

# L'impact d'Internet sur la protection du droit d'auteur

Julien Cabay (ULB)

[icabay@ulb.ac.be](mailto:icabay@ulb.ac.be)

Alain Strowel (USL-B et UCLouvain)

[alain.strowel@uclouvain.be](mailto:alain.strowel@uclouvain.be)



# Plan de l'exposé

- I. L'originalité (protection)
- II. L'emprunt coupable (contrefaçon)
- III. L'impact d'Internet

# I. L'originalité (protection)

# I. L'originalité (protection)

- Droit UE
  - CJUE, *Infopaq*, C-5/08
    - Directive 2001/29 : pas d'harmonisation
    - « création intellectuelle propre à son auteur » ds autres directives (programmes d'ordinateur, bases de données, photographies)
    - Critère unique (§§ 31-37)
  - CJUE, *Painer*, C-145/10
    - « choix libres et créatifs » (§ 89)
    - « touche personnelle » (§ 92)
  - CJUE, *Football Dataco*, C-173/11
    - Définition en creux : le critère de l'originalité « n'est pas rempli lorsque la constitution de la base de données est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative » (§ 39)

# I. L'originalité (protection)

- Droit belge
  - Cass. 27 avril 1989 et s.
    - « marque d'une personnalité » (qualitatif)
    - « effort intellectuel » (quantitatif)
  - Cass. 26 janvier 2012
    - « création intellectuelle propre à son auteur »
    - « pas l'empreinte de la personnalité » !
  - Cass. 31 octobre 2013, 17 mars 2014, 14 décembre 2015
    - « création intellectuelle propre à son auteur »
    - « empreinte de la personnalité »
    - « choix libres et créatifs »

# I. L'originalité (protection)

- En pratique : recours aux antériorités
  - Originalité ≠ nouveauté, mais...
    - ... nouveauté -> souvent originalité
    - ... absence de nouveauté -> souvent pas originalité
      - Similarités + possibilité de connaissance = « présomption de copie »
      - Non irréfutable : « création indépendante »
      - Cf. Cass. 3 septembre 2009 (contrefaçon) :  
  
« Si une œuvre présente des **ressemblances importantes avec une œuvre existant antérieurement**, il appartient au juge du fond d'examiner si ces ressemblances avec l'œuvre plus ancienne sont fortuites ou résultent d'emprunt conscients ou inconscients à cette œuvre et qu'une infraction est ainsi commise aux droits d'auteur. En cas de **ressemblances suffisantes** entre les éléments originaux des deux œuvres, l'auteur de l'œuvre la plus récente est tenu de renverser la **présomption de reproduction** en rendant plausible le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance. »
- Cf. également CJUE, *Gautzsch Großhandel*, C-479/12 (dessin ou modèle communautaire non enregistré ; contrefaçon)

# I. L'originalité (protection)

- Charge de la preuve (UE)
  - Rien dans les directives -> droit national ? Mais...
  - ... CJUE, *Oberbank*, C-217/13 et C-218/13 (marques) :  
« (...) si la question de la charge de la preuve du caractère distinctif acquis par l'usage d'une marque dans le cadre d'une procédure en nullité visant ladite marque relevait du droit national des Etats membres, il pourrait en résulter, pour les titulaires de marques, une protection variable en fonction de la loi concernée, de sorte que l'objectif d'une "même protection dans la législation de tous les Etats membres", visé au considérant 10 de la directive 2008/95 et qualifié de "fondamental" par celui-ci, ne serait pas atteint » (§ 67)
  - *Ratio legis* -> transposable en droit d'auteur



# I. L'originalité (protection)

- Charge de la preuve
  - Cf. Mons, 3 février 2014 :  
*« (...) Dès lors que 1° celui qui revendique la protection du droit d'auteur a décrit où réside l'originalité de son œuvre prétendument contrefaite et que 2° celui qui la conteste a prouvé l'existence de créations antérieures, 3° il appartient au premier de réfuter ces antériorités. (...) »*

# I. L'originalité (protection)

- Charge de la preuve
  - 1° Demandeur identifie éléments originaux
  - **2° Défendeur produit antériorité(s)**
    - Antériorité
    - (Similarité)
    - Possibilité de connaissance ?
  - 3° Demandeur réfute :
    - Antériorité = postériorité ou pas date certaine
    - (Absence de similarité)
    - Création indépendante

# I. L'originalité (protection)

- 2° Défendeur produit des antériorités
  - Antériorité
    - Preuve date : toutes voies de droit
    - Postériorités ? En principe non, mais...
    - ... mais Cass. 14 décembre 2015 : la LDA « (...) n'exclut pas que, dans certaines circonstances, le tribunal puisse tenir compte d'œuvres postérieures pour apprécier la banalité de l'œuvre litigieuse »

# I. L'originalité (protection)

- 2° Défendeur produit des antériorités
  - Possibilité de connaissance ?
    - Pas expressément requis
    - Ex. Bruxelles, 15 février 2008 :

*« Il incombe à celui qui soutient que l'œuvre évoquée n'est pas originale (...) de prouver l'existence de créations antérieures (...). Il profitera (...) d'une **présomption** de l'homme **selon laquelle l'auteur sera regardé comme ayant repris** dans son travail tel ou tel élément relevé dans des **créations antérieures (...)** »*

# I. L'originalité (protection)

- Charge de la preuve
  - 1° Demandeur identifie éléments originaux
  - 2° Défendeur produit antériorité(s)
    - Antériorité
    - (Similarité)
    - Possibilité de connaissance ?
  - **3° Demandeur réfute**
    - Antériorité = postériorité ou pas date certaine
    - (Absence de similarité)
    - Création indépendante

# I. L'originalité (protection)

- 3° Demandeur réfute
  - Antériorité = postériorité ou pas date certaine
    - Ex. Bruxelles, 5 février 1998, *Ing.-Cons.*, 1998, p. 89 :  
« Que les modèles “Deauville” et “Ascot” présentent quant à eux des grandes ressemblances avec le modèle “Longchamp” [...] ; qu’il ressort cependant d’un courrier de la société Selfmade qui les commercialise qu’ils n’ont été mis sur le marché qu’à partir de juin 1996, en telle manière qu’ils ne paraissent pas antérieurs au modèle “Longchamp” »

# I. L'originalité (protection)

- Charge de la preuve
  - 1° Demandeur identifie éléments originaux
  - 2° Défendeur produit antériorité(s)
  - **3° Demandeur réfute**
    - Antériorité = postériorité ou pas date certaine
    - (Absence de similarité)
    - Création indépendante

# I. L'originalité (protection)

- 3° Demandeur réfute

- Création indépendante

- Ex. Bruxelles, 15 septembre 2000 :

*« (...) les douze premières notes de 'Nuit d'été à Yxos' (quatre mesures) sont la **reproduction fidèle** des premières mesures d'une chanson de Salvatore Adamo intitulé 'Si tu étais'. Que la chanson d'Adamo, étant **antérieures** de plusieurs années à la 'Nuit d'été à Yxos' et ayant connu un **succès certain en Belgique**, Pascal Wathelet **ne pourrait prétendre en pas en avoir eu connaissance** ; Que Pascal Wathelet ne peut donc invoquer **aucune originalité** pour ce passage de son œuvre »*



# I. L'originalité (protection)

- Charge de la preuve
  - 1° Demandeur identifie éléments originaux
  - 2° Défendeur produit antériorité(s)
    - Similarités importantes -> présomption de copie (// Cass. 2009)
    - Similarités + possibilité de connaissance -> présomption de copie (juges du fond)
  - 3° Demandeur réfute
    - « (...) en rendant plausible le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance » (// Cass. 2009)

## II. L'emprunt coupable (contrefaçon)

## II. L'emprunt coupable (contrefaçon)

- Rien en droit UE
  - Mais dessin ou modèle communautaire non enregistré
    - Art. 19, § 2 Règlement 6/2002
      - Copie
      - Création indépendante
    - CJUE, *Gautzsch Großhandel*, C-479/12 (dessins ou modèles)
      - Possibilité de prouver par présomption
    - *Ratio legis* -> transposable droit d'auteur
- Charge de la preuve
  - Idem *Oberbank (supra)*
    - CJUE, *Class International*, C-405/03 (marques)
    - CJUE, *Gautzsch Großhandel*, C-479/12 (dessins ou modèles)

## II. L'emprunt coupable (contrefaçon)

- Droit belge

- Cass. 3 septembre 2009

« Si une œuvre présente des **ressemblances importantes avec une œuvre existant antérieurement**, il appartient au juge du fond d'examiner si ces ressemblances avec l'œuvre plus ancienne sont fortuites ou résultent d'emprunt conscients ou inconscients à cette œuvre et qu'une infraction est ainsi commise aux droits d'auteur. En cas de **ressemblances suffisantes** entre les éléments originaux des deux œuvres, l'auteur de l'œuvre la plus récente est tenu de renverser la présomption de reproduction en rendant plausible le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance. »

## II. L'emprunt coupable (contrefaçon)

- Charge de la preuve
  - 1° Demandeur établit emprunt
    - Similarités importantes -> présomption de copie (Cass. 2009)
    - Similarités + possibilité de connaissance -> présomption de copie (juges du fond)
  - 2° Défendeur réfute
    - « (...) en rendant plausible le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance » (Cass. 2009)

### III. L'impact d'Internet

# III. L'impact d'Internet

- 1° Augmentation considérable du nombre d'antériorités
- 2° Recherche accélérée et simplifiée des antériorités
- 3° Antériorités accessibles et donc toujours possibilité de connaissance

# III. L'impact d'Internet

- Ex. : Anvers, 25 juin 2007

« (...) De appellanten **betwisten** dat de naam 'De Sterrenplukkers' de **originaliteittoets** doorstaat om auteursrechtelijk beschermd te worden. **Een opzoeking op internet** zou leren dat 'de Sterrenplukkers' tevens de naam is van een cursus bij de Volksterrenwacht, van een radioprogramma op Radio 2, van een school, van een vankantiebeurs, van een titel voor een toneelopvoering, van een deel van een titel voor een kinderboek, van een organisatie die een droomdag voor zieke kinderen organiseert en van een domeinaam van een Amerikaanse firma of privé-persoon. (...) »



# III. L'impact d'Internet

- Ex. : Comm. Bruxelles (cess.), 15 mai 2013

**« Verweerster maakt niet aannemelijk dat zij het eerdere werk niet kende of er redelijkerwijs geen kennis van kon krijgen, wel integendeel. Dit blijkt uit : (...)**

**-de fabrikant 'Bepacked' is fabrikant van enkele proefverpakkingen van eiseres en heeft deze verpakkingen op haar website geplaatst (...)** »

# III. L'impact d'Internet

- Conséquences sur la charge de la preuve originalité
  - 1° Demandeur identifie éléments originaux
  - 2° Défendeur réfute avec antériorités Internet
    - Preuve date ?
  - 3° Possibilité pour le demandeur de réfuter ?
    - Similarités + possibilité de connaissance (toujours ?) -> présomption de copie (toujours ?)

# III. L'impact d'Internet

- Conséquences sur la charge de la preuve emprunt coupable
  - 1° Œuvre du demandeur sur Internet
    - Preuve date ?
  - 2° Possibilité pour le défendeur de réfuter ?
    - Similarités + **possibilité de connaissance (toujours ?)** -> présomption de copie (toujours ?)

# III. L'impact d'Internet

- Date antériorité ?
  - Comp. CA Paris, 6 juillet 2012 :

*« (...) Considérant enfin que l'impression d'écran d'une page d'un site Internet mentionnant le nombre de consultations en ligne du roman litigieux depuis sa publication n'établit pas davantage que celui-ci ait été diffusé sur Internet avant la diffusion en 2009 et en 2010 des épisodes en cause de la série 'Plus belle la vie' ; qu'en effet, bien au contraire, le graphique statistique du nombre total de consultations en ligne du roman depuis sa publication (473) ne commence qu'au mois de janvier 2011. (...) »*

# III. L'impact d'Internet

- Date antériorité ?
  - Distinction :
    - Antériorité = info disponible sur page Web
    - **Antériorité = page Web**
  - Horodatage électronique
  - Archivage électronique
    - Internet Archive, The Way Back Machine
    - <https://archive.org>

# III. L'impact d'Internet

- Possibilité de connaissance ?

- Comp. CJUE, 13 février 2014, *Svensson c. Retriever Sverige*, C-466/12, §§ 25-26

- « 25. En l'occurrence, il doit être constaté que **la mise à disposition des œuvres concernées au moyen d'un lien cliquable, telle celle au principal, ne conduit pas à communiquer les œuvres en question à un public nouveau.**

- 26. En effet, le public ciblé par la communication était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, car, **sachant que l'accès aux œuvres sur ce site n'était soumis à aucune mesure restrictive, tous les internautes pouvaient donc y avoir accès librement.** »

# III. L'impact d'Internet

- Possibilité de connaissance ?

- Comp. CJUE, 13 mai 2014, *Google c. AEPD*, C-131/12 :

- « 36. En outre, il est constant que cette activité **des moteurs de recherche** joue un rôle décisif dans la diffusion globale desdites **données** en ce qu'elle **rend celles-ci accessibles à tout internaute** effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée, **y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page web** sur laquelle ces mêmes données sont publiées. (...) »

# III. L'impact d'Internet

- Possibilité de connaissance ?
  - Comp. USA
  - *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 361 (1991): «To establish infringement, two elements must be proven: (1) ownership of a valid copyright, and (2) copying of constituent elements of the work that are original.»
    - Access
      - «**“Access” is defined as sufficient dissemination of the work to create a reasonable possibility that the defendant experienced it [...]** “access” is defined as the reasonable opportunity to see a work ; it is not properly defined as proof that the defendant actually saw the work.»
    - + Substantial similarities



# III. L'impact d'Internet

- Possibilité de connaissance ?
  - *Chafir v. Carey*, No. 06-3016, 2007 WL 2702211 (S.D.N.Y. 2007):  
  
«[...] the fact that Plaintiff's Song was available on a publicly accessible website does not prove access, because there is no evidence that Defendants actually visited the website on which Plaintiff's Song was posted».

# III. L'impact d'Internet

- Possibilité de connaissance ?

- *O'Keefe v. Ogilvy & Mather Worldwide, Inc.*, 590 F.Supp.2d 500 (S.D.N.Y. 2008) :

«As proof of access, a plaintiff may show that (1) the infringed work has been widely disseminated [...]. There is no dispute that O'Keefe's work was not "widely disseminated" within the meaning of the case law. Indeed, the mere fact that O'Keefe's work was posted on the internet prior to the creation of defendant's work is insufficient by itself to demonstrate wide dissemination.»

# III. L'impact d'Internet

- Possibilité de connaissance ?
  - *Building Graphics, Inc. v. Lennar Corp.*, 866 F.Supp.2d 530, 541 (W.D.N.C. 2011), *aff'd* No. 11-2200 (4th Cir. 2013).
  - « (...) the Court will not infer merely from the availability of a sizable body of information – in this case, the whole of the Internet – a reasonable probability of access to the specific, copyrighted work embedded within »

# III. L'impact d'Internet

- Possibilité de connaissance

- *Art Attacks Ink, LLC v. MGA Entertainment Inc.*, 581 F.3d 1138 (9th Cir. 2009) :

«Art Attacks also contends that its website widely disseminated the Spoiled Brats designs. Although we recognize the power of the internet to reach a wide and diverse audience, the evidence here is not sufficient to demonstrate wide dissemination. Art Attacks launched its website in 1996, during the early years of common internet use. The image-heavy website took two full minutes to fully load. Even then, the spoiled Brats design was only one of several images on the page. Viewers would not see the Spoiled Brats design without scrolling down on the page. Furthermore, **the webpage did not include “meta tags” that would identify the Art Attacks site to internet search engines**. As a result, a potential viewer who typed “Spoiled Brats” into a search field would likely not encounter the Art Attacks page. A website with such limitations could not have widely disseminated the copyrighted Spoiled Brats material.»

# III. L'impact d'Internet

- Possibilité de connaissance ?

- *Briggs v. Blomkamp*, No. C 13-4679, 2014 WL 4961396 (N.D. Cal. 2014) :

«In plaintiff's view, Blomkamp, who is credited with writing "Elysium," is "most likely the infringer" because (a) triggerstreet.com is a website for short filmmakers and screenwriters; (b) in 2007 Blomkamp was exclusively a short filmmaker, who was based in Los Angeles (home of Trigger Street); (c) Blomkamp was "perhaps the most social media savvy short filmmaker in the world – and living in the screenwriting hub of the world;" and (d) plaintiff was a screenwriter.»

«Even assuming for the sake of argument that these factual assertions are judicially noticeable and/or supported by evidence, together they do no more than suggest a bare possibility of access, which is insufficient to sustain a copyright infringement claim. Plaintiff has not provided evidence of a chain of events sufficient to establish a reasonable possibility of access.»

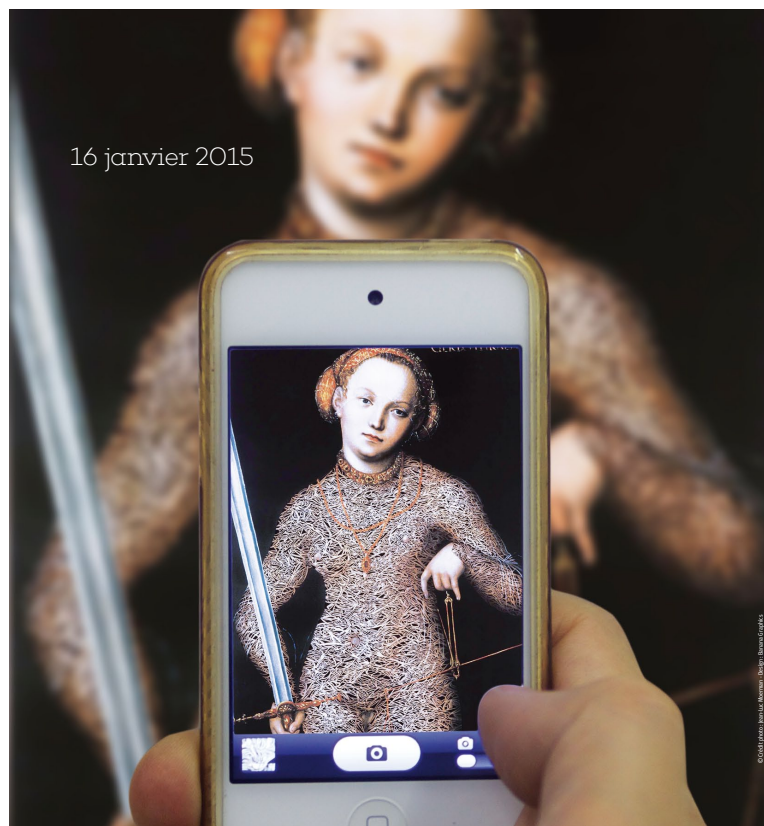
# III. L'impact d'Internet

- Cass. 2009 : « (...) en rendant plausible le fait qu'il ne connaissait pas l'œuvre antérieure ou qu'il ne pouvait raisonnablement en avoir connaissance » ?
  - Seuil critique de vues, « likes », « followers » ?
  - Référencement par les moteurs de recherche ?
  - Tatouages numérique des œuvres ?
  - Historique des consultations ?
  - (...)

# III. L'impact d'Internet

- Conséquences potentielles sur la création
  - Risque accru d'absence d'originalité
  - Risque accru de contrefaçon
  - Risque accru de « chilling effect »
- Balises nécessaires
  - Approche sociologique >< approche technologique
  - Pas de confiance aveugle en la technologie
  - Respect de la vie privée
  - (...)

# III. L'impact d'Internet



20 ans de nouveau  
*droit d'auteur*

Conférence organisée par Julien CABAY (ULB), Véronique DELFORGE (SPF ECONOMIE), Virginie Pissard (ULB) et Maxime Lambrecht (UCL)

© www.20ansdroitdauteur.be ■ +32 2 650 38 72

Avec le soutien de **fnis**

et la collaboration de **ULB** **UCL** **LEUVEN**

J. Cabay, A. Strowel, « La nouveauté : un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », *in 20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 17-68