivier .

⁸⁶ Trib.Com. Paris, 3 mars 1997, *J.C.P.*, 1997, II, n° 22 840, note Olivier et Barby; Civ.Bruxelles, 16 octobre 1996, *op.cit.*(79), TGI Strasbourg, 3 février 1998, *Exp.*, mai 1998, pp.152-154, et obs. in *Exp.*, février 1998, pp.3 et 43, mai 1998, p.124; cfr. également Lamy Informatique 1998, n°2395; B. HUGENHOLTZ, "Het internet: het auteursrecht voorbij?", *op.cit.*(34), p.197 (203).

⁸⁷ Directive sur l'harmonisation de certains droits d'auteur dans une société de l'information, *op.cit.*(4).



relatif au droit d'auteur ainsi que par l'article 3 de la proposition de Directive⁸⁷, qui dispose que les auteurs devront avoir le droit d'interdire toute communication au public de leurs œuvres ou de copies de celles-ci, par fil ou sans fil, "y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de telle manière que chaque membre du public peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement" (ce qui vise évidemment le cas de l'internaute).

Ainsi, dans l'affaire *Central Station*, où des articles de presse avaient été reproduits sur une base de données accessible en ligne (le site s'appelant "Central Station"), le tribunal de première instance de Bruxelles décide que "L'accès à *Central Station* est accessible à toute personne munie du matériel électronique nécessaire et qui s'est connectée à l'adresse électronique attribuée au service sur le réseau Internet; que l'accès à *Central Station* est donc aussi large que celui réservé au spectateur d'un concert par exemple; qu'Internet a précisément pour raison d'être la communication de données au public; que l'article 1er de la loi du 30 juin 1994 vise la communication au public "par un procédé quelconque", qu'il n'y a pas de raison d'exclure du champ d'application de cet article les diffusions par le biais de la télématique"⁸⁸.

98. Quid si l'œuvre est reproduite sur un site Internet qui n'est accessible qu'à un groupe restreint de personnes (les "abonnés" du site)⁸⁹?

La question est alors de savoir si une telle reproduction répond à la définition de la reproduction "à usage strictement privé" ou à des fins d'illustration de l'enseignement, et si les conditions prévues pour l'application de l'exception sont réunies (article 22 LDA cfr n°45). Il faudra toutefois encore vérifier si le fait de placer l'œuvre sur Internet n'est pas en soit un acte de communication (cfr. *supra* n°26) : si la réponse est positive – et certains le soutiennent⁹⁰ – alors cet acte est interdit, puisque la commu-

nication ne peut se faire sans l'accord de l'auteur que s'il s'agit d'une "communication gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille". Or nous avons vu (cfr *supra* n°46) que la notion de "cercle de famille" est définie de façon restrictive en se limitant aux personnes ayant entre elles un lien de parenté. Par conséquent, il convient d'obtenir le consentement de l'auteur même pour une diffusion sur le réseau interne d'une entreprise⁹¹.

Rappelons que l'exception de reproduction "à usage strictement privé" ne s'appliquera pas si l'œuvre placée sur Internet est déjà fixée sur un support numérique.

99. Application des exceptions au droit d'auteur: on rappellera que certaines utilisations peuvent être faites sans l'accord de l'auteur, en application des exceptions au droit d'auteur prévues par la LDA:

a) Les citations (cfr. *supra*, n°38 et s.):

100. Si un fragment d'une œuvre littéraire (texte) ou plastique (par exemple, un morceau d'un tableau) est numérisée et reproduite sur un site Internet, le droit de citation pourra s'appliquer si les conditions imposées par la LDA sont remplies.

On rappellera toutefois que l'on ne peut utiliser le droit de citation pour constituer une anthologie sans le consentement des auteurs en cause (cfr. *supra*, n°40). La jurisprudence française a également décidé que le fait de reproduire des extraits d'une œuvre sur un site (qui ne contient que ces extraits d'œuvres) ne pouvait se prévaloir de l'exception de courte citation dans la mesure où l'extrait "n'est pas destiné à être incorporé à une autre œuvre à laquelle il apporterait un élément pédagogique, scientifique ou d'information" et qu'en outre les extraits reproduits étaient trop nombreux⁹².

⁸⁸ Civ.Bruxelles, 16 octobre 1996, *op.cit.*(79).

⁸⁹ TGI Paris, 10 juin 1997, Lamy de l'informatique, Août-Septembre 1997, n°95, p.4: "Intranet est un réseau interne dont la structure et les protocoles techniques utilisés ressemblent à ceux du World Wide Web mais qui est destiné à un usage privé, qu'en effet, des chercheurs peuvent y réaliser des programmes ou des pages strictement personnelles". Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un serveur expérimental conçu à l'usage des chercheurs. Néanmoins, Intranet étant un réseau qui s'apparente aux modes et règles de communication d'Internet –surtout du Web– mais dont l'accès est limité à un groupe d'utilisateurs (réseau fermé), n'importe quelle entreprise peut baser son réseau sur un serveur Intranet.

⁹⁰ Cfr. Lamy 1998 n° 2395 et 2396 : TGI Paris (réf.), 14 août 1996, J.C.P., éd.G., 1996, II, n°22 727 et note de Olivier et Barby : " en permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter ses pages privées et d'en prendre éventuellement copie (...) (le créateur de site) favorise l'utilisation collective de ses reproductions" ; J.C.P., éd.E., 1997, I, p.657, n°24 et note Vivant et Le Stanc ; L. COSTES, " Le droit d'auteur sur Internet, 1ère décision", L.J.A., 1996, n°334, p. ; D., 1996, p.491 et note Gautier ; TGI Paris (réf.), 5 mai 1997, J.C.P., éd.G., 1997, II, n°22 906 et note Olivier ; L. COSTES, " Reproduction et représentation illicites sur l'Internet", Bull., Lamy, juin 1997 C, p.1 et s.

⁹¹ Voir néanmoins la décision isolée du Président du TGI de Paris, 10 juin 1997, Lamy, Août-septembre 1997, n°95, p.4.

⁹² TGI Paris, 5 mai 1997, *op.cit.*(79).

b) Les reproductions à usage strictement privé:

101. Si une œuvre sur support analogique (par exemple une photographie sur support "papier") est numérisée, et donc reproduite sous forme numérique (téléchargement sur son PC et éventuellement sur un autre support numérique, tel une disquette), mais que cette reproduction est effectuée à "usage strictement privé", elle pourra être réalisée sans le consentement de l'auteur, pour autant que les conditions imposées par la LDA soient réunies (cfr. *supra*, n°42 et s.).

Ces conditions pourront-elles en pratique être remplies?

- La reproduction doit porter sur un "court fragment" (extrait) d'une œuvre fixée sur support graphique ou analogue (exemple: une partie d'un livre sur support non électronique) ou sur tout ou partie d'un article ou d'une œuvre plastique⁹³. Il sera donc exclu de scanner tout un livre. Par contre, on pourra scanner un article ou une image. On ne pourra pas reproduire non plus une œuvre déjà numérisée.

- La reproduction doit être faite dans un but "strictement privé". Cette notion suppose, comme indiqué ci-dessus (cfr. *supra*, n°43 sqq), que la reproduction soit utilisée pour les besoins personnels du "copiste" ou pour les besoins internes de son entreprise ou institution. Ceci exclut en principe les copies sur Internet, car un site Internet est généralement accessible à tous.

La jurisprudence française a décidé que le fait de numériser une œuvre et de la mettre sur Internet n'était pas une reproduction "privée", et ce même si, techniquement, la reproduction avait lieu sur un PC "privé": il a ainsi été jugé qu' "en permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter ses pages privées et d'en prendre éventuellement copie (...) {le créateur du site} favorise l'utilisation collective de ses reproductions; qu'au demeurant, il importe peu qu'il n'ait effectué lui-même aucun acte positif d'émission, l'autorisation de prendre copie étant implicitement contenue dans le droit de visiter ses pages privées"⁹⁴.

- La reproduction ne peut pas porter préjudice à l'édition de l'œuvre originale. Cette condition vise essentiellement les reproductions qui seraient faites dans le cadre d'un enseignement.

c) Les reproductions à des fins d'illustration de l'enseignement ou de la recherche scientifique

101 bis. Si une œuvre initialement fixée sur un support analogique ou numérique est reproduite sur Internet à des fins d'illustration de l'enseignement ou de la recherche scientifique, le consentement de l'auteur ne sera pas requis pour cette reproduction pour autant que les conditions mises par la LDA soient remplies (cfr *supra*, n°45).

Toutefois, si le fait de mettre l'œuvre sur Internet est également considéré comme une communication, cela ne sera exempté du consentement de l'auteur que si cette communication a lieu aux membres du "cercle de famille".

6.1.2. La reproduction sur support *off-line* d'une œuvre numérique sur Internet

102. Cette hypothèse est l'hypothèse inverse de la précédente: une œuvre se trouve sur Internet et elle est reproduite sur un support *off-line* (support papier ou support numérique).

Ici aussi, il ne fait aucun doute que le fait de reproduire l'œuvre numérisée en la fixant sur un autre support numérique ou sur un support papier met en cause le droit de reproduction de l'auteur et nécessite son consentement.

103. Comme indiqué ci-dessus (cfr *supra*, n°37 et s.), le consentement de l'auteur ne sera pas nécessaire si celui qui reproduit l'œuvre peut se prévaloir d'une exception prévue par la LDA, soit par exemple parce qu'il n'a reproduit qu'un court fragment et qu'il peut se prévaloir du droit de citation- cfr *supra* n°38 et s.- (par exemple, il cite dans le cadre d'un article paraissant dans une revue papier une œuvre parue sur Internet), soit parce que la reproduction effectuée est à des fins d'illustration de l'enseignement ou de la recherche (cfr *supra*, n°42 et s.). Rappelons que l'exception de reproduction à usage privé ne s'applique pas aux œuvres initialement fixées sur support numérique.

⁹³ On peut donc reproduire tout un article dans une revue, ou toute une reproduction – à usage privé – mais jamais tout un livre.

⁹⁴ TGI Paris, 14 août 1996, *op.cit.*(79), cfr. également SIRINELLI, "Internet et droit d'auteur", Droit&Patrimoine, 1997, p.74.



6.1.3. La reproduction d'une œuvre sur Internet dans le cadre d'un autre site Internet

104. Cette hypothèse vise le cas où un site contient une œuvre (par exemple, une image), et cette image est téléchargée par un internaute, qui la place sur son propre site et donc la (re)diffuse sur Internet.

Cette opération peut s'analyser comme une reproduction (puisque l'œuvre est reproduite dans la mémoire du PC du "copiste"), mais également comme une communication au public. En effet, il y a diffusion de l'œuvre par un émetteur (le site où l'œuvre a été reproduite) vers un public constitué par les personnes connectées à Internet. Le caractère de "communication au public" de la diffusion sur Internet a été reconnu tant par la jurisprudence belge que par la jurisprudence française⁹⁵.

105. Application des exceptions au droit d'auteur: la diffusion sur un site Internet étant généralement publique (cfr *supra* n°44), l'auteur ne pourra pas se prévaloir de l'exception de communication "gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille" (art.22, §1, 3°).

Pour le cas de la reproduction par l'utilisateur (téléchargement et impression: cfr *supra* 2°).

6.1.4. Le stockage d'une œuvre sur Internet par un access-provider afin d'assurer sa disponibilité rapide (le *proxycaching* et le *mirroring*)

106. Le proxycaching: compte tenu des temps d'attente parfois fort longs sur le *World Wide Web*, certains *access-providers* (c'est-à-dire ceux qui fournissent l'accès Internet aux utilisateurs) ont pris l'habitude de stocker (et donc de reproduire) sur leur propre ordinateur les pages web souvent consultées afin de pouvoir les délivrer plus rapidement aux utilisateurs. Le caching est également utilisé par les utilisateurs d'Internet lorsqu'ils "*surfent*"

⁹⁵ Trib.Com. Paris, 3 mars 1997, *J.C.P.*, 1997, II, n°22 840, note Olivier et Barby; Civ.Bruxelles, 16 octobre 1996 op.cit.(79); cfr. également Lamy Informatique 1998, n°2395.

⁹⁶ Cfr considérant 23 de la proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM (97) 628 final, qui précise que "le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à

sur le net, leur ordinateur conservant temporairement en mémoire les pages récemment consultées.

Strictement parlant, le *proxycaching* est une reproduction d'une œuvre par hypothèse protégée et requiert donc le consentement de l'auteur. La LDA ne fait en effet pas de distinction selon que la reproduction est définitive ou temporaire.

Toutefois, si le *caching* est fait à des fins d'illustration de l'enseignement ou de la recherche scientifique, il pourra le cas échéant échapper au contrôle de l'auteur.

107. On rappellera que la proposition de directive sur l'harmonisation de certains droits d'auteur dans la société d'information -cfr *supra* n°4- dispose que ne nécessitent pas le consentement de l'auteur les actes de reproduction provisoires qui font partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé et n'ont pas de signification économique indépendante (article 5, 1).

Si cette proposition est adoptée, on pourra soutenir que certaines formes de *caching* pourront être exemptées du droit d'auteur si les conditions suivantes sont réunies:

- il s'agit d'un acte de reproduction provisoire;
- il s'intègre dans un procédé technique dont la seule finalité est de mettre l'œuvre à la disposition de l'utilisateur (ce qui vise les reproductions dans la mémoire des ordinateurs qui interviennent dans la transmission du site de son créateur, l'*information-provider*, jusqu'à l'internaute final);
- il n'a pas de signification économique indépendante (ce qui peut être le cas du *caching*⁹⁶).

108. Le mirroring: dans cette hypothèse, le site en cause (généralement un site particulièrement populaire) n'est pas seulement gardé en mémoire, mais

autoriser certains actes de reproduction provisoire entrant dans le cadre d'un processus technique et ayant un caractère accessoire, qui n'ont pour unique finalité que de permettre les utilisations d'un objet protégé et qui n'ont pas, par eux-mêmes, de valeur économique propre; que, dans ces conditions, cette exception couvre également certains actes de prélecture dans un support rapide (*caching*) ou de survol (*browsing*)".

directement recopié sur un autre serveur et fourni par ce biais aux utilisateurs.

Ici aussi, il s'agit strictement parlant d'une reproduction, et donc d'un acte soumis *de lege lata* à l'autorisation de l'auteur.

Toutefois, selon la proposition de directive- cfr *supra* n°4, si la reproduction est provisoire, on pourrait soutenir qu'elle n'a pas de finalité économique autonome mais ne sert qu'à rendre le site plus rapidement accessible aux utilisateurs, de telle sorte que cet acte ne nécessiterait pas l'autorisation de l'auteur. Toutefois, cet argument dépendra de la situation de fait, car le *mirroring* peut être utilisé pour rendre le propre site du provider plus attrayant et/ou servir de support à de la publicité par *framing*. Dans ce cas l'exemption sous le régime de la directive sera discutable.

6.1.5. La réalisation de "copies de transport" de l'œuvre sur Internet

109. Comme indiqué ci-dessus, la LDA ne fait pas de distinction selon que la reproduction est provisoire ou définitive, ni selon la finalité de celle-ci. Strictement parlant, une copie provisoire "de transport", dont la finalité est par définition de servir d'intermédiaire dans la communication de l'œuvre du site émetteur à l'ordinateur récepteur, tombe donc dans le champ du droit de la reproduction de l'auteur et nécessitera son consentement, sauf application de l'exception de reproduction à usage privé (cfr *supra* n°42 et s.).

On remarquera que la proposition de directive (cfr *supra* n°4) prend en compte la spécificité des copies "de transport" en prévoyant à l'article 3 que les copies provisoires qui font partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre (c'est-à-dire s'intègre dans le processus de transmission) et n'ont pas de signification économique indépendante ne nécessitent pas le consentement de l'auteur (article 5, 1).

On pourrait également soutenir que les "copies de transport" des œuvres placées sur Internet sont autorisées en vertu d'une licence implicite: celui qui met une œuvre sur Internet autorise par ce fait-même les actes inhérents au

fonctionnement du réseau, et donc les reproductions nécessaires au transport de l'œuvre vers les utilisateurs.

6.1.6. La consultation d'Internet et l'affichage à l'écran ("browsing")

110. Le simple fait de consulter Internet (et donc de "surfer" ou de faire du *browsing*) implique techniquement une reproduction, puisque toute page demandée est reproduite au moins temporairement dans la mémoire de l'ordinateur.

Celui qui "surfe" chez lui (ou à son bureau) n'échappe à la nécessité de demander en principe l'autorisation de l'auteur que s'il reproduit à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique (cfr. *supra* n°42 et s.).

Par ailleurs, on pourrait également soutenir que le *browsing* est autorisé en vertu d'une licence implicite: celui qui met une œuvre sur son site Internet le fait pour que ce site soit consulté (c'est le but-même d'Internet), et donc donne *de facto* une licence aux utilisateurs pour consulter le site en cause et pour effectuer à cette occasion les reproductions inhérentes à la consultation⁹⁷. Sur cette question, cfr *supra* n°42 sqq.

6.1.7. La modification d'une œuvre dans le cadre d'un site Internet

111. Certains reproduisent sur leur site des œuvres copiées ailleurs (soit numérisées à partir d'un support analogique, soit copiées d'un autre site) et les modifient: ainsi par exemple, une photographie est reproduite afin de la recadrer ou d'isoler un de ses éléments.

Ce processus contient non seulement une reproduction de l'œuvre à des fins non privées, puisque par hypothèse l'œuvre est reproduite sur un site Internet qui est en principe accessible à tous (cfr *supra* n°44), mais également une communication publique de celle-ci (diffusion sur le réseau) et une modification de l'œuvre. Sont donc mis en cause le droit de reproduction au sens strict, le droit de communication publique et le droit d'autoriser les modifications (droit patrimonial et droit moral à l'intégrité).

⁹⁷ B. HUGENHOLTZ, "Internet: het auteursrecht voorbij?", *op.cit.* (32), p.208.



Chacun de ces actes doit être expressément autorisé par l'auteur, le cas échéant dans le cadre d'un contrat répondant aux formes légales (cfr. *supra* n°61 et s. pour un contrat conclu avec l'auteur, n°69 et s. pour un contrat conclu avec un auteur-employé, n°71 et s. pour un contrat de commande).

6.2. Constatation des atteintes au droit d'auteur

112. Une fois que l'on a défini d'un point de vue théorique les comportements qui constituent des atteintes aux droits d'auteur sur Internet, encore faut-il savoir comment le titulaire des droits pourra déceler ces atteintes à ses droits.

A cet égard, il convient de mentionner tout d'abord que la découverte des atteintes est une question de fait. On utilisera à cet égard les moteurs de recherche classiques (YaHoo, Alta Vista, Meta-Crawler etc.) pour (tenter de) détecter les sites qui offrent des contrefaçons. Il existe également des programmes spécialisés dans ce type de recherches ("WebCrawlers").

113. Pour sécuriser l'utilisation des œuvres sur Internet⁹⁸, trois solutions techniques sont actuellement possibles (cfr également *infra*, n°238 et s.):

- L'œuvre est transmise à des utilisateurs déterminés, auquel cas on peut utiliser une technique de cryptographie, de telle sorte que seul le destinataire autorisé, possédant la clé de décryptage, pourra décrypter l'œuvre et y avoir accès.
- L'œuvre non cryptée est mise sur le réseau, mais elle contient un système électronique qui définit lui-même les utilisations autorisées.

- L'œuvre non cryptée est mise sur le réseau et revêtue d'un "marquage" ou "tatouage" qui permet d'identifier les titulaires des droits et de la "retrouver" sur le réseau.

6.3. A supposer qu'une atteinte soit constatée, qui est responsable?

114. Il va de soi que le titulaire du droit d'auteur violé sur Internet pourra agir contre le contrefacteur, c'est-à-dire contre celui qui a reproduit, modifié, communiqué au public etc. son œuvre sur son site Internet sans son autorisation⁹⁹ (le "fournisseur de contenu" ou "*content provider*" qui donne au site son contenu textuel et iconique).

En pratique, si un auteur se rend compte de ce qu'une de ses œuvres est reproduite sans son autorisation sur un site Internet, il assignera le "fournisseur de contenu" (producteur du site). Comme nous l'avons vu ci-dessus (n°88), la responsabilité de celui qui met un élément protégé en ligne est en effet évidente, indépendamment de la question de savoir s'il a agi "de bonne foi" ou non¹⁰⁰. Ainsi, il est fait remarquer que "le titulaire d'un site web est naturellement responsable du contenu qu'il met en ligne, à l'égard duquel il assume une fonction d'éditeur"¹⁰¹.

Si le producteur du site a acquis de bonne foi l'image en cause auprès d'un fournisseur d'images (musée, banque d'images etc.), il appellera le cas échéant ce dernier en garantie.

Afin de faciliter la position du producteur du site, il est conseillé de prévoir expressément dans le contrat entre le producteur du site et le fournisseur d'images (ou de texte) la possibilité et les modalités d'action en garantie contre le fournisseur de l'image

⁹⁸ Cfr. not. CLARK, "The answer to the machine is in the machine" in HUGENHOLTZ, *The future of copyright in a digital environment*, Den Haag, Kluwer International 1996, p.139.

⁹⁹ On rappellera que l'article 18, 2, de la Constitution prévoit, en matière de presse écrite, une responsabilité en cascade: si un texte et/ou une photographie parue dans la presse écrite porte atteinte aux droits d'un tiers, ce tiers devra d'abord s'en prendre à l'auteur. Ce n'est que si celui-ci est inconnu que l'on pourra poursuivre l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur de l'écrit. Certains se sont demandés dans quelle mesure cette disposition était transposable à la presse en ligne.

¹⁰⁰ P. WERY, "Internet hors-la-loi? Description et introduction à la

responsabilité des acteurs du réseau", *J.T.*, 1997, p.417; A. STROWEL et J.P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, op.cit.(10), p.407.

¹⁰¹ P.WERY, "Internet hors-la-loi? Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau", op.cit.(97), p.419.

¹⁰² Bien que la terminologie ne soit pas encore arrêtée, nous entendons par "*access provider*" la personne qui permet aux utilisateurs d'avoir accès à Internet (et fournit le cas échéant des services annexes tel le courrier électronique (cfr en ce sens également K. KOELMAN, "Wat niet weet, wat niet deert: civielrechtelijke aansprakelijkheid van de internet provider", in *Computerrecht*, 1998, p.204).

(ou du texte) au cas où le producteur du site se verrait confronté à une revendication d'un tiers en raison de l'insertion de cette image ou de ce texte sur le site.

Il est également conseillé de prévoir une clause indiquant qu'en cas d'action d'un tiers, le producteur du site sera autorisé à retirer immédiatement l'image ou le texte de sa base de données.

115. Toutefois, la question s'est posée de savoir si le titulaire des droits d'auteur pouvait également agir contre un intermédiaire dans le processus de diffusion sur Internet, à savoir contre l'*access provider*¹⁰² (ou « fournisseur d'accès»), le (*hosting service provider*)¹⁰³ («fournisseur de services» qui héberge le site du producteur du site) et/ou le *network provider*¹⁰⁴ (ou «fournisseur d'infrastructure», qui est en principe l'opérateur télécom ou bientôt l'opérateur du câble de télédistribution).

En ce qui concerne la possibilité d'agir contre le fournisseur d'infrastructure, celle-ci sera rarement établie¹⁰⁵. Cette question se situe en outre en dehors de l'objet du présent guide et ne sera donc pas abordée. Par contre, nous aborderons brièvement la question de la responsabilité du fournisseur de services et du fournisseur d'accès.

116. Comme indiqué ci-dessus (cfr *supra* n°93 et s.), il y aura atteinte au droit d'auteur s'il y a reproduction ou communication au public d'une œuvre protégée par le droit d'auteur sans le consentement de l'auteur. La «bonne foi» du contrefacteur est indifférente pour l'existence de la contrefaçon. Il faut toutefois, cela va de soi, que l'acte de contrefaçon lui soit imputable.

117. Le fournisseur de services (*hosting service provider*) procède-t-il à une reproduction de l'œuvre (qui lui est imputable) au sens du droit d'auteur ?

Il est un fait que le *hosting service provider* offre à son client, dont il « héberge » le site, un espace sur son disque dur sur lequel le site (et donc les œuvres qu'il contient) sont reproduites de manière durable. Il est évident que le fournisseur de contenu qui place sur son site des œuvres protégées effectue une reproduction au sens du droit d'auteur (cfr *supra* n°19 et 94 et s.). Mais le fait pour le *hosting service provider* de mettre à la disposition de ses clients un espace sur son ordinateur est-il suffisant pour que l'on puisse parler dans son chef également d'une reproduction au sens du droit d'auteur ?

La jurisprudence belge n'a pas définitivement tranché la question et on ne peut donc donner une réponse décisive¹⁰⁶. Théoriquement, on pourrait toutefois soutenir que la responsabilité du *service provider* en cas d'atteinte au droit d'auteur ne peut être exclue dans la mesure où il y a acte de reproduction et où, d'autre part, la bonne foi n'exclut pas la contrefaçon.

Aux Pays-Bas, il semble toutefois que la doctrine se prononce plutôt en faveur d'une réponse négative à cette question : sauf circonstances particulières (cfr *infra*), le simple fait de mettre un matériel à disposition d'un fournisseur de contenu, qui utilise celui-ci pour porter atteinte au droit de reproduction de l'auteur, n'implique pas la responsabilité du *service provider*¹⁰⁷. C'est également en ce sens que s'est prononcé le président du tribunal de s'Gravenhage dans l'affaire ayant opposé l'Eglise de Scientologie à Dataweb¹⁰⁸, le juge estimant que le *service provider* ne fait qu'offrir la possibilité d'une publication et n'a en principe aucune influence ni même connaissance de ce qui est, grâce à lui, mis sur le réseau. Le juge retient toutefois la possibilité de voir la responsabilité du *service provider* engagée s'il résulte des circonstances qu'une publication est manifestement illicite et qu'il peut être rai-

¹⁰³ Par «*service provider*», nous entendons la personne qui permet au fournisseur de contenu d'avoir un site sur Internet (c'est-à-dire celui qui «héberge» le site).

¹⁰⁴ Par «*network provider*» nous entendons celui qui met à disposition le réseau (l'infrastructure) permettant de véhiculer l'information. Il s'agit en pratique de celui qui gère la ligne téléphonique ou le réseau câblé.

¹⁰⁵ A. STROWEL et J.P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, op.cit.(10), p.407.

¹⁰⁶ Dans un sens défavorable à une responsabilité des *service providers*

résultant de la reproduction de matériel protégé par le droit d'auteur, P. WERY, «Internet hors la loi? Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau», op.cit.(97), p.417; dans un sens plus favorable à cette responsabilité, A. STROWEL et J.P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, op.cit.(10), p.405.

¹⁰⁷ K. KOELMAN, «Wat niet weet, wat niet deert: civilrechtelijke aansprakelijkheid van de internet provider», op.cit.(100), p.205; B. HUGENHOLTZ, «Internet: het auteursrecht voorbij?», op.cit.(32), p.228.

¹⁰⁸ Pres. Arrondissementsrechtbank s'Gravenhage, 12 mars 1996, *Computerrecht*, 1996/2, p.73, note Verkade.

sonnablement exigé que celui-ci en ait connaissance, par exemple parce qu'il en a été averti¹⁰⁹.

Certaines décisions rendues aux Etats-Unis excluent également la responsabilité du fournisseur de services¹¹⁰, tandis que d'autres l'ont admise¹¹¹. Aux Etats-Unis, il existe toutefois un projet de loi (The Digital Millennium Copyright Act 1998) qui définit, pour chaque type d'intermédiaires, les conditions qui devront être cumulativement réunies pour que la responsabilité de l'*Internet provider* puisse être mise en cause.

En Allemagne, la responsabilité des *providers* est également décrite dans une loi (Teledienstegesetz¹¹², art.1§5 IuKDG). Les critères retenus pour reconnaître le fournisseur d'accès responsable sont bien définis et pourraient être utilement utilisés chez nous: le fournisseur pourra en substance être tenu pour responsable si (1) il a connaissance de l'atteinte; (2) il lui est possible techniquement d'intervenir et (3) une telle intervention est raisonnable. La responsabilité (pénale) du fournisseur d'accès a récemment été admise par les cours et tribunaux dans le cadre de la décision Compuserve ayant jugé le responsable allemand de Compuserve Deutschland pénalement responsable pour les sites pédophiles accessibles en Allemagne via Compuserve.

118. Le *hosting service provider* procède-t-il à une communication au public ?

Une œuvre est en principe reproduite sur l'ordinateur du *hosting service provider* afin d'être ensuite communiquée au public (le *hosting service provider* héberge le site afin que celui-ci soit consulté). Le *hosting service provider* joue dans cette communication

au public un rôle en principe passif : il ne prend pas l'initiative de la communication au public, mais se limite à offrir les moyens techniques d'une telle communication.

A propos des sociétés de télédiffusion par câble, il fut toutefois jugé, tant en Belgique qu'aux Pays-Bas, que le rôle " passif " et " purement technique " des sociétés de télédistribution n'affectait pas le fait qu'elles opéraient une " communication au public " des œuvres et posaient ainsi un acte nécessitant le consentement des auteurs¹¹³. Cette jurisprudence pourrait être appliquée *mutatis mutandis* aux *service providers* sur Internet¹¹⁴.

Toutefois, il convient de remarquer que le Traité OMPI du 20 décembre 1996 considère au contraire que le seul fait de fournir l'infrastructure technique permettant une communication au public ne constitue pas en soi une communication au public au sens du droit d'auteur¹¹⁵.

119. Même s'il est admis que le *hosting service provider* n'est pas *de facto* considéré comme co-responsable des atteintes au droit d'auteur en raison des reproductions ou communications au public qui ont lieu grâce à son intervention (c'est-à-dire au moyen de son serveur), il pourrait voir sa responsabilité mise en cause sur base de l'article 1382 du Code civil s'il apparaît que son comportement peut être considéré comme fautif en-soi. Ceci signifie notamment que sa responsabilité pourrait être engagée s'il résulte des circonstances que le *hosting service provider* a manqué au devoir général de prudence qui s'impose à tous.

¹⁰⁹ Ainsi, le juge remarque que le *service provider* ne fait rien d'autre que "de gelegenheid geven tot openbaarmaking en (...) in beginsel geen invloed kunnen uitoefenen op of zelfs maar kennis dragen van datgene wat diegenen die via hen toegang tot Internet hebben gekregen daarop uitdragen. In beginsel is er daarom geen aanleiding hen aansprakelijk te houden voor onrechtmatige - bijvoorbeeld op auteursrechten van derden inbreuk makende - handelingen van gebruikers". Il pourra toutefois en aller autrement "als onmiskenbaar duidelijk is dat een publikatie van een gebruiker onrechtmatig is en (...) redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zulks ook bij de (...) provider bekend is, bij voorbeeld doordat deze op één en ander is geattendeerd".

¹¹⁰ Religious Technology Center c. Netcom On-Line Comm. Services Inc., 907 F. Supp. 1361 (Northern District Court of California 1995).

¹¹¹ Playboy c. Freena, 839 F. Supp. 1551, 1553, 1558 (M.D.Fla). Freena exploitait un BBS, sur lequel Playboy découvrit des images digitalisées provenant de ses publications et placées par des utilisateurs du BBS. Freena est tenu pour responsable, le juge rappelant que ni la connaissance de l'atteinte ni l'intention frauduleuse n'est requise pour qu'il y ait atteinte au droit d'auteur; cfr également Sega c.

Maphia, 857 F. Supp. 679 (Northern District California 1994): le gestionnaire du BBS "Maphia" est tenu pour responsable du fait que des usagers mettent sur son serveur des copies illicites de jeux Sega, au motif qu'il fournit une infrastructure à la contrefaçon et ne pouvait ignorer celle-ci.

¹¹² Bundestagsdrucksache 13/7385, p.20. Cette loi fait partie de la Informations- und Kommunikationsgesetz du 22 juillet 1997 (cfr <http://www.iid.de/rahmen/iukdgc.html>).

¹¹³ Aux Pays-Bas, Hoge Raad, 14 januari 1983, N.J., 1984, blz.696; Hoge Raad, 27 juni 1958, N.J., 1958, blz.405; B. HUGENHOLTZ, "Internet: het auteursrecht voorbij?", *op.cit.* (32), p.226.

¹¹⁴ Cette solution ne fut toutefois pas appliquée dans l'affaire Scientology Church, où la question de la responsabilité du *service provider* était précisément posée: cfr Pres. Arrondissementsrechtbank s'Gravenhage, 12 mars 1996, *Computerrecht*, 1996/2, p.73, note Verkade.

¹¹⁵ Cfr le Agreed statement relatif à l'article 8, qui précise que "the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not itself amount to communication within the meaning of the Treaty or the Bern Convention".

Cela pourrait être le cas s'il apparaît que le *hosting service provider* savait ou devait savoir que son serveur était utilisé d'une manière portant atteinte au droit d'auteur d'un tiers (par exemple, parce qu'il contenait une œuvre illicitement reproduite) et n'a pas pris les mesures raisonnables qui s'offraient à lui pour mettre fin à cette atteinte au droit d'auteur¹¹⁶. Deux conditions semblent donc requises : le *hosting service provider* savait ou ne pouvait raisonnablement ignorer que son serveur contenait du matériel illicite et il pouvait mais a négligé de prendre des mesures qui auraient permis de mettre fin à l'atteinte. Cela pourrait être le cas si le *hosting service provider* a reçu une lettre de mise en garde du titulaire du droit d'auteur et n'a néanmoins pas agi auprès de son client contrefacteur pour mettre fin à la contrefaçon.

Le *hosting service provider* a-t-il l'obligation de contrôler ce que contient son site, de telle sorte qu'il doit nécessairement savoir si celui-ci contient du matériel illégal ? Cette question n'est pas tranchée par la jurisprudence belge. En Allemagne, le législateur exclut une telle obligation générale de surveillance¹¹⁷, mais la responsabilité du service provider a été admise dans un cas où le parquet avait attiré son attention sur l'existence de sites pédophiles de telle sorte qu'il était au courant de l'existence des sites en cause et ne les a pas supprimés.

Une solution limitant la responsabilité des providers semble également en voie d'adoption aux États-Unis¹¹⁸ et a été suivie par la jurisprudence aux Pays-Bas dans l'affaire de l'Eglise de Scientologie.

6.4. À supposer une atteinte au droit d'auteur sur Internet, quand le droit belge est-il applicable?

120. A supposer qu'une atteinte aux droits d'auteur soit réalisée sur Internet, quel sera le droit applicable? Il est de principe en droit international privé

belge qu'en matière de contrefaçon, il convient d'appliquer la loi du lieu où l'infraction a été commise¹¹⁹. Cela signifiera donc que si un contrefacteur belge met en Belgique une œuvre sur le réseau sans le consentement de l'auteur, la loi belge sera en principe applicable à cette atteinte au droit d'auteur.

Mais, lorsque la contrefaçon a lieu sur Internet, la situation peut être plus complexe: ainsi, il est possible que l'œuvre ait été mise sur le réseau en France ou aux États-Unis mais soit reçue en Belgique (tout site, sauf cryptage, étant d'ailleurs susceptible d'être reçu en Belgique). Dans un tel cas, faut-il prendre en considération le lieu où l'œuvre est mise sur le réseau (lieu de *l'injection*, c'est-à-dire le lieu où se trouve le modem du contrefacteur) et/ou le lieu où elle est ou peut être reçue (lieu de *réception*)? Il s'agit d'une question délicate et controversée, et nous ne donnons ici que quelques indications¹²⁰.

6.4.1. Loi du pays de la mise sur le réseau (*upload*)

121. Une première solution consiste à interpréter la *lex loci delicti* comme désignant le lieu où l'injection non autorisée de l'œuvre sur Internet a eu lieu.

Cette solution est retenue par la Commission européenne, dont le Livre Vert sur le droit d'auteur dans la société de l'information préconise d'adopter, pour déterminer la loi applicable à la diffusion en ligne, la même règle de rattachement que celle qui se trouve dans la directive 93/83 du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins applicables à la radio-diffusion par satellite et à la retransmission par câble¹²¹. Compte tenu de l'analogie entre cette diffusion et la diffusion sur Internet, il conviendrait d'appliquer à ce dernier la même solution que celle dégagée dans la Directive européenne 93/83 précitée. Dès lors, on devrait considérer que l'acte de contrefaçon (c'est-à-dire la diffusion non autorisée

¹¹⁶ Sur cette question, cfr K. KOELMAN, "Wat niet weet, wat niet deert: civilrechtelijke aansprakelijkheid van de internet provider", op.cit.(100), p.207.

¹¹⁷ Cfr art.5 Teledienstgesetz.

¹¹⁸ Cfr le projet de loi Digital Millennium Copyright Act (cfr *supra* n°117).

¹¹⁹ *Lex loci delicti commissi*, cfr. F. RIGAUX, *Droit International Privé*, TII, Bruxelles, Larcier, 1996, n°1220. Cfr. également P.E. GELLER, "International copyright: an introduction" in P.E. Geller, *International Copyright Law and Practice*, New York, mise à jour 1995, p.INT-41. Ce

principe se retrouve d'ailleurs dans la Convention de Berne, dont l'article 5, 2 indique également que la loi applicable est en principe "la loi du pays où la protection est réclamée".

¹²⁰ Sur cette question, cfr. P.Y. GAUTIER, "Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de l'usage immatériel des œuvres", *D.*, 1996, p.131-135.

¹²¹ JOCE L248, 06.10.1993, p.15; Cfr. également P. VANDOREN, Commission Européenne DG XV/E/4, "Author's rights and neighbouring rights in the information society", Discussion paper for the Royal Academy Colloquium on the future of copyright in a digital environment, Amsterdam 6-7 Juillet 1995.



d'une œuvre sur le réseau) aurait lieu dans le pays où la mise sur le réseau a eu lieu.

D'autres arrivent au même résultat en appliquant le principe de la loi du lieu où le fait générateur (**le fait dommageable**) a été commis¹²²: il faudrait considérer que la loi applicable est celle du lieu où l'injection non autorisée sur Internet (fait dommageable) a eu lieu, c'est-à-dire, strictement parlant, le lieu du pays d'émission. En ce sens, on peut également ajouter que, techniquement, la reproduction non autorisée est mise sur le réseau là où se trouve le modem du contrefacteur, et c'est l'utilisateur qui vient la "chercher" (système du "pull" et non du "push").

Toutefois, l'application de la loi de la diffusion est sévèrement critiquée par certains auteurs¹²³. On fait valoir que cette solution encouragerait les pirates potentiels à localiser leur lieu d'émission dans les pays à la législation la plus faible. Par ailleurs, cette solution est peu pratique lorsque la contrefaçon est le fait de plusieurs personnes ayant collaboré sur Internet et se situant dans des pays différents. Enfin, elle est également critiquable en ce qu'elle amènera souvent le juge saisi à appliquer un droit étranger, forcément moins accessible (le droit du pays d'injection).

6.4.2. Loi du pays de la réception (*download*)

122. Une autre solution est alors d'appliquer la loi du pays où la contrefaçon est reçue. On peut en effet soutenir que la contrefaçon, émise à l'étranger, est néanmoins commise en Belgique dans la mesure où elle est accessible en Belgique et produit donc ses effets dommageables en Belgique¹²⁴.

Certains auteurs affinent cette théorie en préconisant une multiplicité de facteurs de rattachement subsidiaire¹²⁵ (le premier critère désignant l'application de la loi de l'Etat où le dommage causé par l'atteinte au droit s'est produit, à la condition qu'il fût prévisible qu'un dommage puisse être causé dans ce pays; si cela n'était pas prévisible, ce sera la loi du pays d'émission, et si ces deux critères de rattachement

ne peuvent être appliqués, ce sera la loi du pays où le défendeur a sa résidence habituelle).

123. On remarquera que si l'application du droit international privé belge aboutit à désigner une loi étrangère comme loi applicable à l'atteinte au droit d'auteur sur Internet, cette loi étrangère ne sera quand même pas applicable dans deux cas:

- si son contenu apparaît contraire à l'ordre public international belge, c'est-à-dire contraire à un principe considéré par le législateur comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique¹²⁶. On pourrait imaginer d'invoquer cette règle à propos de certains droits de l'auteur (notamment les droits moraux) ;
- en cas de fraude à la loi: l'application de la loi étrangère désignée par les règles de droit international privé sera écartée s'il apparaît qu'une partie a volontairement tenté de manipuler les règles de conflits de lois afin d'éviter la loi normalement compétente.

6.5. Quand les tribunaux belges sont-ils compétents en cas d'atteinte aux droits d'auteur sur Internet?

124. Sans entrer dans le détail de cette question, on retiendra que lorsque le contrefacteur est domicilié dans la Communauté européenne ou un État de l'AELE¹²⁷, la question du tribunal compétent se détermine en application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 (conclue entre les pays de la CEE et les pays de l'AELE/EVA). En principe, il résulte de ces conventions que le défendeur domicilié dans un État contractant doit être attrait devant les tribunaux de cet État.

Toutefois, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle (et donc en matière d'atteinte au droit d'auteur), le demandeur (le titulaire des droits d'auteur) a le

¹²² Cfr. à ce sujet, E. MONTERO, "Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexacts sur Internet", in *Internet face au droit*, Namur, coll. CRID, 1997, p.121.

¹²³ Cfr. not. LAMY 1998, n°2295.

¹²⁴ En ce sens, en France, TGI Draguignan, 21 août 1997, *Bull.Lamy*, 1997, p.25, où le Tribunal remarque: "que les moyens tirés de l'hébergement d'informations et du lieu de leur émission ne peuvent prospé-

rer en ce qu'ils impliquent nécessairement une réception de renseignements offerts auprès du public dans une sphère territoriale soumise à l'application de la loi nationale en vigueur".

¹²⁵ DESSEMONTET, "Internet, le droit d'auteur et le droit international privé", *Sweizerische Juristen-Zeitung*, 1996, pp.285-294.

¹²⁶ Cass., 27 février 1986, R.C.J.B., 1989, p.56.

¹²⁷ En Néerlandais, EVA (Europeese Vrijhandels Associatie).