

gevers die, naar wordt aangenomen, zelf openbaar maken.

Dit oordeel is ook in overeenstemming met het Agreed Statement bij artikel 8 van het W.I.P.O. Auteursverdrag:

«It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the "Berne Convention"».

Van auteursrechtinbreuk door vervelvoudiging en openbaarmaking door de Providers kan evenmin worden gesproken, nu de citaten van [F] *in casu* geen auteursinbreuk opleveren. Voor het overige hebben Scientology c.s. onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit het tegendeel kan blijken. De voorwaardelijke principale grief II kan niet tot vernietiging leiden.

13. Uit het vorenstaande vloeit voort dat [F] door haar relaas met de litigieuze citaten op haar website te plaatsen en geplaatst te houden geen inbreuk maakt op het auteursrecht. Evenmin is gebleken dat zij in de gegeven omstandigheden daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Feiten of omstandigheden, waaruit volgt dat zij zich anderszins onrechtmatig heeft gedragen, zijn onvoldoende onderbouwd.

Nu van inbreuk op het auteursrecht of onrechtmatig handelen van [F] te dien aanzien geen sprake is, is evenmin sprake van onrechtmatig handelen van de providers met betrekking tot het relaas van [F].

Gelet op hetgeen hierboven in rechtsoverweging 10 is overwogen, is er ook geen dreiging dat de (volledige) [G] *Affidavit* met bijlagen op de servers van de providers zullen worden geplaatst.

Dit brengt mee dat de incidentele grief 1 slaagt, evenals de incidentele grieven 2, 3, 4 en 5 voor zover die zijn gebaseerd op beweerde onrechtmatige gedragingen van de Providers, zodat het vonnis niet in stand kan blijven. Voor het overige behoeft op de incidentele en principale grieven, evenals de overige stellingen en wenen van partijen, bij gebrek aan belang, niet meer te worden ingegaan.

14. Aan het bewijsaanbod van partijen gaat het hof voorbij, nu dit niet terzake dienende is en/of onvoldoende gesubstantieerd en/of gespecificeerd.

15. De (voorwaardelijke) principale grief III en de incidentele grief VIII betreffen de in het vonnis uitgesproken compensatie van kosten. Het voorgaande brengt mee dat Scientology c.s. als de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij zullen worden verwezen in de kosten van het geding in eerste aanleg en van het principaal en het incidenteel beroep. De (voorwaardelijke) principale grief III faalt dan ook, terwijl de incidentele grief VIII slaagt.

Derhalve zal worden beslist als na te melden.

Het Gerechtshof,
in het incidenteel beroep:

– vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover de gevorderde verklaringen voor recht en de gevorderde bevelen (de in de inleidende dagvaarding vermelde vorderingen onder a, b, e subsidiair en f) jegens de Providers zijn toegewezen en de proceskosten zijn gecompenseerd; en te dien aanzien opnieuw rechtdoende:

– wijst af de vorderingen jegens de Providers (de in de appeldagvaarding vermelde vorderingen sub a, b, e en f);
– verwijst Scientology c.s. in de kosten...

[...]

Droit d'auteur *versus* liberté d'expression et responsabilité des fournisseurs de service sur l'Internet

L'arrêt statue sur l'appel interjeté contre le jugement du tribunal d'arrondissement de La Haye du 9 juin 1999⁽¹⁾ rendu dans l'affaire opposant l'Église de scientologie à Mme K. Spaink et à une vingtaine d'Internet Service Providers (ou fournisseurs de services sur Internet, ci-après «ISP»), en particulier des fournisseurs d'hébergement. Cette décision vient enrichir la jurisprudence relative aux conflits entre droit d'auteur et liberté d'expression, ainsi que celle qui porte sur la responsabilité des fournisseurs de service sur l'Internet du fait de l'hébergement de contenus contrefaisants et de liens hypertexte pointant vers ces contenus. Pour en comprendre les termes, il convient de retracer brièvement les faits.

Les faits

Une internaute, Mme Spaink, avait exposé sur plusieurs pages web des extraits de textes appartenant à l'Église de scientologie, lesquels extraits provenaient de révélations faites auparavant par un ancien membre de l'Église lors d'une procédure judiciaire menée aux États-Unis. Il s'agissait d'œuvres de Ron Hubbard, fondateur de l'Église de scientologie, respectivement intitulées *Operating Thetan II* et *Operating Thetan III*. Initialement accessibles dans leur intégralité, ces textes avaient été retirés le 23 février 1996 à la suite des sommations de l'Église et remplacés par des articles rédigés par Mme Spaink elle-même qui n'en mentionnait plus que de courts extraits en guise d'illustration. L'Église estimait que la mise en ligne de ces extraits sans son autorisation et l'établissement d'hyperliens vers ceux-ci entraînaient une violation de ses droits exclusifs, et plus exactement du droit de publication («openbaarmaking» en droit hollandais), aussi bien par l'exploitante du site que par les ISP. Elle avait donc assigné l'exploitante du site ainsi qu'une série de fournisseurs de services dont XS4All et Dataweb qui hébergeaient les publications litigieuses et offraient des liens vers celles-ci. Elle entendait obtenir la cessation de l'atteinte à ses droits d'auteur.

La demande avait donné lieu à une première décision rendue en référé par le président du tribunal d'arrondissement de La Haye⁽²⁾ suivie d'un jugement rendu au fond par le tribunal d'arrondissement de La Haye. Appel a ensuite été interjeté contre cette dernière décision, respectivement par l'Église de scientologie, à titre principal, et par Mme Spaink accompagnée d'une dizaine d'ISP, à titre incident et a donné lieu à l'arrêt annoté.

Droit d'auteur *versus* liberté d'expression

Devant la cour, les publications antérieures à 1996 n'ont pas soulevé de difficultés; elle a estimé, de manière assez discutable d'ailleurs, que l'Église n'avait plus d'intérêt à agir vu l'absence de risque de récidive.

S'agissant des publications postérieures, la cour a conclu à l'absence

(1) Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage, 9 juin 1999, *Computerrecht*, 1999/4, p. 200, note P.B., HUGENHOLTZ;

Mediaforum, 1999, note VISSER; *AMI*, 1999, note K. KOELMAN; *B.I.E.*, 1999, p. 458, note A. QUAAEDVLIEG.

(2) President Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage, 12 mars 1996, *Computerrecht*, 1996/2, p. 73, note D.W.F. VERKADE.

d'acte illicite au terme d'un raisonnement en deux étapes.

1. Une atteinte aux prérogatives de l'auteur? Oui

Dans un premier temps, elle a statué sur l'atteinte portée au droit d'auteur et sur le bénéfice éventuel de l'exception de citation invoquée par Mme Spaink et les ISP (article 15a de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur). Parmi les conditions d'application de l'exception figure celle d'une publication licite préalable (l'œuvre doit être «rechtmatig openbaar gemaakt»). Il faut savoir à cet égard que les documents litigieux avaient déjà connu une certaine diffusion. D'abord parmi les membres de l'Église, même si ceux-ci étaient tenus au secret, ensuite via les copies que le public avait pu obtenir auprès de la District Court of California dans le cadre d'une procédure judiciaire impliquant l'Église. Or, aux yeux de la cour, ni l'une ni l'autre n'ont constitué une publication licite au sens de l'article 15a. La cour a donc rejeté l'argument et a constaté l'existence d'une atteinte au droit d'auteur dans le chef de l'internaute. Cette interprétation relativement stricte de la condition de «publication» – notion que le droit belge ignore en tant que prérogative de l'auteur – serait très vraisemblablement suivie en Belgique pour l'application des dispositions en matière d'exceptions (art. 21 et 22 de la loi sur le droit d'auteur) qui exigent que l'œuvre ait été «licitement publiée».

2. Un acte illicite au regard des exigences tirées de la liberté d'expression? Non

Néanmoins, dans un second temps, la cour ajoute que, bien qu'il puisse être question d'une atteinte au droit d'auteur, sa mise en œuvre («handhaving») doit, dans certaines circonstances, s'incliner devant la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la Convention). Et la cour d'en déduire qu'en diffusant les textes en ligne, l'internaute n'a pas commis d'acte illicite.

Le recours à l'article 10 de la Convention en tant que limite au

champ de protection du droit d'auteur constitue certainement la partie la plus remarquable de la décision. Certes, l'idée n'est pas neuve. Dans l'arrêt *Dior v. Evora* (1995), pour ne citer que cette décision néerlandaise, le Hoge Raad avait déjà estimé, après avoir conclu à l'inapplication des diverses exceptions reprises dans la liste légale, qu'il pouvait y avoir lieu à faire exception au droit d'auteur dans d'autres cas, dès lors qu'une balance des intérêts, semblable à celle qui sous-tend les exceptions légales, faisait prévaloir d'autres valeurs et principes. La doctrine hollandaise avait vu dans cet arrêt la reconnaissance jurisprudentielle d'une «soupape» un peu similaire au «fair use» du droit américain⁽³⁾. Mais cette faculté de créer des exceptions *ad hoc* basées sur des balances d'intérêts n'avait apparemment jamais été confirmée par une cour d'appel (et en première instance, une seule décision dans une affaire mettant en œuvre le Fonds Anne Frank avait fait prévaloir la liberté d'expression, mais pour se faire réformer en appel)⁽⁴⁾. Le problème demeure donc exceptionnel, même si l'argument de la liberté d'expression est souvent agité par les défenseurs.

En l'espèce, la cour de La Haye a vérifié si la mise en œuvre du droit d'auteur par le biais d'une interdiction de publication, respectait les limites à la liberté d'expression fixées dans l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention, à savoir que la restriction était prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique et proportionnelle à l'objectif poursuivi. Elle a estimé que, compte tenu des circonstances de la cause, la mesure ne satisfaisait pas les conditions de nécessité et de proportionnalité requises. Compte tenu des circonstances de la cause... et aussi, peut-être un peu, du sentiment d'antipathie suscité par l'ayant droit⁽⁵⁾. La lecture des motifs indique que l'aspect antidémocratique des conceptions régnantes au sein de l'Église, révélé par certains témoignages, fut déterminant pour faire prévaloir la liberté d'expression. L'absence de but commercial dans le chef des prétendus contrefacteurs a également été prise en compte. Précisons toutefois, sur ce dernier point, que l'information de nature commerciale

n'est pas exclue de la protection de l'article 10 de la Convention, la jurisprudence de Strasbourg est claire à ce sujet, mais qu'elle bénéficie en principe d'un degré de protection moindre.

Si les juridictions européennes montrent en général une certaine réticence à limiter le droit d'auteur par la liberté d'expression, l'idée ne doit pourtant pas étonner. En effet, dès lors que le droit d'auteur octroie des droits exclusifs ayant trait à des œuvres véhiculant de l'information, le conflit entre les deux droits existe toujours en germe. C'est d'ailleurs pour cette raison que toutes les législations relatives au droit d'auteur s'efforcent d'établir un équilibre entre les intérêts des ayants droit d'une part et les intérêts du public ou l'intérêt public d'autre part, en instaurant, notamment, des exceptions au profit des utilisateurs. Tel est le cas de l'exception de citation, qui est fondée sur la liberté d'expression. Lorsque le droit d'auteur est délibérément mis en œuvre en tant que moyen de censure afin d'empêcher la discussion, comme cela était le cas en l'espèce, il s'impose de faire prévaloir les exigences de la libre parole⁽⁶⁾.

La responsabilité des ISP

La cour avait aussi à se prononcer sur l'éventuelle responsabilité des ISP du fait de l'hébergement des publications prétendues contrefaisantes ainsi que d'hyperliens pointant vers ces documents. L'arrêt décide logiquement que, dans la mesure où l'internaute n'a pas commis d'acte illicite, pour les motifs évoqués plus haut, il ne saurait être question d'une complicité à un acte illicite (*contributory infringement*) dans le chef de l'ISP. Par conséquent, l'arrêt réforme le jugement *a quo* sur ce point.

À cet égard, le juge de première instance avait déclaré, en se fondant sur une obligation de prudence («zorgvuldigheid»), que l'ISP qui était mis au courant du fait qu'un usager avait mis en ligne du contenu portant atteinte au droit d'auteur ou avait placé des hyperliens vers ces contenus, alors même qu'il ne pouvait raisonnablement douter de l'exactitude de la mise en demeure, commettait lui-même un

(3) Hoge Raad, 20 octobre 1995, *NJ*, 1996, p. 682.

(4) Nous nous basons ici sur les remarques de K. KOELMAN, note sous cet arrêt, *Computerrecht*, 2003/06, p. 357 (qui renvoie à Pres. Rb. Amsterdam,

12 nov. 1998, *Mediaforum* 1999, p. 39 (note HUGENHOLTZ); Hof Amsterdam, 8 juillet 1999, *Informatierecht/AMI*, 1999, p. 116 (note HUGENHOLTZ) (*Anne Frank Fonds t. Parool*).

(5) En ce sens également, K. KOELMAN, *op. cit.*, p. 358.

(6) Sur cette considération, voy. E. DOMMERING, «De Thetanen van Scientology en de Übermensen van *Mein Kampf*», note sous cet arrêt. Disponible sur <http://www.ivir.nl/publicaties/dommering/netkwesties.thetanen.html>.

acte illicite s'il n'intervenait pas. Par conséquent, l'ISP devait retirer aussi rapidement que possible tout contenu illégal de ses serveurs, ou du moins le rendre inaccessible, et ce sous astreinte. Et le tribunal d'ajouter que l'ISP devait faire connaître à l'ayant droit qui le demande, dans les trois jours à compter de cette demande, le nom et l'adresse des usagers qui ont placé l'information illicite en ligne. Pour le juge, la circonstance que les documents étaient accessibles directement ou via l'activation d'un hyperlien n'avait pas d'importance. La cour d'appel de La Haye a jugé qu'il s'agissait d'une mesure disproportionnée non autorisée par l'article 10, alinéa 2, de la Convention.

Ce jugement, qui intervenait alors que la directive relative au commerce électronique n'existait qu'à l'état de proposition, avait pourtant eu un impact au-delà des frontières néerlandaises. Ainsi, dans l'affaire opposant l'I.F.P.I. à Skynet, en première instance, le tribunal de commerce de Bruxelles s'était-il fondé sur la décision pour condamner l'hébergeur⁽⁷⁾. Le jugement avait toutefois été réformé en appel.

La question de la responsabilité du fait des hyperliens est particulièrement délicate. Dans l'espèce annotée, vu l'absence d'acte illicite dans le chef de l'internaute, la cour a pu écarter la responsabilité de l'ISP sans devoir se prononcer sur les conditions de sa responsabilité, que ce soit par référence à la directive ou à une obligation de prudence. Néanmoins, l'on peut se demander ce qu'il serait advenu des obligations de l'ISP si la balance avait penché de l'autre côté.

La directive 2000/31 ne règle pas expressément la question⁽⁸⁾. Tout au plus lit-on à l'article 21 que la Commission doit présenter un rapport qui, entre autres, examine la nécessité d'adapter la directive et analyse la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournis-

seurs de liens hypertexte et de services de moteur de recherche, les procédures de notification et de retrait et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu. Ce rapport a été rendu le 21 novembre 2003⁽⁹⁾. Il en ressort que la Commission semble se satisfaire de la jurisprudence en la matière et qu'une intervention législative n'est pas encore au programme.

Une chose est certaine. L'hyperlien créant un maillon supplémentaire dans la chaîne des responsabilités, les obligations mises à charge de l'ISP en ce qui le concerne ne sauraient être plus sévères qu'à l'égard de l'hébergement de tout autre contenu illicite. Or, on sait qu'en droit belge, depuis l'adoption de la loi du 11 mars 2003 qui transpose la directive 2000/31, l'ISP bénéficie d'une exonération de responsabilité conditionnelle pour ses activités d'hébergement. L'article 20 de la loi (article 14 de la directive) prévoit en effet que le fournisseur d'hébergement n'engagera sa responsabilité que lorsqu'il sait que l'activité est illicite ou qu'il a «une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile, de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information» et qu'il n'agit pas promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Ce «havre de responsabilité» couvre aussi bien la responsabilité pénale que civile de l'hébergeur, directe ou à titre accessoire, par exemple en tant que complice. Par ailleurs, selon l'article 21 (article 15 de la directive), les ISP n'ont aucune obligation générale de surveillance sur les informations qu'ils transmettent ou stockent. Les raisons sont évidentes. Une telle obligation entraînerait une charge disproportionnée pour les prestataires intermédiaires et serait préjudiciable au développement de la société dite de l'information. Toutefois, l'article 21

n'empêche pas les autorités compétentes d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique clairement défini par la loi. Par exemple, une injonction du juge à la suite de la plainte d'un ayant droit qui s'estime lésé.

Des textes, il apparaît clairement que l'ISP ne peut rester inactif lorsque la présence d'un contenu illicite lui est notifiée et le fait qu'il s'agisse d'un lien illicite n'y change rien. Mais qu'en est-il du seuil de connaissance exigé? Quelle est la procédure à suivre? Le diable est dans les détails de l'application de ces règles. Par ailleurs, si l'un d'eux est averti par l'ayant droit d'une prétendue atteinte à ses droits, doit-il automatiquement retirer le contenu ou le lien?

Sur ces questions discutées, la directive est tout aussi muette, si ce n'est en son article 21.2 qui commande à la Commission d'analyser la nécessité de présenter des propositions relatives aux procédures de notification. Tout comme la directive (article 16 et considérant 40), le rapport susmentionné du 21 novembre 2003 privilégie l'autorégulation dans ce domaine⁽¹⁰⁾. Le rapport indique que, hormis la Finlande qui a prévu une procédure de notification et de retrait spécifique aux infractions au droit d'auteur, les États membres ont opté pour l'autorégulation. Signalons à ce propos la procédure mise en place en Belgique par le protocole de coopération conclu entre l'administration belge et l'association belge des fournisseurs d'accès à internet (I.S.P.A.)⁽¹¹⁾. Du côté de la jurisprudence, l'on remarque une tentative de combler ce vide. Ainsi la cour d'appel de Bruxelles a-t-elle déjà été amenée à proposer une procédure de notification et de retrait très précise dans l'affaire *I.F.P.I. contre Skynet*⁽¹²⁾.

Grégoire Gathem^(*)
et Alain Strouel^(**)

(7) Comm. Bruxelles, 2 novembre 1999, *Computerrecht*, 2000, p. 36.

(8) L'intervention du législateur européen se voulait limitée à ce qui est strictement nécessaire pour empêcher les obstacles à la libre fourniture des services entre États membres. Certains pays ont par contre décidé de prévoir des limitations de responsabilité pour les fournisseurs de liens hypertexte et de service de moteurs de recherche. C'est le cas de l'Espagne, de l'Autriche, du Portugal et du Liechtenstein (membre de l'E.E.E.). Voy. aussi le Digital Millennium Copyright Act (DMCA) art. 512,

d. Notons enfin que les Pays-Bas n'ont pas encore transposé la directive. Celle-ci devrait toutefois intervenir dans un avenir très proche.

(9) Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, Bruxelles, 21 novembre 2003, COM(2003) 702.

(10) L'Islande (membre de l'E.E.E.) a également instauré une procédure de notification et de retrait.

(11) Document disponible sur <http://www.ispa.be/en/c040201.html>. Voy. en particulier les articles 3 et 4.

(12) Bruxelles, 13 février 2001, *A&M*, 2001, p. 279 à 283.

(*) Assistant de recherche aux Facultés universitaires Saint-Louis et assistant au centre de droit des obligations de l'U.C.L.

(**) Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et à l'ULg., avocat.