

Les œuvres en ligne en droit comparé : droits américain et français

Julien LACKER
avocat pré-stagiaire

D.E.S.S. Droit du Numérique et des Nouvelles Techniques
Paris I - Paris XI
Mémoire réalisé sous la direction du Professeur Pierre SIRINELLI

Mai 2003

Contact : JL.droit@laposte.net

Plan

Introduction

Section 1 - Les droits impliqués par la mise en ligne

§ 1 L'évidence : unanimité du droit d'auteur et du copyright

A) Le droit de reproduction

- 1) Principe
- 2) Exceptions

B) Le droit de représentation

§ 2 Désaccords et prospectives

A) Un passage difficile au numérique

- 1) La reconnaissance par le copyright d'un droit de distribution numérique
- 2) La limitation du droit de distribution communautaire aux exemplaires tangible

B) Vers un droit d'accès ?

Section 2 - Le contrôle de l'accès

§ 1 Les acteurs de l'accès

A) La facilitation de l'accès : les différents pointeurs

- 1) Liens
- 2) Moteurs de recherche et annuaires
- 3) Le "peer to peer"

B) La régulation de l'accès : les mesures techniques

- 1) La protection juridique des mesures techniques
- 2) La remise en cause des exceptions au droit d'auteur par la technique

§ 2 La lutte judiciaire contre l'accès frauduleux : l'action en contrefaçon

A) La cessation du trouble

- 1) L'efficacité de l'approche verticale américaine
- 2) La lenteur de l'approche horizontale européenne

B) La réparation

- 1) Les conditions de l'irresponsabilité
- 2) Les conditions de la responsabilité

Conclusion

Table des matières

Sitographie

Bibliographie

Articles et notes de doctrine

Table des textes et affaires cités

Annexe : exemple d'inline linking

Introduction

« Sous l'@, le © »¹, tel pourrait être le slogan des post révolutionnaires de l'Internet. *Napster* a été racheté par *Bertelsmann* et s'est placé sous la protection du chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites. La propriété intellectuelle s'affirme comme étant une des composantes de l'Internet. Elle est mise en œuvre dans toutes ces branches, avec plus ou moins de bonheur : le droit des brevets a été utilisé pour revendiquer un droit sur le lien hypertexte ; le droit des marques a été mis à contribution pour les noms de domaine. Le droit d'auteur s'applique également sur l'Internet ; il ne paraît plus possible de l'ignorer, même si celui-ci n'offre pas toujours son traditionnel caractère absolu² comme le démontre *Napster*³ et ses successeurs.

Le phénomène qu'est l'Internet est global, transfrontière. La communication est mondiale, instantanée, les données se propagent et sont reproduites à l'identique pour un coût de plus en plus bas, grâce à l'Internet. Ainsi, il paraît vain de vouloir appréhender le développement de la mise en ligne d'œuvres en se limitant à une loi nationale.

Le droit d'auteur français est un brillant représentant de la conception civiliste du droit latin ; son concurrent principal, le *copyright* américain issu du système de *common law* semble en être le complément indispensable pour une étude complète. Selon le professeur André Françon : « *La question de la comparaison entre le droit d'auteur et le copyright présente un intérêt permanent* ».⁴ C'est donc poussé tant par des raisons pratiques que pour permettre une analyse interactive et dynamique que l'on essaiera tout d'abord de déterminer en droits français et américain ce qu'est une œuvre en ligne et quelle est la logique qui l'a vue naître, puis de la regarder évoluer dans son élément : le réseau.

De nombreux contenus circulent sur les réseaux, tous ne sont pas soumis au droit d'auteur, il convient donc de distinguer une information d'une œuvre. Une œuvre doit être entendue comme une œuvre de l'esprit au sens de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle⁵ ou de l'article 17 U.S.C. 102⁶. Elle doit être originale.

¹ D'autres avant eux avaient découvert : « sous les pavés, la plage ».

² « *La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain* » selon Le Chapelier, cité par A. C. Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, Paris Jules Renouard, 1838, tome 1, p. 309.

³ La RIAA (*Recording Industry Association of America* représentant selon elle 90% des producteurs de disques américains) a signé un accord avec *Audiogalaxy*. La RIAA continue de lutter contre les clones de *Napster* notamment *StreamCast Networks* et son logiciel *Morpheus*, *Kazaa BV*, *Grokster*, *MP3Board* et *Madster*, anciennement connu sous le nom d'*Aimster*, selon une dépêche de CNET News.com du 18 juin 2002.

⁴ Françon André, *Le droit d'auteur : aspects internationaux et comparatifs*, Canada, Les Editions Yvon Blais Inc., 1992, p 111.

⁵ Le Code de la propriété intellectuelle est disponible sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?&commun=CPROIN&code=CPROINTL.rcv>>.

⁶ L'article 17 U.S.C. 102 précise « *original work of authorship* ». La loi américaine sur le *copyright* est codifiée au titre 17 de l'*United States Code* et est disponible sur <<http://www.copyright.gov/title17/index.html>>.

L'originalité est une condition d'accès au statut d'œuvre de l'esprit tant en *copyright* qu'en droit d'auteur. Les plus hautes juridictions américaine et française, se sont prononcées sur l'originalité. D'une part, l'arrêt *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service* a institué l'originalité comme la condition *sine qua non* du *copyright*,⁷ et a ainsi rejeté la théorie du « *sweet of the brow* ». ⁸ D'autre part l'arrêt *Pachot*⁹ a établi un régime d'originalité à géométrie variable en délaissant le critère traditionnel de l'empreinte de la personnalité de l'auteur, pour la « *marque d'un apport intellectuel* »¹⁰ en matière de logiciel.

L'œuvre doit être une création de forme. Les idées, principes et méthodes sont exclus du champ de la protection¹¹. La condition traditionnelle de fixation de la *common law* se pose avec moins d'acuité pour les créations en ligne.¹² L'œuvre, ainsi définie, n'est pas dans notre cas une œuvre quelconque, c'est une œuvre « branchée » car elle est *on-line*.

L'œuvre en ligne est une traduction littérale de « *work on-line* », il convient donc de se reporter à la définition anglaise de *on-line* : « *on-line : said of a service, etc: run with a direct connection to and interaction with a computer.* »¹³ On peut donc distinguer l'*on-line* de l'*off-line*, par la liaison à un réseau et le recours à un ordinateur.

L'œuvre en ligne sera donc entendue comme la création de l'esprit accessible depuis un ordinateur sur un autre ordinateur grâce à une connexion à un réseau.¹⁴ L'interconnexion d'ordinateurs est le début du réseau. L'Internet, le réseau des réseaux est le lieu par excellence de mise en ligne d'œuvres.

⁷ « *The sine qua non of copyright is originality* » : C'est une condition à valeur constitutionnelle pour le *copyright*. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340 (1991), disponible sur <<http://laws.findlaw.com/us/499/340.html>>.

⁸ littéralement « la sueur du front », cette expression est typiquement américaine, les anglais préfèrent parler de « *painstaking hard work* » voir *Football League v. Littlewoods Pools* [1959] Ch 637.

⁹ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, *Babolat c. Pachot*, *Bulletin* 1986 A.P. n° 3 p. 5, *JCP* 1986 II n° 20631, note J.M. Mousseron, B. Teyssie, M. Vivant, *Dalloz*, 25 septembre 1986, n° 31, note Bernard Edelman, *Gazette du Palais*, 25 octobre 1986, n° 297 298, note J.R. Bonneau. *RDPI*, 1986, n° 4 p. 19, note Ph. Guilguet et Y. Marcellin, *Droit social* 1986 p. 451, conclusions de l'Avocat Général J. Cabannes, disponible sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1986X03X0PX00003X000>>.

¹⁰ *ibid.* Reprenant également la motivation des juges du fond : « *effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante* ».

¹¹ L'article 17 U.S.C.102 B (b) précise : « *In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.* ». (En aucun cas la protection offerte par le *copyright* ne s'étend aux idées, procédures, processus, systèmes, méthodes, concepts, principes, ou découverte, indépendamment de la forme dans laquelle ils sont décrits, expliqués, illustrés ou exprimés dans une oeuvre.)

¹² La condition de fixation demeure dans le *copyright*, mais il sera extrêmement rare qu'une œuvre soit diffusée en ligne sans création d'enregistrement préalable ou simultané.

¹³ 21st Century Dictionary, Chambers, 1999.

¹⁴ La connexion au réseau est établie, le plus souvent pour le particulier, grâce à un modem en utilisant une ligne téléphonique normale.

Cette catégorie d'œuvre n'a pas toujours existée et n'est peut-être même que temporaire.¹⁵ L'œuvre en ligne est la petite fille d'« *une vieille dame respectable* »¹⁶ de 200 ans ; pour la comprendre, il faut faire un peu de généalogie¹⁷ et s'intéresser à son milieu familial.

Le droit d'auteur, en tant que droit exclusif reconnu au créateur d'une œuvre, s'est développé à partir d'une loi anglaise, la loi d'Anne du 10 avril 1710.¹⁸ Le champ du droit d'auteur s'est progressivement étendu. Tout d'abord dans le temps, on est passé de 14 ans renouvelables une fois¹⁹ à un standard de protection de la vie de l'auteur plus 50 ans,²⁰ allongé à 70 ans.²¹ Nous le verrons le droit d'auteur s'étend également dans l'espace, il est en train de conquérir le « *cyberespace*²² » et semble même vouloir aller au-delà.²³ Mais cette capacité à se développer n'a été possible qu'en puisant sur le substrat fertile du droit d'auteur classique et de la Constitution pour le *copyright*.²⁴

L'article 1, section 8, clause 8 de la Constitution des Etats Unis pose le principe, selon l'interprétation dominante,²⁴ de la prééminence du Progrès sur les Auteurs : "*The Congress shall have power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors ... the exclusive Right to their respective Writings.*"²⁵ Les

¹⁵ L'expression « œuvre en ligne » prise au sens littéral est réductrice et déjà obsolète. La connexion ne se fait plus exclusivement par le câble ou par la ligne téléphonique. La technologie WI-FI permet une connexion à l'Internet sans fil. Voir *Informatiques magazine*, avril 2002, p. 43 « WI-FI défie le cuivre ».

¹⁶ Sirinelli Pierre, « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G I* 194 p. 13.

¹⁷ Comme le fait la Cour Suprême elle-même : « *lorsque l'évolution technique a rendu ambiguë sa signification littérale, la loi sur le [copyright] doit être interprétée à la lumière de ses objectifs fondamentaux* » *Supreme Court, Twentieth Century Music Corp. C/ Aiken* 422 U.S. 151, 156 (1975) disponible sur <<http://laws.findlaw.com/us/422/151.html>> cité par Lefranc David, « Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions "Napster" et "MP3.com") », *Dalloz*, 2001, n°1 p. 110 note 25.

¹⁸ *Statute of Anne* du nom de la reine d'Angleterre qui alors régnait, le titre exact étant « *loi pour l'encouragement du savoir, en prévoyant que les exemplaires des livres imprimés seront placés sous la garde des auteurs ou des acquéreurs desdits exemplaires* », Ginsburg Jane, « A tale of two copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America », *RIDA*, janv. 1991 p. 130.

¹⁹ *Ibid*. Si l'auteur était toujours en vie.

²⁰ C'est la durée que prévoit toujours la convention de Berne à l'article 7.1. Il s'agit de la convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979, disponible sur le site de l'OMPI : <<http://www.wipo.int/clea/docs/fr/wo/wo001fr.htm>>.

²¹ En Europe tout d'abord, avec la directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, puis aux Etats-Unis avec le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* du 27 octobre 1998. Cette harmonisation s'est faite sur la durée la plus longue de protection, celle de l'Allemagne.

²² D'après le mot *cyberspace* imaginé dès 1984 par William Gibson dans son roman *Neuromancer*.

²³ Voir les développements sur le droit d'accès en page 26.

²⁴ "*The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but "to promote the Progress of Science and useful Arts."*" *Feist Publications, Inc. v Rural Telephone Service*, précité note 7 (Le principal objectif du *copyright* n'est pas de récompenser le travail de l'auteur, mais de promouvoir le Progrès de la Science et des Arts utiles).

²⁵ Le Congrès aura le pouvoir ... de promouvoir le Progrès de la Science et des Arts utiles, en assurant pour un Temps limité aux auteurs ... un Droit exclusif sur leurs écrits respectifs.

dispositions fédérales ne visent qu'à réaliser un équilibre suffisant pour inciter les auteurs à publier leurs écrits. Pourtant il semble qu'à l'origine, le *copyright* a eu pour but de protéger davantage les intérêts des auteurs.²⁶

La confrontation du *copyright* avec le droit d'auteur est parfois violente. « *Pour nous, le droit d'auteur n'est pas fait pour favoriser la diffusion des connaissances et de la culture. Il est fait pour conférer une reconnaissance et consécration aux auteurs, en protégeant leurs œuvres et leur personne (préoccupation étrangère au Copyright²⁷) contre les tentatives d'appropriation, d'altération, d'indiscrétion de la part des tiers, et en leur permettant, si possible de vivre du produit de leur art.* »²⁸

Des différences fortes existent, mais elles ne doivent pas être exagérées, des logiques distinctes ayant parfois le même but.²⁹ Au-delà des mots, il convient de se pencher sur l'application de ces principes lors de la création, qui est, faut-il le rappeler, le préalable à toute mise en ligne.

En principe, l'auteur, dans la conception latine, est le créateur personne physique sauf « *anomalie* ». ³⁰ Le *copyright* reconnaît également la règle de la titularité initiale du créateur³¹ mais dans la pratique, il la vide de sa substance, en organisant sous la qualification de « *work made for hire* », deux larges exceptions inconnues en droit français.

Pour le *copyright*, les droits naissent automatiquement sur la tête de l'employeur en cas de création par un salarié. La simplicité et l'utilité du système américain pour les créations de salariés sont telles pour certains auteurs,³² que ce devrait être le droit positif en France. Le droit français, lui, permet uniquement en matière de logiciel une dévolution automatique des droits patrimoniaux à l'employeur.³³

²⁶ Défendant ce point de vue : Ginsburg Jane, *op. cit.* note 18, p. 124.

²⁷ Italiques de l'auteur.

²⁸ Goutal Jean-Louis, « L'environnement de la directive « droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » et droit international et comparé », *Communication commerce électronique*, février 2002, p. 11.

²⁹ On pourra comparer le droit de résiliation unilatéral d'un auteur après 35 ans pour le territoire américain seulement et le droit de suite. La même volonté de permettre à l'auteur d'être associé au succès ultérieur de l'œuvre cédée est présente, malgré des modalités extrêmement différentes.

³⁰ Desbois qualifiait ainsi l'exception des œuvres collectives. Desbois Henri, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} Ed. 1978 p. 198.

³¹ L'article 17 U.S.C 201 dispose : « *Ownership of copyright : Initial Ownership. Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or authors of the work.* »

³² Bertrand André, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2e Ed. 1999, Dalloz, p. 324 : « *En d'autres termes, il devient urgent, pour éviter les errements de la jurisprudence, d'étendre rapidement à toutes les créations le champ de l'article L.113-9 du Code de la propriété intellectuelle* ».

³³ Le droit positif français tel que réaffirmé par la Première chambre civile de la Cour de cassation en 1992 et 1993 est que les créations de salariés appartiennent aux salariés sauf cession et cas particulier des logiciels. Voir l'arrêt : Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2000, *société Base Line c/ SA CIEC*. Arrêt rendu sous le visa de l'article L.111-1 et L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle. « *attendu que l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle de l'auteur, et que la cession des droits de celui-ci ne peut résulter que d'une convention ;* » *Communication commerce électronique*, déc.

D'autre part, le *copyright* offre la possibilité pour le commanditaire d'une œuvre sous certaines conditions, d'être traité comme l'auteur³⁴ de l'œuvre commandée. Le droit d'auteur a également tendance à céder sous l'influence des investisseurs en matière d'œuvre collective³⁵ mais les conflits de journalistes³⁶ ont montré l'attachement du juge français aux intérêts des auteurs.³⁷

L'adhésion des Etats-Unis à la convention de Berne³⁸ a permis un rapprochement avec le droit d'auteur avec notamment la disparition des formalités préalables à la reconnaissance du droit d'auteur. Cependant l'harmonisation n'est pas totale. La durée de la protection est différente pour les œuvres dont la titularité est reconnue à l'investisseur (*work made for hire* et œuvre collective), les œuvres pseudonymes ou anonymes. Ce type d'œuvre est protégé par le *copyright*³⁹ pour la durée la plus courte : soit 95 ans après la première publication,⁴⁰ soit 120 ans à partir de la création. Alors que la protection n'est que de 70 ans selon le droit d'auteur français.

On le voit bien des points de divergence subsistent alors que partout la technique ne parle que de convergence. L'œuvre en ligne est à la croisée des chemins, tous les regards convergent vers elle. Ainsi, on a pu craindre l'apparition de « *paradis numériques* ». Un juge français citant la décision de son collègue américain a pu écrire : « *aucun jugement légal n'a de force de loi au-delà des limites de la souveraineté dont il tient son autorité.* »⁴¹

Pourtant les juges, tant américains que français, n'hésitent pas à se déclarer compétents dès que le préjudice a été subi dans leur ressort. Pour certains auteurs, la crainte est celle d'un

2000, comm. n° 123 p. 17 note C. Caron, décision disponible sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX2000X10X01X00267X000>>.

³⁴ Ce qui a des conséquences graves pour le créateur : "Classifying a work as "made for hire" determines not only their initial ownership of its copyright, but also the copyright duration, § 302(c), and the owner renewal rights, §304 (a), termination rights, § 203(a), and right to import certain goods bearing the copyright, § 601(b) (1)." *Community for creative non-violence v. Reid*, 490 U.S. 730, 109S. Ct. 2166, 104 L. Ed. 2d 811(1989), décision disponible sur <<http://laws.findlaw.com/us/490/730.html>>.

³⁵ Voir le professeur André Lucas qui s'interroge sur la pérennité de l'œuvre audiovisuelle en tant qu'œuvre de collaboration. Lucas A. et Lucas J.-H. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 2001, p. 171.

³⁶ Sirinelli Pierre, « Le droit des journalistes, l'œuvre collective et les nouveaux médias. » *Dalloz Affaires*, jeudi 27 mai 1999 p. 9.

³⁷ Cependant la jurisprudence actuelle institue une présomption de cession à la personne qui divulgue l'œuvre sous nom dans les relations avec les tiers contrefacteurs. Pour un exemple 1^{ère} Ch. Civ. 22 février 2000 : « Vu l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle ; *Attendu qu'il résulte de ce texte, qu'en l'absence de revendication du ou des auteurs, l'exploitation de l'œuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'œuvre qu'elle soit, ou non, collective, du droit de propriété incorporelle de l'auteur.* », disponible sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX2000X02X01X00058X000>>.

³⁸ Précité note 20.

³⁹ 17 USC § 302.

⁴⁰ La notion de publication a été pendant longtemps déterminante pour la protection, les dispositions fédérales ne visaient que les œuvres publiées.

⁴¹ Extrait du jugement du Trib. cor. de Paris du 26 février 2002 dans l'affaire Yahoo c/ MRAP disponible sur <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20020226.htm>>.

« *enfer numérique* »⁴² où chaque juge est compétent. L'œuvre en ligne pose le problème mais ne le résout pas. La création en ligne, évoquée dès 1994,⁴³ avec ses problèmes de droit international privé demeure d'actualité.⁴⁴ Il n'était pourtant pas nécessaire d'attendre l'arrivée des réseaux pour être confronté à de telles difficultés, comme l'a démontré l'affaire *Huston*.⁴⁵

Le droit moral américain⁴⁶ est bien tenu en comparaison de celui du droit d'auteur français, aussi on peut comprendre l'existence d'une certaine surprise de la part des investisseurs surtout américains. De manière générale, on peut prévoir que la mise en ligne des œuvres confrontera le juriste aux figures anciennes de la propriété littéraire et artistique mais sous un jour nouveau.

Cette étude n'envisagera l'œuvre en ligne que sous l'angle spécifique du droit d'auteur en laissant de côté les autres régimes applicables.⁴⁷ La structure fédérale des Etats-Unis nous guidera : la frontière entre la compétence de l'Etat fédéral et les compétences des Etats fédérés nous servira à délimiter notre propos. Les aspects contractuels qui, en droit français, sont compris dans le droit d'auteur sont aux Etats-Unis de la compétence des Etats fédérés. L'analyse des cinquante régimes différents dépassant le cadre de ce mémoire, on adoptera la conception restrictive du *copyright*.

L'auteur américain ou français au moment de décider de mettre en ligne son œuvre se posera les mêmes questions, quels sont les droits qui protègent mon œuvre ? (I) Quel contrôle ai-je sur celle-ci ? (II)

Section I - Les droits impliqués par la mise en ligne

La mise en ligne de l'œuvre fait jouer les droits reconnus de manière classique à l'auteur, mais avec des succès divers ; si la transposition est parfois évidente, elle est problématique dans certains cas.

⁴² Hugot Jean-Philippe, « La compétence universelle des juridictions françaises en matière délictuelle : vers des " enfers numériques " ? », *LP* n°185 octobre 2001.

⁴³ Le rapport dit « Sirinelli », Industries culturelles et nouvelles techniques, La Documentation Française, 1994, proposait d'encadrer contractuellement une telle pratique.

⁴⁴ Ginsburg Jane, "Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgements in Intellectual Property Matters", Columbia Law School, Pub. Law Research Paper No. 02-42 & NYU Law School, Public Law Research Paper No. 41, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 77, *Forthcoming 2002*, June 6, 2002, disponible sur <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=315359>.

⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1991 note Ginsburg J. et Sirinelli P. *JCP éd. E*, 1991, II 220, décision disponible sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1991X05X01X00172X000>>.

⁴⁶ Ginsburg Jane, « Les nouvelles lois des Etats-Unis sur le droit moral des artistes d'art plastique, sur la protection des œuvres d'architecture, et sur la location des logiciels ». *RIDA* 1991 p. 363.

⁴⁷ D'autres branches de la propriété intellectuelle s'appliquent également, les droits voisins, le droit des marques, voire les brevets.

§ 1 L'évidence : unanimité du droit d'auteur et du *copyright*

Desbois distinguait le droit de reproduction qui correspond à la communication au public « *d'une manière indirecte* », ⁴⁸ du droit de représentation qui désigne une « *communication directe de l'œuvre au public* », ⁴⁹ tout en remarquant que « *le choix des mots n'est pas adéquat à cette distinction* ». ⁵⁰ Celle-ci, pour logique et simple qu'elle était, se prête de moins en moins à l'évolution du droit : la directive du 22 mai 2001 vient en prendre le contre pied en faisant du droit de communication au public, un droit « *couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication.* » Le droit appréhende le numérique tant avec le droit de reproduction (A) que le droit de représentation (B) mais, semble-t-il au prix d'une perte de clarté.

A) Le droit de reproduction

L'œuvre en ligne est une œuvre accessible par l'intermédiaire d'un ordinateur. Toute information ou instruction traitée par un ordinateur doit pouvoir se coder de manière binaire. L'ordinateur n'appréhende que l'absence ou la présence d'électricité. Une œuvre en ligne doit donc forcément être traduite en langage binaire, c'est-à-dire en 0 et 1. On la transforme en numéros, on la numérise. ⁵¹ Cette étape s'analyse clairement comme une reproduction.

1) Principe

La définition du droit de reproduction en droit d'auteur est courte. Elle est en cela conforme à l'approche synthétique des pays civilistes. L'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « *La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte.* »

La définition en *copyright* est plus complexe et exige de se référer aux définitions successives.

“§ 106. Exclusive rights in copyrighted works

Subject to sections 107 through 121, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;“

Il faut donc se référer à la définition du terme « *copies* »

“Copies ”are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived,

⁴⁸ Desbois Henri, *op. cit.* note 30.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Sur la numérisation : Nguyen Duc Long Christine, *La numérisation des œuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Litec 2001.

*reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term "copies" includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed*⁵².

Le *copyright*, dans son attachement au détail et à la clarté, éprouve le besoin de renvoyer à une ultime définition de la fixation.

*"A work is "fixed" in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration."*⁵³

Cette comparaison de la définition du droit de reproduction dans les deux systèmes français et américain met en lumière le caractère analytique du *copyright* face à une conception synthétique du droit d'auteur. La notion d'exemplaire est amenée à jouer un grand rôle dans le *copyright*. La définition du droit de reproduction pour le *copyright* se fonde sur la notion de « copies » pluriel du mot « copy » qui signifie à la fois exemplaire et copie. Le professeur André Lucas traduit « copies » par exemplaires, tout en relevant la différence entre copies (en français) et exemplaires.⁵⁴ Il est important de remarquer dès le départ cette ambiguïté dans la définition ; la copie peut être immatérielle, l'exemplaire non.⁵⁵

Des deux définitions, on peut dégager le principe de l'indifférence du support, le droit d'auteur étant muet sur la question, le *copyright* visant les moyens connus et à découvrir. Il y a consensus sur la nécessité d'une fixation, quel qu'en soit le support, pour le droit d'auteur une « fixation matérielle »,⁵⁶ pour le *copyright* l'existence « des supports matériels, [...] sur lesquels l'œuvre est fixée ».⁵⁷

La mise en œuvre du droit de reproduction pour les fixations permanentes s'est faite sans difficulté, les fixations temporaires ont été plus difficiles à qualifier.

⁵² Article 17 U.S.C. 101. Voir la traduction du professeur André Lucas in *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998 p. 118 : les exemplaires sont définis comme « des supports matériels, autre que des phonogrammes, sur lesquels l'œuvre est fixée par toute méthode connue à la date d'adoption de la présente loi ou mise au point ultérieurement et qui permettent de percevoir l'œuvre, de la reproduire ou de la communiquer de toute autre manière, soit directement, soit à l'aide d'une machine ou d'un dispositif ».

⁵³ Article 17 U.S.C. 101. (Une œuvre est fixée sur un moyen tangible d'expression lorsque que son incorporation dans une copie ou un phonographe, par ou sous l'autorité de l'auteur, est suffisamment permanente ou stable pour permettre de la percevoir, reproduire, ou communiquer autrement pour une période supérieure à une durée transitoire.)

⁵⁴ *ibid.* p. 142 note 112.

⁵⁵ La distinction est importante en droit français : le droit de destination ne s'attachant qu'aux exemplaires tangibles.

⁵⁶ Article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁷ Article 17 U.S.C. 101, traduit à la note 52.

a) Fixation permanente

Le juge français des référés, juge de l'évidence, a estimé que la numérisation constituait une reproduction.

« Attendu que la numérisation d'une œuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le Bit, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droits.»⁵⁸

Le juge américain a également estimé que la reproduction en ligne pouvait être contrefactrice pour une œuvre de l'esprit, moins poétique⁵⁹ néanmoins, dans *Playboy Enterprises v. Webworld*.⁶⁰

b) Fixation provisoire

L'article 9 de la convention de Berne qui vise le droit de reproduction ne le définit pas, car les pays membres de la convention n'ont pu trouver un accord sur l'inclusion des fixations provisoires. Le doute a existé, un moment, sur la soumission au droit de reproduction des fixations temporaires.

i) Approche technique

Lors du fonctionnement normal d'un ordinateur et de manière tout à fait transparente pour l'utilisateur des reproductions temporaires sont réalisées.

Ces reproductions sont de deux types : sur le disque dur (*proxy*) ou dans la mémoire vive (*caching*). Lorsqu'il survole une page web, l'utilisateur met en jeu les deux types de reproduction.

Les données stockées dans les RAM (*Random access memory*, en français mémoire vive) sont volatiles contrairement au ROM (*read only memory*). Lorsque le courant est coupé, les informations stockées dans les RAM sont effacées. Si l'ordinateur reste allumé les informations stockées dans les RAM demeurent, tant que l'ordinateur n'a par réécrit par-dessus.

⁵⁸ TGI Paris, ord. Réf., 5 mai 1997, disponible sur : http://www.legalis.net/jnet/decisions/dt_auteur/ord_tgi_paris_050597.htm.

⁵⁹ Il agissait de photographies du magazine *Playboy* scannées sans autorisation et accessibles contre abonnement mensuel de \$11.95. En droit d'auteur le mérite est indifférent, cependant il faut peut-être préciser que ces deux exemples ne sont pas représentatifs de la culture du droit d'auteur et du *copyright*.

⁶⁰ 991 F. Supp. 543 (N.D. Tex. 1997).

Des reproductions sont également nécessaires afin de transmettre les données sur le réseau, celles-ci sont englobées dans le processus du *routing*. Celui-ci comprend ainsi les répéteurs et les routeurs qui permettent aux données d'arriver à bon port.

Les *proxies*⁶¹ sont le stockage, réalisé par les fournisseurs d'accès Internet, des pages les plus souvent consultées sur de gros disques durs afin d'éviter les liaisons transcontinentales gourmandes en bandes passantes. Ces reproductions ont pour but de fluidifier les communications afin de ne pas avoir à mettre en place de nouvelles liaisons.

La qualification juridique des reproductions temporaires a une importance décisive dans le cas du *streaming*.⁶² Celui-ci consiste en la transmission en numérique, souvent d'une œuvre musicale, par paquets successifs qui sont réassemblés à l'arrivée et traduits en sons (et/ou images) au fur et à mesure de leurs réceptions.⁶³ Mais afin de réguler le flux des paquets reçus, le logiciel, qui traduit et met en ordre les paquets de données reçus, les conserve dans une mémoire tampon (*buffer*). La mémoire tampon est en permanence renouvelée car elle ne contient que les quelques secondes d'avance qui permettent d'éviter des coupures lors de la représentation de l'œuvre.

ii) Qualification juridique

L'article 17 U.S.C. 106 (1) accorde à l'auteur le droit exclusif de faire des copies de l'œuvre. Le stockage d'informations dans les RAM correspond-t-il à la définition des copies ? Les RAM sont des circuits intégrés et sont donc des objets tangibles qui correspondent au premier critère de la définition de « *copies* » ; la question est alors de savoir s'il y a fixation au sein des RAM.

Les juges américains ont estimé que les copies en RAM constituaient une fixation pour une période suffisamment longue pour être plus qu'une copie transitoire. Les juges ont pris l'exemple d'un ordinateur qui pouvait rester allumé pour toute la durée de vie de l'ordinateur, la copie chargée dans les RAM étant « *essentially permanent* ». ⁶⁴ Cet exemple caricatural n'est pas représentatif de l'usage normal d'un ordinateur car rares sont les particuliers dotés d'un onduleur pour faire face aux pannes de courant. Le cas demeure tout de même concevable.

⁶¹ « *By proxy* » signifiant par procuration selon le *Dictionnaire compact français-anglais / anglais-français*, Larousse, 1996.

⁶² *Streaming* : « *ce procédé permet d'écouter ou de visionner un contenu multimédia à la volé, c'est à dire simultanément de son téléchargement* » Grynbaum Vincent, « Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information », www.juriscom.net, 13 décembre 2001 §15 p. 2, disponible sur <<http://www.juriscom.net/pro/2/da20011213.htm>>.

⁶³ U.S. Copyright Office, "DMCA section 104 Report", août 2001, p. 108, disponible sur <<http://www.loc.gov/copyright/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>>.

⁶⁴ *Advanced Computer Services of Michigan, Inc. v. MAI Sus. Corp.*, 845 F. Supp. 356, 362-63 (E.D. Va 1994)

Le *Copyright Office*, dans son *DMCA section 104 Report*, estime qu'une règle générale peut être tirée de la loi. Le Congrès, selon ce rapport, a voulu étendre le droit exclusif de l'auteur à toutes les reproductions desquelles on peut tirer un profit. « *Sont soumis au droit de reproduction, les reproductions qui existent pour une période de temps suffisante pour pouvoir être « perçues, reproduites, ou autrement communiquées »* ». ⁶⁵ Un avis très intéressant, au vu des exceptions de la directive du 21 mai 2001, ⁶⁶ est qu'« *exercer le droit de faire une copie temporaire dans les RAM c'est profiter de la valeur économique du programme* » ⁶⁷. Cette analyse reflète l'influence des raisonnements économiques ⁶⁸ en *copyright*, qui sont, pour le moment encore, moins apparents en droit d'auteur

Cette représentation maximaliste du droit de reproduction se retrouve en droit d'auteur. Le professeur Lucas, très critique à l'égard d'une conception trop extensive du droit de reproduction, reconnaît que techniquement, ⁶⁹ il y a bien reproduction. Le droit de reproduction doit pouvoir s'abstraire des pures considérations techniques par essence, contingentes et vite dépassées ; le professeur Lucas souligne « *l'obsession du support matériel* » ⁷⁰ du *copyright* qui adopte une approche purement technique. Il faudrait pouvoir conceptualiser le droit en le rendant moins esclave des interprétations des techniciens afin de le soustraire aux évolutions de la technique. La chose n'est pas aisée, aussi il semblerait que se soit l'application à la lettre du droit d'auteur qui se soit imposée.

Reconnaître à l'auteur un droit sur toutes les reproductions telles que celles effectuées dans les RAM, c'est étendre le droit de reproduction de manière dangereuse, car l'admission des reproductions au sein des RAM implique logiquement d'étendre encore le droit de reproduction jusqu'au *streaming*, en effet il y a bien usage des RAM et d'une mémoire tampon, même si celle-ci ne stocke que deux à trois secondes de l'œuvre.

Le stockage temporaire au sein des RAM fait l'objet d'avis divergents au sein de la doctrine tant aux Etats-Unis ⁷¹ qu'en France. Au-delà des « *copyright optimist* » ⁷² et des « *copyright*

⁶⁵ "DMCA section 104 Report", précité note 63, p. 111 .

⁶⁶ La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information disponible sur <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr00100019.pdf>.

⁶⁷ *Ibid.* p. 112 "To exercise the right to make that temporary copy in RAM is to realize the economic value of the program."

⁶⁸ Le juge américain est sous l'influence de l'interprétation "productiviste" de la Constitution. Pour une illustration : Samuelson Pamela, "Economic and constitutional influences on copyright law in the United States", *EIPR*, 2001, p 409, disponible sur : <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Sweet&Maxwell_1.htm> et sur <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=234738>.

⁶⁹ Lucas André, *op. cit.* note 52, p. 121 n°244.

⁷⁰ *Ibid.* p. 124 n°248.

⁷¹ La doctrine américaine demeure partagée sur ce point, notamment avec le professeur Ginsburg en faveur de la reconnaissance du droit de reproduction au sein des RAM et les professeurs Samuelson et Litman la critiquant. (Litman Jessica, "The Exclusive Right to Read", 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 29, 42 (1994), disponible sur : <<http://www.msen.com/~litman/read.htm>>).

⁷² Le professeur Jane Ginsburg utilise ces notions et se désigne elle-même comme « *copyright optimist or copyright skeptic* » et qualifie sa collègue, le professeur Jessica Litman, de « *copyright pessimist* ». Les

pessimist », l'application du droit de reproduction à ce que l'on pourrait appeler des poussières de reproduction est dangereuse tant pour la compréhension⁷³ du droit, que pour sa légitimité, ou encore pour sa mise en oeuvre.⁷⁴

L'extension du droit de reproduction à l'environnement numérique est acquise comme le démontrent les déclarations communes concernant le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996⁷⁵ et approuvées au nom de la Communauté européenne par décision du Conseil du 16 mars 2000 (*JOCE* L 89 du 11 avr. 2000).

« Article 1.4) Le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne ».

Une déclaration interprétative a la même valeur que l'article auquel elle se rattache. Le refus d'intégrer la reconnaissance des reproductions numériques au sein du traité pourrait s'expliquer d'une part, par la difficulté⁷⁶ des parties à se mettre d'accord et d'autre part, par le caractère moins apparent d'une telle déclaration ; cependant si tel était le calcul, il a échoué.⁷⁷

La directive du 22 mai 2001⁷⁸ a mis en œuvre le principe de manière très claire en visant les reproductions provisoires à l'article 2.

« optimistes » voient l'extension et l'application du *copyright* de manière favorable. Au-delà de ces points de vue américains, certains auteurs français, comme le professeur Lucas, pourtant favorables à une application du droit d'auteur souhaiteraient contenir une interprétation trop extensive du droit de reproduction. Cette interprétation rendant l'ensemble difficilement applicable.

⁷³ Jessica Littman milite pour un droit compréhensible comme moyen d'application. En ce sens Pamela Samuelson, « Toward a "New Deal" for Copyright for an Information Age », 100 *Michigan L. Rev.* (2002), disponible sur <<http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Litman%20review.pdf>>.

⁷⁴ Lucas André, précité note 52, p. 126.

⁷⁵ Disponible sur <<http://www.wipo.int/treaties/ip/wct/statements-fr.html>>.

⁷⁶ Samuelson Pamela, « Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised » 1999 *Berkeley Law Journal* Vol. 14:1 p. 10 note 46, l'auteur indique que le sujet des reproductions temporaires était "highly controversial", disponible sur <<http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson.doc>>.

⁷⁷ Le professeur Goutal faisait remarquer que les éditions commerciales ne reproduisaient pas les déclarations communes, depuis le *Code de la propriété intellectuelle Dalloz* a ajouté les déclarations communes. *op. cit.* note 28, p. 10.

⁷⁸ La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information disponible sur <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr00100019.pdf>.

Droit de reproduction : « *les Etats membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire⁷⁹ ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie.* »

Le droit de reproduction peut s'appliquer à une reproduction indirecte, provisoire et partielle. La reconnaissance aussi large du principe s'est néanmoins accompagnée de la mise en place d'exceptions.

2) Exceptions

Les exceptions ont eu pour objectif de rendre à nouveau libre, ce qui avait été incorporé, peut-être de manière artificielle, dans le domaine du droit d'auteur. Au lieu de jouer sur les limites externes du droit d'auteur, on a préféré utiliser les limites internes du droit d'auteur que constituent les exceptions.⁸⁰

La directive du 22 mai 2001 définit, à son article 5.1, les exceptions au droit de reproduction.

« Exceptions et limitations

1. Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:

a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou

b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2. »

Les exceptions visent, tout d'abord, à l'alinéa a) les reproductions effectuées par les intermédiaires, avant de poser une règle générale avec un critère supplémentaire d'utilisation licite.

Les conditions du caractère transitoire ou accessoire et de l'absence de signification indépendante s'appliquent aux deux exceptions a) et b) comme l'indique le sens et la ponctuation. Si les mots « *transitoire* » et « *accessoire* » sont assez clairs, l'absence de « *signification économique indépendante* » est tout à fait obscure. On a retenu ici un critère

⁷⁹ La solution retenue est la même que celle des directives logiciels et bases de données.

⁸⁰ Sur la distinction entre les limites internes et les limites externes, voir Sirinelli Pierre, « Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins, Atelier sur la mise en oeuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes », OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle), Genève, 6 – 7 décembre 1999, p. 2, disponible sur le site de l'OMPI : <http://www.wipo.org/fr/meetings/1999/wct_wppt/>.

économique, tout à fait nouveau en droit d'auteur. On peut y voir l'influence du *copyright*, dans le *fair use* le caractère commercial ou non est pris en compte.⁸¹

L'interprétation de la signification économique indépendante est importante, si pour le *Copyright Office* les copies temporaires dans les RAM représente une valeur économique,⁸² on peut tout à fait contester cette analyse en se fondant sur l'esprit de l'article 5.1 et du considérant 33 de la directive du 22 mai 2001. Avoir un tel raisonnement reviendrait à priver l'exception de toute portée.

Considérant (33) « *Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi.* »

L'utilisation d'exemples comme le *browsing* et le *caching* précédés des mots « *pour autant qu'ils remplissent ces conditions* » signifie implicitement qu'il y a des cas où ces conditions peuvent être remplies, et qu'ainsi l'analyse du *Copyright Office* n'est pas transposable en droit d'auteur. L'analyse du caractère économique propre pourrait se faire avec une autre approche. Les reproductions réalisées temporairement, et auxquelles on peut éventuellement accéder, permettent-elles de faire des reproductions ayant un caractère économique propre ? A l'évidence, deux à trois secondes d'une œuvre n'ont pas de caractère économique propre, et c'est ici le bon sens qui doit primer.⁸³

⁸¹ Les quatre critères du *fair use* sont indiqués à l'article 17 U.S.C. 107. "(1) *the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes*; (2) *the nature of the copyrighted work*; (3) *the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole*; and (4) *the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors*". Pour une application, voir pages 41 et s. sur le *peer to peer*.

⁸² précité note 67

⁸³ On pourrait tout de même faire remarquer de manière tatillonne qu'en application de la jurisprudence Queneau concernant l'œuvre « Cent mille milliard de poèmes », il est en théorie possible de reconstituer l'œuvre en entier par la mise bout à bout des fragments. Mais cette manipulation est si ardue que l'ensemble perdrait tout caractère économique. Voir TGI Paris, ordonnance de référé du 10 juin 1997, Jean-Marie Queneau c. Jérôme B. et le laboratoire d'automatique et d'analyse des systèmes du CNRS (LAAS), disponible sur <http://www.legalis.net/jnet/decisions/dt_auteur/ord_tgi_paris_100697.htm>.

L'exception posée est plus large que les seules reproductions nécessaires ; sont visées les reproductions permettant une « *transmission efficace* »⁸⁴ et « *le fonctionnement efficace* ». ⁸⁵ L'efficacité est plus large que la nécessité, on a donc créé une exception qui vise principalement les prestataires de service, l'exception comprend sans l'énoncer clairement les copies réalisées au sein d'un *proxy*. Le droit d'auteur a ainsi adopté une exception qui n'est pas due à une impossibilité de contrôle et qui n'a pas pour but l'intérêt général ou la création de nouvelles œuvres. Cette exception permet à une catégorie de la société de ne pas être soumise au droit d'auteur dans l'exercice de son activité.⁸⁶

Les *proxies* réalisés par les fournisseurs d'accès Internet leur permettent de ne pas investir dans une nouvelle infrastructure de câblage. C'est donc une motivation économique qui a conduit à la création de ces *proxies*. On peut légitimement douter de l'absence de signification économique indépendante.⁸⁷ Si, de manière classique, on définit les fournisseurs d'accès Internet comme étant les personnes faisant des *proxies*, les moteurs de recherche comme Google le font également et permettent à leurs utilisateurs d'avoir accès à des *proxies*.

Ainsi on peut penser que le survol (*browsing*), le *caching*, les copies RAM et le *streaming* (qui fait intervenir les copies RAM) entrent dans le cadre de l'exception. Selon le professeur Lucas « *toutes ces fixations n'ont aucune autonomie puisqu'elles ne sont que des étapes fonctionnellement nécessaires, d'un processus de communication.* »⁸⁸ Pour cet auteur, ces fixations ne devraient pas être considérées comme des reproductions au sens du droit d'auteur.⁸⁹ Si la directive du 22 mai 2001 n'a pas suivi le même raisonnement, préférant faire le détour d'une exception, l'absence d'autonomie relevée par le professeur Lucas remplit les conditions du caractère accessoire et de l'absence de signification économique propre.

Le *Copyright Office*, après avoir établi que la communication d'une œuvre par *streaming* donnait prise au droit de représentation public et au droit de reproduction, a recommandé la création d'une exception pour les copies tampon. L'exception de copie privée peut également être invoquée mais en droit d'auteur le copiste et l'utilisateur doivent être une seule et même personne, selon l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

Le droit d'auteur et le *copyright* ont pris en compte les reproductions numériques, qu'elles soient directes ou indirectes, provisoires ou permanentes. Cependant, la reproduction semble être l'accessoire de l'acte tendant à la communication au public de l'œuvre numérique ; une reproduction non suivie d'une représentation n'a aucun intérêt pour l'utilisateur final. La tendance, tant en droit d'auteur qu'en *copyright*, paraît être d'accorder davantage

⁸⁴ Considérant 33 de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information disponible sur <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622f00100019.pdf>.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Les commissaires priseurs ont également obtenu une exception au droit d'auteur voir L. 122-5 3°d.

⁸⁷ De cet avis : Passa Jérôme, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G* 2001, I, 331 p. 1268.

⁸⁸ Lucas André, *op. cit.* note 52, p. 132.

⁸⁹ *Ibid.* p. 132-133.

d'importance au but : la mise à la disposition du public de l'œuvre qu'aux moyens techniques mis en œuvre. Ce qui a pu justifier la création d'exceptions au profit des prestataires techniques qui reproduisent l'œuvre et ainsi l'amenuisement du monopole de l'auteur d'autoriser les reproductions de son oeuvre.

C'est donc l'étendu du droit de représentation qu'il convient, à présent, de définir.

B) Le droit de représentation

Le droit de représentation ou droit de communication au public en droit d'auteur, est plus large et plus synthétique que l'approche du *copyright*.

Article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle :

« *La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :*

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion.

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature. »

Le professeur Samuelson reconnaît que les Etats Unis n'ont pas, en tant que tel, de droit de communication mais les « *public performance and distribution rights are substantively equivalent to this right.* » Dans une conception civiliste, on a inclus ici le « *display right* ».

“§106

(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;

(5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and

*(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.*⁹⁰”

Le droit de communication au public nous amène par sa dénomination même à nous interroger, les internautes constituent-ils un public ?

Les travaux préparatoires⁹¹ de la loi de 1976 sur le *copyright* sont en accord parfait avec la doctrine française. Pour Desbois, la représentation au public se suffit d'un public potentiel ; la

⁹⁰ Le (6) a été ajouté par *The Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995* voir *infra* note 97 et les développements afférents.

représentation pouvant avoir lieu devant une salle vide. La jurisprudence américaine a confirmé ce principe.⁹²

La Cour de cassation dans son arrêt « CNN »⁹³ a clairement indiqué qu'il n'est pas nécessaire que les individus soient réunis pour constituer le public.

« Attendu, cependant, que l'ensemble des clients de l'hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision, dans l'exercice et pour les besoins de son commerce, cette communication constituant une représentation des oeuvres télévisuelles au sens du texte susvisé, que la cour d'appel a violé par refus d'application [...] ».

S'il restait quelques doutes, la lecture de l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur permet de les chasser.

Article 8 Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur - Droit de communication au public
« Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11bis.1)1°) et 2°), 11ter.1)2°), 14.1)2°) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. »⁹⁴

Le droit de communication au public dans l'univers du numérique est visé par la communication par fil ou sans fil. Le caractère individuel de la consultation de l'internaute est

⁹¹ House Report H.R. Rep. No 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 64-65 (1976) "Under the bill, as under the present law a performance made available by transmission to the public at large is "public" even though the recipients are not gathered in a single place, and even if there is no proof that any of the potential recipients was operating his receiving apparatus at the time of the transmission".

⁹² Kelly v Arriba Soft Corporation 2002 U.S. App. LEXIS 1786 (9th Cir. Feb. 6, 2002) "This conclusion indicates that it was irrelevant whether anyone actually saw the image", disponible sur <<http://netcopyrightlaw.com/pdf/0055521.pdf>>.

⁹³ Cour de cassation, Chambre civile 1^{re}, 6 avril 1994 Société Câble New Network et a. contre société Novotel Paris-Les Halles, Bulletin 1994 I N° 144 p. 105, Dalloz, 1994-09-22, n° 32, p. 450, note P. -Y. Gautier, JCP, Ed. E., 1996-07-18, n° 29, p. 341, note M-E. Laporte-Legeais, Dalloz, 1994-07-21, n° 27, p. 209, note B. Edelman, JCP, 1994-06-15, n° 24, p. 237, note J-C. Galloux, disponible également sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1994X04X01X00144X000>>.

⁹⁴ Voir cependant les déclarations communes concernant le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996, précitées note 75, et approuvée au nom de la Communauté européenne par décision du Conseil du 16 mars 2000 (JOCE L 89 du 11 avr. 2000), disponible sur <<http://www.wipo.int/treaties/ip/wct/statements-fr.html>>.

Article 8 « Il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne. Il est entendu en outre que rien, dans l'article 8, n'interdit à une Partie contractante d'appliquer l'article 11bis.2). »

reconnu, l'internaute choisit l'endroit et le moment de la consultation. L'article 8 du traité OMPI a inspiré la rédaction des considérants 23 et 24 de la directive du 22 mai 2001.⁹⁵

Considérant 23 sur le droit de communication au public : « *Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion.* »
Considérant 24 : « *ces transmissions sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.* »

Il est curieux que le droit de communication, qui doit s'entendre au sens large, se limite aux communications au public non présent au lieu d'origine de la communication, en cela la définition du droit de communication est en deçà de la notion française du droit de représentation. Mais cela s'explique par le fait que ce type de représentation ne relève pas de la société de l'information et que l'harmonisation au niveau communautaire du droit de représentation directe posait de réelles difficultés.⁹⁶

En *copyright*, la représentation d'œuvre numérisée présente une particularité, le *right of performance* n'est pas accordé aux producteurs de phonogrammes pour la forme analogique.⁹⁷

« *The failure to acquire « public performance » rights in sound recordings has remained a contentious issue between the record manufacturers and broadcasters. Major record labels have pressed Congress for changes in copyright law to require that when a sound recording is played in public, not only are the composer and lyricist entitled to royalties, but the owner of the record itself also deserves some revenue* ».⁹⁸

Ce n'est que depuis 1995⁹⁹ que les producteurs jouissent du *right of performance* mais uniquement pour les transmissions sonores digitales. De plus il semble que ce droit ne soit pas aussi développé que le droit de distribution, ce serait donc une décision d'opportunité qui

⁹⁵ Directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information disponible sur <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr00100019.pdf>.

⁹⁶ « *Son inclusion dans le champ de la directive aurait pu être source d'insécurité juridique* », selon Passa Jérôme, *op. cit.* note 87, p. 1264.

⁹⁷ L'article 17 U.S.C. 114 intitulé « *Scope of exclusive rights in sound recordings* » dispose : « *(a) The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording are limited to the rights specified by clauses (1), (2), (3) and (6) of section 106, and do not include any right of performance under section 106(4).* »

⁹⁸ (L'échec de l'acquisition des droits de « *public performance* » est resté un sujet litigieux entre les fabricants de disques et les diffuseurs. Les labels de disque les plus importants ont demandé avec insistance au Congrès des changements dans la loi sur le copyright pour faire reconnaître que lorsqu'un enregistrement sonore est joué en public, non seulement l'auteur de la musique et le parolier ont droit à rémunération mais que le propriétaire de l'enregistrement lui-même mérite également un revenu) Arnold D. Lutzhen, *Copyright and Trademarks for Media Professionals*, Focal Press, 1997, p. 35

⁹⁹ La loi intitulée « *Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995* » a amendé l'article 17 U.S.C 106 en ajoutant le paragraphe (6) indiquant « *in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.* »

aurait conduit au développement d'un droit de distribution numérique plutôt qu'à un droit de représentation comme c'est le cas en Europe.

« Under U.S. law, copyright owners are granted an exclusive right to control distribution of copies "to the public." This might suggest that U.S. law would treat private and public distributions of copies differently, perhaps leaving the latter unregulated. There is, however, some authority in U.S. caselaw for treating as a distribution "to the public" the transfer of an unauthorized copy to a single member of the public. This is in contrast with the U.S. "public performance" right under which copyright owners can only control performances occurring outside of a circle of family members or a small group of friends. »¹⁰⁰

Le droit de reproduction et de représentation au public sont des droits anciens et qui font l'objet d'exceptions nées tant de la pratique jurisprudentielle que des modifications législatives. Ainsi il est apparu aux détenteurs de *copyright* plus efficace de s'appuyer sur un droit nouveau, le droit de distribution numérique. Celui-ci n'est pas limité dans son étendue par les pratiques issues du passé. C'est la question de l'adéquation du droit d'auteur avec l'état actuel de la technique qui est dès lors posée. C'est dans ce cadre qu'il faut considérer le développement du droit d'accès censé répondre à une supposée défaillance des droits existants.

Mais dans cette mise en œuvre de nouveaux droits réellement propre au numérique, le droit d'auteur et le *copyright* divergent. Après une apparente unanimité, des analyses différentes s'affirment.

¹⁰⁰ (En droit américain, les titulaires de *copyright* jouissent du droit exclusif de contrôler la distribution des copies "au public". Cela pourrait suggérer que le droit américain traite différemment les distributions publiques et privées de copies, peut être en laissant la dernière non réglementée. Cependant il y a quelques précédents dans la jurisprudence américaine pour traiter comme distribution "au public" le transfert d'une copie non autorisée à un seul membre du public. Ceci est en contraste avec le droit de "représentation publique" américain selon lequel les titulaires de *copyright* peuvent seulement contrôler les représentations ayant lieu en dehors du cercle de famille ou d'un petit groupe d'amis). Samuelson Pamela, "The U.S. Digital Agenda at WIPO", 37 *VA. J. Int'l L.* 369 (1997), disponible sur <<http://www.sims.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw97/docs/wipo.html>>.

§ 2 Désaccords et perspectives

Le *copyright*, en étant peut-être trop à l'écoute des investisseurs, a développé un droit de distribution numérique, là où le droit d'auteur reste les pieds sur terre, attaché à la matérialité ; on peut alors se demander si le droit d'auteur est prêt à admettre un droit d'accès.

A) Un passage difficile au numérique

Le *copyright* a consacré un droit de distribution numérique sans difficulté apparente alors que le droit communautaire réduit l'application du droit de distribution aux exemplaires matériels.

1) La reconnaissance par le copyright d'un droit de distribution numérique

Etudier le droit de distribution séparément du droit de reproduction relève pour le droit d'auteur du contresens, cependant en *copyright* ce droit est autonome et détaillé, c'est ce qui justifie son étude de manière séparée. De plus, logiquement après avoir vu les points de consensus, il convient d'étudier les points de divergence.

La définition du droit de représentation de l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle peut s'interpréter comme comprenant le droit de distribution. Le *copyright* consacre spécifiquement ce droit à l'article 17 U.S.C. 106 (3).

“§ 106. Exclusive rights in copyrighted works

Subject to sections 107 through 121, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: [...]

(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending”

Le droit de distribution est sujet à épuisement, pour le *copyright* il s'agit de la « *first sale doctrine* ». Comme son nom l'indique, ce droit prend fin lors de la première vente mais l'analyse retenue par les juges américains fait échapper les copies numériques à ce régime.

Le droit de distribution vise les « *copies* » mot qui, par son double sens, vise à la fois les exemplaires matériels et les copies immatérielles en *copyright*. Ainsi dès 1993 dans l'affaire *Playboy Enters., Inc. v Frena*,¹⁰¹ le droit de distribution a permis la condamnation du créateur d'un BBS (*bulletin board service*), ce que l'on pourrait traduire par un forum, sur lequel les internautes pouvaient déposer et prendre des copies de photographies scannées de *Playboy*. De manière constante le droit de distribution s'applique aux diffusions numériques, comme dans *Playboy Enters., Inc. v. Chuckleberry Pub'g. Inc.*,¹⁰² où le juge a relevé que : “By

¹⁰¹ 839 F. Supp. 1552 (M. Fla. 1993), disponible sur : <<http://www.jmls.edu/cyber/cases/frena.txt>>.

¹⁰² 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996) disponible sur : <http://www.loundy.com/CASES/PEI_v_Chuckleberry.html>.

inviting United States users to download these images, Chuckleberry Pub'g. Inc. is causing and contributing to their distribution in the United States. »¹⁰³

Pour le *copyright* les exemplaires numériques sont disséminés à partir de l'original, il n'y pas de difficulté posée par le caractère international de l'internet. La préférence du *copyright* pour traiter les transmissions sous forme numérique par le droit de distribution semble avoir été dictée par le fait que cela permettait un meilleur contrôle.¹⁰⁴

2) La limitation du droit de distribution communautaire aux exemplaires tangibles

Le droit de distribution en tant que tel n'existe pas en droit d'auteur français. C'est une création communautaire non transposée et qui, selon certains auteurs, pourrait ne pas l'être car elle est comprise dans la définition extensive du droit de reproduction. L'article 4 de la directive du 22 mai 2001 consacre ce nouveau droit de distribution.

« Droit de distribution

1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.

2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement. »¹⁰⁵

Le droit de distribution ainsi consacré n'est pas explicite sur son éventuelle application aux copies immatérielles, il faut pour cela se référer au considérant 28 de la même directive.

« (28) La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à **un bien matériel**. »

La directive distingue les services en ligne des exemplaires matériels.

Considérant 29 « La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de service en ligne. »

¹⁰³ (En invitant les utilisateurs américains à télécharger ces images, *Chuckleberry Pub'g. Inc* a provoqué et contribué à leurs distributions aux Etats Unis.)

¹⁰⁴ Selon le professeur Samuelson, précité note 100, "Their preference for treating digital transmissions as distributions of copies to the public, rather than as performances, likely stemmed from the greater control that copyright owners would have if the former characterization [the right of performance] became the norm."

¹⁰⁵ Précité note 78

Les déclarations communes, concernant le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996¹⁰⁶ et approuvées au nom de la Communauté européenne par décision du Conseil¹⁰⁷ permettent de chasser le moindre doute.

Article 6 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur vise le droit de distribution.

Selon les déclarations communes de la Communauté européenne au présent Traité, Articles 6 et 7 « *Aux fins de ces articles, les expressions “exemplaires” et “original et exemplaires”, dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles. »*

Le droit de distribution selon l'interprétation de la Communauté européenne ne s'applique qu'aux objets tangibles. Le droit d'auteur français n'a pas pour tradition d'avoir un droit de distribution, les fonctions de celui-ci étaient remplies par la théorie du droit de destination. On est donc tenté d'interpréter le premier à la lumière du second. La théorie du droit de destination est conçue comme un corollaire du droit de reproduction.

« *La majorité de la doctrine s'accorde aujourd'hui pour définir le concept de droit de destination comme le droit pour un auteur de déterminer les modalités de la mise en circulation et de l'utilisation des exemplaires de l'œuvre dont il a préalablement autorisé la reproduction* »¹⁰⁸ mais la théorie du droit de destination défendue par la SACEM, n'est pas reconnue explicitement au niveau européen et semble être contredite par la règle de l'épuisement communautaire, qui prévoit un épuisement après la première vente « *par le titulaire de droit ou avec son consentement* »¹⁰⁹ dans la Communauté.

Le droit de destination semble être une théorie vouée à disparaître, son absence d'adaptation au numérique et à l'immatériel permet de contourner ce qui a été à la base de sa création. Le droit de destination est profondément ancré dans la matérialité,¹¹⁰ Cette théorie a permis à la SACEM de faire payer aux discothèques une redevance supplémentaire au titre du droit de reproduction mécanique.¹¹¹

¹⁰⁶ Précité note 75.

¹⁰⁷ Décision du Conseil du 16 mars 2000 (JOCE L 89 du 11 avr. 2000).

¹⁰⁸ Nguyen Duc Long Christine et Sirinelli Pierre, *Lamy Droit des médias et de la communication*, Lamy 2001, n°121-31.

¹⁰⁹ Directive du 22 mai 2001 article 4.2.

¹¹⁰ Pollaud-Dulian Frédéric, *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989.

¹¹¹ Pour une affaire sur le conflit SACEM / discothèque : Cass. 1^{er} civ., 19 avr. 1988, RIDA avr. 1989, « *La Cour d'Appel, [...] a jugé à bon droit que l'autorisation donnée par la SACEM aux exploitants de discothèques d'étendre à une destination nouvelle le domaine d'exploitation du droit de reproduction cédé au nom des auteurs légitimait en contrepartie la stipulation d'une redevance complémentaire au titre du droit de reproduction mécanique* », décision disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1988X04X01X00112X000>.

Avec une dénomination telle, il semble que la pratique du *streaming* permettrait de contourner ce droit, si les fixations provisoires entraient dans le champ des exceptions de la directive du 22 mai 2001. Après un conflit aussi long et violent avec la SACEM, que celui du début des années 90, on peut se demander si les discothèques utiliseront lors de l'entrée en vigueur de la directive¹¹² cette ruse technique pour payer moins auprès de la SACEM. Il est probable que non, le taux de cette redevance supplémentaire étant trop bas pour remettre en cause un compromis durement acquis et le caractère accessoire de la reproduction étant discutable.

Comme l'a remarqué le professeur Lucas, l'épuisement du droit de distribution n'a de sens que par rapport à une notion matérielle de l'exemplaire.¹¹³ Le *copyright*, n'ayant pas une notion matérielle de l'exemplaire, a pu étendre le droit de distribution au numérique et le soustraire à la doctrine de la première vente qui épuise ce droit à sa première utilisation.

La mise en ligne d'œuvre sous forme de fichier à télécharger s'interprète comme donnant prise au droit de distribution en *copyright*. En droit d'auteur, ce même fait donnerait prise au droit de communication au public, en plus du droit de reproduction appréhendé de la même manière par les deux droits.

Le droit d'auteur semble ne pas pouvoir intégrer une notion facilement gérée par le *copyright* ; mais si les droits patrimoniaux sont défaillants, le droit moral pourra-t-il y suppléer ? Le droit de divulgation composante du droit moral, mérite l'attention car le droit moral qui n'est aucunement lié à la matérialité de l'œuvre mais à la personnalité de l'auteur peut être plus à même d'affronter le numérique. Cependant la doctrine est divisée sur le point de savoir si la divulgation peut être faite en plusieurs fois, selon le médium. La Cour d'appel de Paris dans la décision, *Gauthier et Terrangle c/ Sté France animation SA et a.*¹¹⁴ a précisé : « [...] que le droit de divulgation lequel s'épuise par la première communication au public [...] ».

Pourtant on peut penser qu'il serait contraire à l'idée d'un droit moral perpétuel et inaliénable de restreindre le droit de divulgation à la première divulgation quel qu'en soit le support et les conditions. L'admission d'un droit de divulgation par support¹¹⁵ permettrait aux auteurs de

¹¹² L'article 10 de la directive du 22 mai 2001 a prévu que la directive s'appliquera à toutes les œuvres protégées au 22 décembre 2002.

¹¹³ Lucas André, *op. cit.* note 52, p. 144.

¹¹⁴ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 14 févr. 2001, *Communication commerce électronique*, 2001, Comm. N°25, note Caron. Cette solution est constante de la part de la Cour d'appel de Paris, voir également CA Paris, 4^e ch., sect. A, 6 mars 2002 *Gazette du Palais*, dimanche 6 au mardi 8 avril 2003, n°96 à 98, page 27, un photographe ne peut se prévaloir d'une atteinte à son droit de divulgation sur son œuvre, pour l'exploitation sous forme d'un cédérom d'une photographie alors qu'il en a autorisé l'exploitation pour la même encyclopédie au format papier. Dans ce cas particulier, la cour a jugé comme indifférent le fait que le cédérom soit uniquement vendu avec l'encyclopédie papier. L'auteur a eu gain de cause sur le fondement de L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle pour absence d'autorisation pour de l'usage sur cédérom. C'est donc le droit commun du droit d'auteur qui a été appliqué sans aucune spécificité propre au numérique.

¹¹⁵ Desbois Henri., *op. cit.* note 30, n°389, Sirinelli Pierre, *Lamy Droit des médias et de la communication*, Lamy 2001, n°124-50, ce courant doctrinal est cependant minoritaire. Voir cependant sur le karaoké, Cour d'appel

pouvoir contrôler la mise en ligne de leurs œuvres alors même que leur contrat de cession prévoyait, conformément à l'article L.131-6 du Code de la propriété intellectuelle, le droit d'exploiter l'œuvre « *sous une forme non prévisible ou non prévue* ». Pour Desbois clairement « *tous les modes de publication, qu'il [l'auteur] n'aura pas admis sans la moindre équivoque seront réservés.* »¹¹⁶

L'absence de droit de distribution numérique en droit d'auteur peine à être compensée par le droit de destination et le droit de divulgation. Ces derniers n'étant pas propres au numérique, ils ne semblent pas fournir de protection supplémentaire à une œuvre en ligne qui serait déjà exploitée sur support papier. Le *copyright* reconnaît un droit de distribution qui s'affranchit de l'existence de support et s'applique à l'œuvre en ligne.

La protection offerte par le *copyright* semble être plus complète, pourtant certains auteurs souhaitent un contrôle encore plus précis de l'œuvre avec la reconnaissance d'un nouveau droit, le droit d'accès.

B) Vers un droit d'accès ?

Le numérique et la nouveauté engendrée ont renouvelé de nombreuses analyses traditionnelles et en ont fait naître de nouvelles.

La théorie du droit d'accès repose sur un constat simple, « *tous les actes de perceptions ou de matérialisation d'une copie numérique exige un accès préalable* ».¹¹⁷ L'ère numérique pourra faire disparaître l'acquisition d'une œuvre telle que nous la connaissons actuellement. Au droit de propriété corporelle sur l'exemplaire se substituerait la faculté d'avoir un accès possible de manière permanente à l'œuvre. La possession « *having* » serait remplacée par la jouissance de l'œuvre « *experiencing* ».

La technologie mettra fin à la « *market failure* »¹¹⁸ et permettra de ne payer que ce que l'on consomme. Pour le professeur Jane Ginsburg, le droit d'accès ne va pas supplanter le *copyright* mais au contraire « *the access right is an integral part*¹¹⁹ *of copyright* ». Mais il semble que ce droit d'accès ait été perçu en France davantage comme une couche supplémentaire au droit d'auteur. Le droit d'accès envisagé repose essentiellement sur la technique ; l'article 17 USC § 1201 (a) 1 (A) dispose qu'il est interdit de contourner la mesure technique qui assure le contrôle de l'accès à l'œuvre. L'accueil de la doctrine française n'est

Paris, 13 B, 01 mars 2001, résumé sommaire disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JURIDICE&nod=3599>

¹¹⁶ Desbois *ibid.*

¹¹⁷ Ginsburg Jane C., "From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law", working paper forthcoming in *U.S. Intellectual Property: Law and Policy*, Hugh Hansen, editor (Sweet & Maxwell 2000), p. 2, disponible sur http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=222493.

¹¹⁸ Voir *infra* « La remise en cause des exceptions au droit d'auteur par la technique » p. 47.

¹¹⁹ *Ibid.*, italique de l'auteur. (Le droit d'accès est une *partie* intégrante du *copyright*.)

pas enthousiaste : « *ce contrôle de l'accès, ainsi défini, va bien au-delà de ce que permet le droit d'auteur* », ¹²⁰ « *on peut douter sérieusement que ce soit légitime [...]* ». ¹²¹

Ce nouveau droit permettrait d'intégrer au sein du *copyright* des comportements qui y échappent pour l'instant, comme l'écoute d'une œuvre musicale sur un baladeur numérique (type *Rio*).

Cette innovation heurte le romantisme du droit d'auteur par son approche purement économique où chaque usage de l'œuvre sera facturé. Pour le professeur Ginsburg le droit d'accès permettrait un plus grand contrôle que celui actuellement possible :

*“The reproduction right, and its corollary, the distribution right, gave the copyright owner control over the making and dissemination of copies, but once a particular copy was sold, the copyright law did not constrain the purchaser's further disposition of that copy.”*¹²²

Ce droit serait fondé sur la “*doctrine of RAM copying*”¹²³ selon laquelle tout accès numérique est précédé par la réalisation d'une copie. On est troublé de voir un nouveau droit se fonder implicitement sur le droit de reproduction et vouloir contrôler le sort des exemplaires et d'inclure dans les exemplaires les reproductions qualifiées par certains d'exemplaires immatériels. Il y a peut-être un lien de parenté éloigné entre la théorie du droit d'accès et la théorie du droit de destination, la seule différence est dans la capacité à s'adapter au numérique.

La création d'un nouveau droit plus adapté au numérique permettrait, selon ses promoteurs, un contrôle plus précis et détaillé de l'usage de l'œuvre et sans être limité par les exceptions traditionnelles issues du droit d'auteur ou du *copyright*.¹²⁴

En attendant la consécration éventuelle du droit d'accès par la technique et par le juridique, l'œuvre mise en ligne doit rester sous la maîtrise de son auteur, pour cela il doit pouvoir en contrôler l'accès.

¹²⁰ Goutal Jean-Louis, *op. cit.* note 28, p. 11.

¹²¹ *ibid.*

¹²² (Le droit de reproduction, et son corollaire, le droit de distribution, donne au titulaire du copyright le contrôle sur la fabrication et la dissémination des copies, mais une fois une copie déterminée vendue, la loi sur le copyright ne limite pas davantage l'usage de l'acheteur de cette copie.)

¹²³ Voir infra les développements sur les reproductions dans les RAM, page 12.

¹²⁴ Voir : *La remise en cause des exceptions au droit d'auteur par la technique*, page 47.

Section II - Le contrôle de l'accès

L'œuvre en ligne n'existe que si elle est accessible,¹²⁵ elle n'a de valeur que si l'accès peut être limité ou être payant. Internet lui-même n'existe que par ce qu'il permet un accès entre différents réseaux. Le réseau des réseaux a été conçu par des informaticiens, les juristes sont arrivés plus tard dans un monde déjà créé. Le droit a parachevé cette création en donnant, ou essayant de donner, à chaque chose une qualification. Le juriste se heurte parfois à une vision du monde différente des internautes. Les acteurs de l'Internet jouent un grand rôle dans l'accès à l'œuvre, mais lorsqu'il y a un conflit c'est au juge de se prononcer à l'occasion de l'action en contrefaçon.

§ 1 Les acteurs de l'accès

La condition première et évidente pour l'accès à une œuvre est sa mise en ligne, sur le réseau Internet, cela nécessite de recourir au service d'un fournisseur d'hébergement qui va stocker physiquement sur ses serveurs l'œuvre. Le fournisseur d'accès Internet va permettre ensuite à l'internaute d'accéder au réseau Internet et de là, à l'œuvre. Le stockage par l'hébergeur et la fourniture d'un accès Internet ne méritent pas une analyse particulière, ils sont soumis au droit commun déjà envisagé.¹²⁶ Les spécificités tenant la responsabilité de l'hébergeur et du fournisseur d'accès Internet seront étudiées dans les développements consacrés à la lutte contre la contrefaçon.

A) La facilitation de l'accès : les différents pointeurs¹²⁷

Parmi les pointeurs on pourrait inclure tout d'abord le nom du site¹²⁸, lui-même qui sert de référence pour retrouver l'œuvre qui y est proposée mais les pointeurs traditionnels sont les liens, les moteurs de recherche, et le « *peer to peer* » qui a également une fonction de moteur de recherche.

1) Liens

De manière générale, le lien est un outil qui permet d'accéder et donc de se déplacer entre les différentes pages d'un site, il a été inventé car il était plus pratique que de devoir manuellement ouvrir un fichier enregistré sur un serveur éloigné, perdu dans une arborescence complexe, au milieu d'autres fichiers semblables.

¹²⁵ Voir la définition adoptée *supra* p. 4.

¹²⁶ Voir notamment la question des *proxies* *supra* p. 11.

¹²⁷ Sirinelli Pierre, *Lamy Droit des médias et de la communication*, Lamy 2001, n°521-49 « *on parle aussi, parfois d'activité de pointage* ».

¹²⁸ (On parlera plus précisément de nom de domaine). L'affaire *Gandi*, Référé TGI Paris, 31 mai 2002, en est le rappel. La mise en cause du *registrar* (ou unité d'enregistrement) sera étudiée dans la partie concernant la responsabilité. Texte de la décision disponible sur <http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/dt_auteur/ord_tgi_paris_310502.htm>.

Lors de la découverte de l'Internet par le grand public, alors que certains croyaient au vide juridique, la netiquette précisait déjà que, sans qu'il soit nécessaire de demander la permission au webmaster du site visé pour faire un lien, il était indiqué d'envoyer un courrier électronique indiquant la création du lien, par respect pour la personne et ses efforts.¹²⁹ On pressentait déjà que l'établissement de liens n'était complètement dépourvu de conséquences et devait faire l'objet d'une certaine régulation.

La jurisprudence française semble refléter le malaise à la fois des praticiens et des juges à se placer sur le terrain du droit d'auteur.¹³⁰ Pourtant céder à la facilité et utiliser la concurrence déloyale ou le parasitisme paraît être moins efficace qu'une analyse sur le terrain du droit d'auteur. Alors que l'on s'interroge sur la pérennité du parasitisme¹³¹ et qu'il semble que la Cour d'appel de Paris soit résolue à ne plus y avoir recours, arriver à raisonner en terme de droit d'auteur pourrait permettre une sécurité accrue. De plus, le droit d'auteur permet des condamnations pénales. Les liens seront donc passés au crible de la propriété intellectuelle et seulement à celui-ci car la concurrence déloyale et le parasitisme n'existent pas en tant que tels en droit américain.¹³²

Le lien est caméléon et peut prendre différentes ampleurs et formes. On distingue traditionnellement quatre types de liens¹³³ que l'on examinera tour à tour.

a) Le lien simple

On étudiera le lien sous deux points de vue successifs ;

D'une part la relation interne entre la personne faisant le lien et le propriétaire du site lié ; d'autre part, les droits des tiers avec les actions possibles pour des liens menant à un contenu contrefaisant.

Le lien est le moyen d'accéder à une page web le plus aisé, il peut être présent partout aussi bien sur un site (site simple, portail, moteur de recherche, annuaire) que sur un forum, sur un *chat* ou dans un courrier électronique.

¹²⁹ Pour une référence à cet usage voir *infra* Trib. Com. Paris, Ord. Réf. 26 décembre 2000 *SNC Havas Numérique et SA Cadres on Line / SA Keljob*, disponible sur <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tcparis20001226.htm>.

¹³⁰ Les principales affaires se placent sur le terrain de la concurrence déloyale du parasitisme et éventuellement du droit *sui generis*. Par exemple : TGI Paris, 3ème chambre, 1^{ère} sect., 5 septembre 2001, *SA Cadremploi / SA Keljob et Sté Colt Télécommunications France*, disponible sur : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tgiparis20010905.htm>.

¹³¹ Le Tourneau Philippe, « Peut-on entonner le requiem du parasitisme ? » *Dalloz*. 2001 p. 1226.

¹³² Aux Etats-Unis l'importance accordée au domaine public, empêche la recréation d'un droit exclusif en dehors du *copyright*. La concurrence déloyale n'existe que pour les nouvelles d'agence récentes qualifiées de « *hot news* » et de « *time sensitive* » à l'image de ce qui existe en France dans ce domaine. C'est une catégorie très limitée.

¹³³ Hollande Alain et Zucker Cynthia, *Communication commerce électronique*, 2001, n°1, p. 8. distinguent quatre types de liens : lien simple (*link linking*), lien profond (*deep linking*), cadrage (*framing*), lien d'insertion (*inline linking*).

On étudiera tout d'abord le lien en lui-même avec son contenu et son fonctionnement, puis on examinera la qualification du passage de l'internaute d'une page à une autre.

i) Le fonctionnement du lien

Le lien simple permet d'aller d'une page web à la page d'accueil d'un autre site web généralement par un simple clic sur un texte traditionnellement en bleu souligné¹³⁴. Le lien hypertexte est ainsi défini par la Charte de l'Internet du GESTE¹³⁵: « *Mécanisme de référence, localisé dans, ou produit par, un contenu (source) permettant d'accéder directement à un autre contenu (cible) quelle que soit sa localisation. Ce mécanisme permet de passer instantanément à partir d'un signe contenu dans une page web à une autre page web quel que soit sa localisation au sein du réseau* ». Plus simplement pour le juge américain¹³⁶ le lien se définit ainsi : « *Programming a particular point on a screen to transfer the user to another web page when the point, referred to as hyperlink, is clicked is called linking.* »

Techniquement le lien se décompose en deux parties.

La partie visible sur la page web où il est présent ce peut être des mots, une image, une zone dans la page où il faut cliquer ou déplacer le curseur de la souris ou encore le lien peut être automatique sans intervention de l'internaute. Il y a également la page sous sa forme html (il suffit d'un clic droit de la souris puis de faire « afficher la source » pour y avoir accès) qui contient l'adresse du site visé¹³⁷ qui par exemple peut être <http://www.nomdusite.fr/dossierspécifique/page1.html>.

Le texte formant le lien visible sera le plus souvent le nom du site, ou le nom de l'œuvre présente sur le site. C'est donc le droit commun de la propriété intellectuelle qui s'applique, on ne pourrait pas reproduire un roman ou une photographie en entier sous le prétexte que cette œuvre est utilisée comme un lien.

Pour les pays de *common law*, la solution est simple ; les titres ne sont pas protégés par le droit d'auteur mais par le droit des marques.

En droit d'auteur, la protection des titres est visée à l'article L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle.

¹³⁴ L'*inline linking* se distingue de cette définition par le fait qu'il s'agit d'un lien automatique, dont l'affichage au sein de la page web visitée n'est pas décidé par l'internaute, voir page 39.

¹³⁵ Disponible sur <<http://www.geste.fr/publications/charte1.htm>>

¹³⁶ *Universal v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d (S.D.N.Y.)

¹³⁷ Diméglio Arnaud, « Les contrats de référencement dans l'Internet », *Communication commerce électronique*, mars 2001 p. 15 « *le lien hypertexte contenant nécessairement, dans sa partie cachée, l'adresse du document relié* ».

« Le titre d'une oeuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'oeuvre elle-même.
Nul ne peut, même si l'oeuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à L. 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une oeuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion. »

La protection est acquise sous la condition d'originalité mais « Tout de même, on ressent quelque gêne à regarder quelques syllabes ou quelques mots comme une oeuvre littéraire à part entière. »¹³⁸ Le deuxième alinéa est interprété extensivement, même les titres dépourvus d'originalité peuvent être protégés par l'action en concurrence déloyale.¹³⁹

La protection existe donc mais sans enthousiasme, c'est donc avec une certaine indulgence que l'on traitera une exception à ce qui ressemble beaucoup à un cas de *thin copyright*¹⁴⁰. La Cour de cassation dans son arrêt *Microfor*¹⁴¹ dans une affaire concernant la compilation du journal *Le Monde*, a indiqué que les titres échappaient au droit d'auteur créant ainsi une exception prétorienne.

Cette analyse s'appuie sur une décision de la Cour de cassation un peu ancienne et remise en cause sur d'autres points, mais il semble que la logique qui prévaut à propos du lien simple l'emporte. Le lien simple est de l'essence de l'Internet, vouloir l'interdire c'est se couvrir de ridicule.¹⁴²

Le chemin d'accès du site est composé du nom de domaine suivi du nom du dossier puis de la page web, il est difficile d'y voir une oeuvre de l'esprit protégeable. Il n'y a pas d'« effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en oeuvre d'une logique automatique et contraignante »¹⁴³ et même avec le critère le moins exigeant du droit d'auteur, il n'y a pas de protection possible.

Le lien en tant que titre semble le plus souvent ne pas entrer dans le champ du droit d'auteur. Même si le lien est original, il peut être considéré comme étant compris par l'exception développée par l'arrêt *Microfor*. Ainsi le lien, sur cet aspect, est licite.

¹³⁸ Lucas A. et Lucas J.-H. Lucas, *op. cit.* note 35, p. 102.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Le *thin copyright* est la protection limitée à la reproduction à l'identique offerte par le droit américain aux oeuvres peu complexes ou peu originales.

¹⁴¹ *Microfor* Cass. Ass. Plén., 30 oct. 1987, *Dalloz* 1988, p. 21, concl. J. Cabannes, décision disponible sur : <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1987X10X0PX00004X000>>.

¹⁴² Par exemple voir les déboires de KPMG voulant empêcher la fabrication de liens simples sur son site (vers sa page d'accueil !). Farhad Manjoo, "Big Stink Over a Simple Link", *Wired.com*, 6, Déc. 2001, disponible sur <<http://www.wired.com/news/business/0,1367,48874,00.html>>.

¹⁴³ Arrêt Pachot précité note 10.

Les moyens techniques permettent de connaître la provenance d'un internaute qui arrive sur une page web, on peut connaître la page précédente qu'il consultait et ainsi savoir quels sites utilisent des liens visant une page déterminée¹⁴⁴.

ii) L'accès permis par le lien

L'incitation et la fourniture de moyens afin de se rendre sur la page d'accueil d'un site appartenant à un tiers sont-elles soumises au droit d'auteur? S'il n'y pas d'acte de reproduction de la page lors de la mise en place du lien¹⁴⁵, peut-on qualifier l'accès rendu possible à la page d'accueil d'un autre site comme un acte de représentation ou de distribution¹⁴⁶?

L'appréciation des tribunaux est encore peu précise. Les juges consulaires se prononcent parfois en équité.¹⁴⁷ Le juge des référés, juge de l'évidence, refuse de se prononcer.

*« Les liens hypertextes sont les éléments essentiels de l'Internet auxquels ils confèrent son interactivité et sa richesse ; leur emploi est général ; la reconnaissance de leur caractère contrefaisant est à l'évidence une question de fond dont l'appréciation relève du juge de droit commun ; »*¹⁴⁸

La jurisprudence semble être d'accord sur la liceité du lien simple, et si le tribunal de commerce s'est prononcé dans un *obiter dictum* sur le droit de représentation, c'est pour conclure qu'il s'agissait de concurrence déloyale ! Le droit d'auteur n'est pas attaqué de front.

*« les dispositions de l'article L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle condamnent le fait de représenter une œuvre sans le consentement de son auteur et ce même article en son alinéa 1^{er} confère un droit moral inaliénable et imprescriptible ;
Que, par ailleurs, le bon usage des possibilités offertes par le réseau Internet commanderait, pour le moins, de prévenir le propriétaire du site cible ;
Que si la pratique des liens hypertextes peut favoriser le développement du réseau Internet, c'est à la condition sine qua non du respect incontournable des lois et règlements qui régissent le droit de la propriété intellectuelle ;*

¹⁴⁴ Voir le site de la Commission Nationale Informatique et Libertés <<http://www.cnil.fr/traces/index.htm>>.

¹⁴⁵ Pour établir un lien vers une page d'accueil, le survol du site n'est pas un préalable nécessaire contrairement au lien profond qui nécessite une reconnaissance, cependant ces fixations entrent dans le cadre des exceptions au droit d'auteur.

¹⁴⁶ Le droit de distribution ici ne vise que celui présent dans le *copyright*.

¹⁴⁷ Dans l'affaire Trib. Com. Rouen Ord. réf. 23 avril 2001 *Sarl Cap et SA Le Monde Interactif c. Laurent Martinez et Sté Clara Net*, le tribunal « déclare la procédure illégitime puisque les demanderesse ont immédiatement obtenu satisfaction à leurs demandes et qu'elles ont maintenu la procédure alors qu'elles avaient la confirmation officielle de la cessation du trouble dont elles se plaignaient », décision disponible sur : <http://www.legalis.net/jnet/decisions/responsabilite/ord_tc_rouen_230401.htm>.

¹⁴⁸ TGI Nanterre Ord. Réf. 11 décembre 2000 *Sté Groupe Industrie Service Info / SA Ornis, SA Electronic Business Service et Sarl Cinam*, décision disponible sur : <http://www.legalis.net/jnet/decisions/dt_auteur/ord_tgi-nanterre_111200.htm>.

Attendu, au surplus, que s'il est admis que l'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site Web, il n'en va pas de même pour ce qui concerne les liens dits "profonds" et qui renvoient directement aux pages secondaires d'un site cible, sans passer par sa page d'accueil. »¹⁴⁹

Pourtant d'autres juges consulaires ont fait apparaître le principe selon lequel le lien hypertexte simple ne porte pas atteinte au droit d'auteur.

« Que la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement, surtout lorsqu'ils ne se font pas, comme en l'espèce, directement sur les pages individuelles du site référencé »¹⁵⁰

En droit américain, la réponse semble simple, le *copyright* a développé davantage le *fair use* et semble tolérer les liens profonds ; donc, a fortiori, les liens simples sont licites.

Il semble exister en droit français un consensus entre la jurisprudence et la doctrine pour affirmer la licéité du lien simple. Il est difficile de trouver un fondement à cette exception au droit de représentation. (Il a été vu plus haut que le droit de reproduction entraine quant à lui dans le champs des exceptions.)

Il convient tout d'abord d'écarter le droit de citation non parce qu'il ne s'appliquerait qu'au droit de reproduction¹⁵¹ mais parce qu'un lien expose la totalité du site et n'est donc pas une courte citation. La théorie de l'autorisation implicite se heurte au formalisme de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose : « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même pour les autorisations gratuites d'exécution. »

Le fait que lien soit activé par l'internaute ne permet pas davantage de considérer qu'il n'y a pas de public. Le débat est celui déjà examiné pour le droit de représentation. Pour le professeur Jacques Larrieu : « Le lien n'ajoute pas à la reproduction et à la communication initiale de l'œuvre par l'auteur ; il fournit un moyen technique de cette communication. Il est donc permis. »¹⁵²

Un lien hypertexte permet par essence de drainer du trafic (des internautes) d'un site à un autre et ainsi d'augmenter l'audience. On peut donc s'interroger si l'on « ajoute » pas à la communication initiale de l'œuvre par l'auteur.

¹⁴⁹ Précité note 129.

¹⁵⁰ Trib. com. Nanterre Ord. réf. 8 novembre 2000, *Sarl Stepstone France / Sarl Ofir France*, disponible sur : <http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/dt_auteur/ord_tcomm-nanterre_081100.htm>.

¹⁵¹ Larrieu Jacques, « Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité », *Expertise*, juillet 2001, p 258 note 25.

¹⁵² *Ibid.*, p 259.

On le voit, la question est difficile et l'on recherche désespérément un fondement pour exempter le lien du droit d'auteur. A défaut d'exception légale, on pourrait s'interroger sur la spécificité de la page d'accueil d'un site par rapport au lien profond. On pourrait, avec beaucoup d'indulgence, voir dans l'enregistrement du nom de domaine l'acte qui indiquerait la volonté du propriétaire du site de permettre la communication au public de la page d'accueil.

b) Le lien profond

On a utilisé la comparaison du lien avec la note de bas de page,¹⁵³ la comparaison est riche et intéressante, mais on oublie peut être qu'avec le lien profond, contrairement à la note de bas de page, on n'a pas forcément vu la couverture du livre et le nom de l'auteur avant d'arriver, après avoir feuilleté, à la référence recherchée. Pour utiliser une autre image, c'est comme si les invités d'une réception ne passaient pas d'abord par le hall d'entrée saluer la maîtresse de maison, mais se précipitaient directement sur les petits fours, c'est inconvenant mais est-ce juridiquement répréhensible ?

Même un américain est capable de concevoir l'atteinte à l'œuvre en ligne que constitue le lien profond. Et ceci malgré l'absence de droit moral réel dans le *copyright*.

"When someone provides a link without my permission, which grants a user access to a part of my website without going first to my site's home page, the user may experience something different from what I intended when I established my website," selon Bruce Sunstein, *an intellectual property law attorney.*"¹⁵⁴

Cependant une partie de la doctrine européenne considère également que le lien profond est licite ; pour Maître Thibault Verbiest¹⁵⁵ « *le deep linking n'est pas illégal en soi.* ». On a vu l'absence totale de fondement à une éventuelle exception au lien simple, on eut sérieusement s'interroger sur l'existence d'une exception pour les liens profonds.

Le juge américain¹⁵⁶ a comparé le lien avec les panneaux de signalisation routière, en ajoutant qu'en plus le lien avait un caractère instantané.

¹⁵³ D.J.G. Visser, « Copyright in Cyberspace », Rapport néerlandais, Congrès ALAI de New York, 2001, disponible sur : <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/3_reports_fr.htm>.

¹⁵⁴ (Lorsque quelqu'un fournit un lien sans ma permission, qui permet à un utilisateur d'accéder à une partie de mon site web sans aller d'abord sur ma page d'accueil, l'utilisateur peut expérimenter quelque chose de différent de ce dont j'avais l'intention lorsque j'ai créé mon site web.) Cité par Delio Michelle, "Deep Links Return to Surface", *Wired.com*, April 18, 2002, disponible sur : <<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,51887,00.html>>.

¹⁵⁵ Verbiest Thibault, "Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites web ?" 9 mai 2000, *juriscom.net*, disponible sur <<http://www.juriscom.net/pro/2/lh20000509.htm>>.

¹⁵⁶ *Universal v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d (S.D.N.Y.)

Le lien permet de ne pas avoir à copier les éléments que l'on souhaite montrer, les utilisateurs de l'Internet l'ont compris : le District Judge Harry Hupp l'a relevé dans l'affaire *Tickemaster*¹⁵⁷

*“Tickets no longer (if it once did as alleged) merely copies the Ticketmaster event page on its own event page. However, by the use of hyper-linking (i.e. electronic transfer to the particularly numbered interior web page of Ticketmaster), the customer is transferred directly to the Ticketmaster interior event page.”*¹⁵⁸

L'usage du lien (ici lien profond) en lui-même pour le *District Judge Harry Hupp* ne viole pas le *copyright* :

“Further, hyperlinking does not itself involve a violation of the Copyright Act (whatever it may do for other claims) since no copying is involved. The customer is automatically transferred to the particular genuine web page of the original author. There is no deception in what is happening. This is analogous to using a library's card index to get reference to particular items, albeit faster and more efficiently.”

Réduire le *copyright* au droit de reproduction est aller vite en besogne, la fragilité du système américain entièrement fondé sur la reproduction est ici apparente, le droit d'auteur par la place donné au droit de représentation permet de réguler l'utilisation d'une œuvre en dehors de toute reproduction.

On ne peut pas trouver une autorisation de faire des liens profonds dans l'absence d'utilisation de technologies destinées à faire échec aux liens profonds (URL dynamique). Des moyens de protection existent, plus ou moins élaborés,¹⁵⁹ mais la pratique du lien profond sans l'accord préalable de l'auteur paraît porter atteinte en droit d'auteur au droit de représentation et éventuellement au droit moral car la succession de pages prévue par l'auteur comme un tout, comme une œuvre, se trouve désarticulée.¹⁶⁰

c) Le lien malicieux ou le lien et les droits des tiers

Les hypothèses envisagées auparavant visaient des conflits entre la personne qui a créé un lien et le propriétaire du site visé, il faut maintenant envisager le lien dans les relations avec les tiers. Tiers dans le sens qu'ils ne sont ni le site visé, ni le site liant.

¹⁵⁷ United States District Court For The Central District of California *Ticketmaster Corp. , et al. v. Tickets.Com Inc.*, March 27, 2000, disponible sur : <<http://www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-03-27.html>>.

¹⁵⁸ (*Tickets* ne copie plus (s'il l'a fait un jour comme allégué) simplement les pages événements de *Ticketmaster* sur ses propres pages événements. Cependant, par l'usage du lien hypertexte (c'est à dire par le transfert électronique d'une page web intérieure numérotée déterminée de *Ticketmaster*), le client est transféré directement sur la pages intérieure événement de *Ticketmaster*.)

¹⁵⁹ Il a également des moyens plus rudimentaires comme cette note que l'on a pu trouver au bas d'une page web : « Cette page fait partie d'un site. Si vous n'êtes pas passé par la page principale, cliquez là pour atteindre celle-ci ».

¹⁶⁰ Une comparaison audacieuse pourrait être faite avec le découpage du réfrigérateur peint par Dubuffet.

La prise en compte de lien afin de permettre la contrefaçon est encore un peu frustré. La décision du Tribunal de grande instance d'Epinal¹⁶¹ en est l'exemple :

*« Attendu qu'avant l'intervention des services de Police, un agent assermenté de la SCPP avait pu télécharger des morceaux de musique encodés sous le format MP3 à partir des pages WEB de TOP-MUSICS et écouter ces morceaux ;
Attendu que les avertissements qui lui ont été donné à 2 reprises par la SCPP reprenaient la législation française régissant la matière et insistait en particulier sur **l'illicéité de liens permettant de parvenir à des MP3 eux-mêmes illicites** ;
Que la **mauvaise foi** et l'élément intentionnel de l'infraction **sont encore renforcés** par les avertissements donnés aux visiteurs de son site WEB et la reconnaissance de l'illégalité des MP3 vers lesquels ses liens permettaient de se diriger ;
Attendu qu'en mettant à la disposition des utilisateurs du réseau INTERNET, même à titre gratuit, des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des artistes et des producteurs, Monsieur S. C. s'est rendu coupable du délit de contrefaçon prévu par les articles L. 335-2 et L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle ; (...) »*

Le juge pénal a condamné à quatre mois de prison avec sursis le contrefacteur, mais sans définir avec précision quels étaient les faits incriminés, le juge semble reprendre le constat du demandeur lors qu'il évoque « *l'illicéité de liens permettant de parvenir à des MP3 eux-mêmes illicites* ». On aurait souhaité des développements plus importants, le juge se reposant peut-être sur les constats matériels faits lors de la saisie du matériel informatique du condamné.

Une autre affaire plus disserte sur le lien hypertexte est l'affaire NRJ.¹⁶² Le fondement n'est pas ici une violation des droits de propriété intellectuelle mais il a permis à la Cour d'appel de Paris de se prononcer sur le lien malicieux.

*« Considérant que si **le lien hypertexte** constitue un simple mécanisme permettant à l'utilisateur en cliquant sur un mot ou un bouton de passer d'un site à un autre, et si la création au sein d'un site d'un tel lien permettant l'accès direct à d'autres sites n'est pas, en soi, de nature à engager la responsabilité de l'exploitant du site d'origine à raison du contenu du site auquel il renvoie, lequel, comme l'indique à juste titre le tribunal, dispose d'une totale autonomie lui permettant d'évoluer librement, au besoin, quotidiennement, sans que le site d'origine ait à intervenir, il en est toutefois autrement lorsque la création de ce **lien** procède d'une **démarche délibérée et malicieuse**, entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine, lequel doit alors répondre du contenu du site auquel il s'est, en créant ce lien, volontairement et délibérément associé dans un but déterminé ; »*

¹⁶¹ TGI Epinal, jugement correctionnel, 24 octobre 2000 ; SCPP c. Monsieur C. S., disponible sur : <<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=215>>.

¹⁶² CA Paris 4^{ème} chambre, section A, 19 septembre 2001, NRJ et Jean-Paul Baudecroux / SA Europe 2 Communication, disponible sur : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/ndm/caparis20010919.htm>>.

L'analyse est ici téléologique, on s'intéresse à l'intention, tout comme le jugement du TGI d'Epinal qui avait insisté sur la mauvaise foi « *encore renforcée* ». Le juge sous-entend que la mauvaise foi est déjà présumée en matière de contrefaçon. On recherche donc une intention qui peut découler des faits de l'espèce.

Le juge américain dans *Universal v. Reimerdes*,¹⁶³ ajoute une nouvelle distinction selon la nature de la page liée. Une page avec un contenu aussi riche que le « *Los Angeles Times* » ne rendrait pas responsable l'auteur d'un lien sur son site si le *Los Angeles Times* mettait en ligne un contenu illicite. Mais dans cette affaire traitant de la dissémination du logiciel (DeCSS) permettant le contournement de la protection des DVD, le juge a estimé que en l'absence d'autres contenus sur les pages web visées « *Defendants' posting and their linking amount to very much the same thing.* »¹⁶⁴ Il semblerait que le lien fait volontairement et en connaissance de cause vers de la contrefaçon soit condamnable de la même manière que la contrefaçon.

d) Le framing

Le *framing* est une technique qu'il convient de comprendre afin de pouvoir la qualifier juridiquement.

i) Approche technique

Le *framing* ou cadrage est d'abord une technique de construction de site web. Utiliser des cadres lors de l'élaboration d'un site permet à l'intérieur d'une même page de délimiter plusieurs zones définies par des cadres. Il s'agit de découper la page afin par exemple de ne pas avoir à recharger des éléments qui seraient constants dans toutes les pages du site. Par exemple la barre de navigation d'un site, avec des liens vers les différentes rubriques sera présente sur toutes les pages du site, on scindera donc l'écran en deux parties : la partie fixe et la partie variable. Le *framing* permet de donner l'impression de fondre dans une même page deux pages différentes afin de ne pas avoir à répéter le même ensemble d'éléments à chaque fois lorsque l'on crée des pages nouvelles et lorsque l'internaute y accède. Le *framing* permet la réalisation de « *créations coquilles vides* ».¹⁶⁵

Le *framing* se caractérise par le fait qu'il n'est pas visible, la barre d'adresse du navigateur n'indiquant que l'adresse Internet du cadre principal. La page encadrée peut être une page d'accueil comme une page intérieure du site.

Il est des cas courants où l'internaute est confronté à cette technique de manière tout à fait consciente. Avec le service de courrier électronique proposé par *Hotmail*,¹⁶⁶ lorsque l'on clique sur un lien présent dans un courriel que l'on a reçu, cela ouvre une nouvelle fenêtre composée d'un bandeau horizontal placé dans le haut de la fenêtre indiquant « *Msn Vous*

¹⁶³ 111 F. Supp. 2d (S.D.N.Y.).

¹⁶⁴ Les envois des défendeurs et les liens établis par eux sont vraiment équivalent.

¹⁶⁵ Sirinelli Pierre, *op. cit.* note 127, n°521-57.

¹⁶⁶ *Hotmail.com* est le service de messagerie du portail *msn.com* détenu par *Microsoft*.

informe que vous visitez un site qui ne fait pas partie de Hotmail. Si vous désirez retourner à Hotmail, merci de fermer cette fenêtre ».

Un autre exemple est celui de l'activité de redirection, l'entreprise *Ulimit.com*¹⁶⁷ propose des pseudo noms de domaine en *monsie.fr.st*.¹⁶⁸ Le site n'étant pas hébergé par cette société mais par un hébergeur quelconque qui n'a pas une adresse aussi simple à retenir. La contrepartie de la redirection étant l'ajout sur le site visualisé d'un bandeau de publicité, le site visé est ouvert dans un cadre sous le bandeau publicitaire.

ii) Qualification juridique

Le *framing* peut mettre en cadre le contenu d'un lien simple comme celui d'un lien profond, les développements concernant ces types de liens s'appliquent donc au *framing*. Il ne permet de tromper l'internaute que s'il utilise des liens profonds. Un internaute qui est confronté au *framing* pour une page d'accueil peut difficilement se tromper.

En matière de droit d'auteur, deux éléments sont intéressants dans le *framing*, tout d'abord l'URL de la page encadrée ne s'affiche pas, un cadre est rajouté au-dessus ou autour d'une œuvre préexistante créant peut être une œuvre dérivée.

L'absence de l'URL du site encadré pourrait être interprétée, en droit d'auteur, comme une atteinte au droit de paternité. Cependant l'œuvre présente sur un site est le plus souvent signée par son auteur ou alors un lien indique les contributeurs. Cet élément joue davantage en matière de concurrence déloyale.

On pourrait vouloir qualifier le *framing* d'œuvre dérivée. Le fait d'ajouter un cadre à une page web modifie la perception de la page mais il faut relativiser cela. La page web est, dès le départ, une œuvre qui doit subir des déformations par rapport à la conception originale. La taille de l'écran, le réglage de la résolution, le type de navigateur, le réglage du navigateur, la taille des polices à utiliser, la présence ou non de telle ou telle police sur l'ordinateur de l'internaute¹⁶⁹ sont autant de facteurs qui feront que la perception d'une page web variera d'un internaute à l'autre. Le simple fait d'avoir un écran plus petit ne peut pas être considéré comme une atteinte, sinon cela reviendra à interdire le survol aux internautes ayant un écran 14 pouces. Pour le juge américain,¹⁷⁰ le *framing* ne constitue pas une œuvre dérivée.

¹⁶⁷ <<http://www.ultimate.com/fr/>> « L'offre Ulimit ? En remplacement d'une adresse longue et non représentative pour votre site web <http://perso.prestataire.com/~chezvous/sujet/prefere/cinema.htm>. Vous pouvez avoir une adresse plus courte et facile à retenir <http://www.cine.fr.st/>. Si vous disposez déjà d'un site web personnel, *ultimate.com* se charge de rediriger automatiquement et gratuitement votre nouveau nom de domaine vers votre adresse actuelle ! »

¹⁶⁸ La société ayant acheté le nom de domaine *fr.st*, elle peut créer n'importe quel site finissant pas *fr.st*. Pour un exemple <www.jlacker.fr.st>.

¹⁶⁹ Le langage html utilise les polices de caractère présentes sur l'ordinateur de l'internaute et on peut prévoir qu'à défaut de telle police peu courante on utilisera telle autre.

¹⁷⁰ *Futuredantics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.*, 45 USP. Q.2d 2005 (C.D. Cal. 1998), extraits disponible sur <www.tomwbell.com/NetLaw/Ch07/Futuredantics.html>.

Il reste le contraste entre le contenu du cadre et la page web, seul le droit moral peut appréhender cette situation. L'insertion le plus souvent d'une page de publicité pourrait être une atteinte au droit moral, à la condition peut-être que la page encadrée n'en comporte pas elle-même ! Ce qui est le cas le plus souvent.

La technique joue un dernier tour au juriste, car certains hébergeurs de sites, comme *Lycos*, ont élaboré une technique qui permet d'enlever le cadre que le créateur du *framing* a réalisé. Mais ce système défensif contre le *framing*, est également agressif pour le site original. Pour prendre un cas concret, l'ouverture depuis la messagerie d'*Hotmail* d'un lien pointant sur un site de redirection qui redirige sur *Lycos* devrait aboutir à une page composée de trois frames successives. Celle de *Hotmail*, la publicité du site de redirection, la publicité de l'hébergeur gratuit. Le résultat est tout autre, *Lycos* utilisant une technologie faisant échec au *framing*, l'ouverture de ce lien dans les conditions décrites m'a mené à un site Internet incomplet où le cadre servant à la navigation sur ce site avait disparu. La technique est ici destinée à garantir le monopole de la publicité en luttant contre l'usage du *framing*, mais il en découle une amputation de l'œuvre, l'atteinte au droit d'auteur ne fait ici aucun doute.

e) **Inline linking**

L'*inline linking* ou lien d'insertion consiste à composer une page web d'un site A avec un ou plusieurs éléments appartenant à un site B. Le lien d'insertion ne réalise pas une copie de l'élément qui est incorporé dans la page A, il réalise simplement un lien profond non pas vers la page dans sa totalité (se serait du *framing*) mais vers un ou plusieurs éléments tel qu'une photographie ou un son. Les contrefacteurs ont compris que pour s'approprier une œuvre, il n'était pas nécessaire de la reproduire, certains font cela en connaissance de cause.¹⁷¹

L'*inline linking* utilise le site d'un autre pour y faire son marché, pour extraire hors de leur contexte des éléments soumis au droit d'auteur. Il s'agit de lien profond dont la liceité de manière générale est douteuse, mais ici l'intention nécessaire à la qualification de lien malicieux peut clairement être déduite des faits. Il y a atteinte au droit de représentation, et éventuellement au droit de paternité et au droit à l'intégrité de l'œuvre. De plus cela relève également des agissements parasitaires car l'*inline linking* utilise la bande passante du site pillé au lieu d'utiliser la sienne. Dans l'affaire *Kelly v. Arriba*,¹⁷² le juge américain a décidé que l'utilisation de photographies grandeur nature par *framing* et *inline linking* violait le *right of performance*

¹⁷¹ <<http://www.faitdivers.com/redac/esthellehallyday.html>> reproduit en annexe est l'exemple le plus caricatural possible.

¹⁷² *Kelly v Arriba Soft Corporation*, précité note 92.

2) Moteurs de recherche et annuaires

a) Définitions

Il faut tout d'abord distinguer les moteurs de recherche des annuaires. Un moteur de recherche par des procédés automatiques va emmagasiner le plus grand nombre de sites Internet possible qu'il va ensuite mettre en forme de façon à permettre une recherche par mot clef. L'annuaire adopte une approche diamétralement différente en se refusant à toute volonté d'exhaustivité, un choix humain est fait de référencer ou non un site. La consultation se faisant alors par arborescence en développant et précisant le thème peu à peu. L'annuaire est fait avec une intervention humaine contrairement au moteur. L'annuaire ne dirige que vers les pages d'accueil. Le moteur de recherche ne fait aucune distinction, il pointe vers des pages d'accueil comme vers des pages intérieures, il utilise donc des liens profonds voire même il peut renvoyer sur des pages « oubliées » dont l'accès n'est normalement pas possible.

b) Qualification

La qualification du moteur de recherche est complexe. Il faut revenir sur son fonctionnement. Le moteur, à l'aide de robots, quadrille le net et aspire du contenu. Puis ce contenu est indexé. Une troisième étape est de répondre aux requêtes des internautes à partir du contenu préalablement indexé. L'ensemble de ces opérations est automatique. On pourrait envisager de qualifier l'outil qui permet ce traitement, de logiciel, et les résultats obtenus de création assistée par ordinateur dont le créateur du logiciel est le créateur. L'intervention de l'internaute en frappant des mots pour faire sa recherche est identique à celle d'un joueur de jeux vidéo. Il intervient mais ne devient pas auteur.

Cette création a été permise par le développement d'un outil sophistiqué, cependant c'est bien la main de l'homme qui a permis sa création. Le résultat d'une recherche se distingue d'un annuaire téléphonique, il n'est ni exhaustif, ni classé par ordre alphabétique, mais résulte bien selon des critères de l'arrêt *Pachot*¹⁷³ d'un « *effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante* ». Les critères pris en compte par chaque moteur sont différents (nombre de liens vers le site, nombre de liens internes contenant les mots clés, etc.) et l'ensemble de ces critères est original et peut donc être à l'origine d'une création également originale.¹⁷⁴ Les méta-moteurs de recherche réalisent donc des œuvres dérivées.

Les moteurs de recherche réalisent des liens profonds et des liens simples, et lorsqu'il s'agit de textes, reproduisent les premières lignes. Si l'exception de courte citation à fin

¹⁷³ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, précité note 9.

¹⁷⁴ La Cour de cassation a bien admis que l'originalité d'un jeu vidéo pouvait être déduite de « la combinaison des sons et des images formant les différentes phases du jeu » Cour de cassation crim., 21 juin 2000 avec les observations critiques du professeur Sirinelli *Dalloz* 2001 p. 2552, décision disponible sur : <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=INCA&nod=IXRXCX2000X06X06X00851X054>>.

d'information, prévue par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, couvre ces agissements, il n'y a pas une telle exception, en droit d'auteur, pour l'exposition totale d'une œuvre picturale.

C'est à propos des moteurs de recherche que s'est posée la question de la protection des images réduites. Aux Etats-Unis dans l'affaire *Kelly v. Arriba*,¹⁷⁵ l'usage de miniature par un moteur de recherche a été considéré comme un usage loyal.

En droit français la reproduction intégrale ne peut pas être une courte citation. Elle n'est possible, sans autorisation de l'auteur, que dans le cadre des exceptions prévues à l'article L. 122-5 2° et 3° c) du Code de la propriété intellectuelle visant l'exception de copie privée et les informations d'actualités. La décision¹⁷⁶ de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation refusant l'exception de courte citation aux catalogues de vente aux enchères en est l'application. La modification¹⁷⁷ subséquente du Code de la propriété intellectuelle afin de créer une exception particulière est l'affirmation du principe.

3) Le "peer to peer"

L'affaire MP3.com doit être distinguée du « *peer to peer* ». Le site MP3.com se prévalant de l'exception de « *space shifting* », (sorte de dérivé de l'exception de « *time shifting* » de l'affaire *Betamax*¹⁷⁸) proposait aux internautes d'écouter depuis n'importe quel point de connexion à Internet, la musique dont ils avaient montré qu'ils avaient une copie du CD original. Cette affaire est différente car en l'espèce, c'est le site central qui stockait sur ses serveurs les morceaux de musique. L'exception de *fair use* a été rejetée car il n'était pas prouvé de manière certaine que les internautes avaient bien effectué l'achat du CD qui permettait de les identifier comme pouvant écouter ces morceaux depuis Internet.

Le principe du « *peer to peer* » consiste à mettre en contact des internautes pour leur permettre d'échanger entre eux des fichiers. L'échange, au départ, ne portait que sur des fichiers musicaux au format MP3. La technologie permet maintenant l'échange de tous les formats de fichiers dont images, films au format DivX ; l'avancée des technologies permettant grâce à de nouveaux formats de fichier de stocker toujours plus d'informations pour une taille de fichier toujours plus petite. Ce qui va de paire avec une augmentation de l'équipement des ménages en liaison haut débit, câble ou ADSL pour l'instant.

¹⁷⁵ *Kelly v Arriba Soft Corporation*, précité note 92.

¹⁷⁶ Cass. Ass. plén. 5 nov. 1993 : *JCP* 1994, II, 22201, décision disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1993X11X0PX00015X000>

¹⁷⁷ Le législateur a modifié ainsi l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : [...] d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente.* »

¹⁷⁸ *Sony Corp. of America v. Universal City Studio, Inc.* 464 U.S. 417 (1984).

L'affaire *Napster*¹⁷⁹ demeure l'affaire la plus retentissante. *Napster* avait pour but de faciliter l'échange de fichiers musicaux entre internautes. L'internaute voulant utiliser *Napster* devait permettre aux autres participants d'accéder sur son disque dur à ses fichiers MP3 afin de pouvoir faire de même. Les noms des fichiers MP3 disponibles sur le disque dur du participant étaient rapatriés sur le serveur central de *Napster* formant un annuaire collectif de tous les titres. L'utilisateur pouvait, grâce à un moteur de recherche, retrouver les morceaux de musique soit par titre, soit par artiste. *Napster* ne faisait que mettre en relation les deux internautes inconnus pour permettre la copie du fichier, le serveur de *Napster* ne copiant que titres des artistes et la localisation du disque dur de la personne ayant ce titre.

Napster ne procédant pas lui-même à la copie, les producteurs de disques l'ont attaqué pour *contributory infringement*,¹⁸⁰ il fallait donc prouver que l'action de *Napster* permettait la réalisation d'acte de contrefaçon et donc qualifier les actes des utilisateurs.

Selon le juge Beezer, les utilisateurs qui permettaient la copie en rendant accessible leur disque dur violaient le droit de distribution en envoyant sur le serveur la liste de leurs fichiers tandis que les utilisateurs qui rapatriaient¹⁸¹ une copie sur leur disque dur violaient le droit de reproduction.

Napster invoqua la défense d'usage loyal, on étudiera donc tour à tour les quatre critères du *fair use*.

Il faut déterminer le but de l'usage, s'il s'agit de réaliser une œuvre nouvelle (*transformative use*) ou une copie de consommation (*redistributive use*), de plus, l'usage est ici commercial car il permet de ne pas acheter l'œuvre.

La nature de l'œuvre est à prendre en compte pour les données factuelles où il n'y a qu'un *thin copyright* ; ce qui n'est pas le cas ici car il s'agit de musique.

La quantité copiée est également un élément défavorable car la copie est totale.

Au-delà de l'absence d'effet négatif sur le marché, les conséquences de l'échange de fichier avec *Napster* ont été analysées à la lumière du marché potentiel que cela représente pour les auteurs. « *Moreover, lack of harm to an established market cannot deprive the copyright holder of the right to develop alternative markets for the works.* »¹⁸²

¹⁷⁹ *A&M Record, Inc., v. Napster, Inc.* 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001) disponible sur <<http://laws.findlaw.com/9th/0016401.html>>.

¹⁸⁰ Contrefaçon par contribution.

¹⁸¹ On peut regretter pour la clarté des explications que les verbes *to download* et *to upload* se traduisent tous deux par télécharger selon le *Harrap's Shorter* 2000.

¹⁸² (De plus, l'absence de dommage à un marché établi ne peut pas priver le titulaire du copyright du droit de développer des marchés alternatifs pour les œuvres.) *A&M Record, Inc., v. Napster, Inc.* précité note 179.

La faiblesse de *Napster* résidait dans sa centralisation, car il fournissait les moyens de la contrefaçon et avait un contrôle possible du système via le moteur de recherche mis à la disposition des utilisateurs.

Napster constitue la première génération du *peer to peer* qualifié par certains de « faux P2P centralisé », ¹⁸³ la seconde génération avec *Kazaa* échappe à cette critique avec une architecture en nœuds où le contrôle n'est pas possible de manière centralisée. Comme le proclame *Kazaa* lui-même, il n'est plus nécessaire d'avoir des serveurs centraux. ¹⁸⁴ Le système fonctionne sous forme de nœuds et supernœuds. ¹⁸⁵ Les supernœuds sont les ordinateurs participants qui ont une bande passante importante. L'analyse devrait être renouvelée sur deux aspects : d'une part, le contrôle qui est bien moindre, d'autre part, l'utilisation qui n'est plus limitée à l'échange de fichiers musicaux, mais est ouverte à tous les types de fichiers textes, photographies, films, sons.

Audiogalaxy.com a signé un accord avec la RIAA s'engageant à filtrer la musique qui transiterait par son système. Le site *Napster* n'y étant pas parvenu et restant fermé en attendant de trouver un tel filtre, on peut douter de la mise en place d'un tel système. Le financement de tel système est intrigant, la ressource principale étant dans le fichier client. *Kazaa* a officiellement déclaré vouloir utiliser son fichier client pour faire de la publicité pour les fournisseurs d'accès Internet à haut débit. La démarche est logique, mais le calcul consiste froidement à vivre au détriment des détenteurs de droits de propriété intellectuelle. La nécessité pour ces organisations de connaître leurs clients, les obligera toujours à avoir un minimum de contrôle sur eux. Alors que la troisième génération de logiciel « *peer to peer* » arrive, on peut être serein et considérer que les sociétés faisant la promotion de la contrefaçon resteront susceptibles d'être affectées par les décisions de justice. On peut imaginer à l'instar des diffusions satellites en Angleterre, ¹⁸⁶ que si le site ne peut pas être fermé, on puisse incriminer les annonceurs qui payent la publicité et ainsi atteindre financièrement ces sociétés.

Les modes d'accès aux contenus de l'Internet varient. Le lien hypertexte, clé de voûte de l'Internet, est nécessaire à son fonctionnement. Les moteurs de recherche et autres pointeurs

¹⁸³ Grynbaum Vincent, précité note 62, p. 5 note 8.

¹⁸⁴ Kazaa.com : « *FastTrack's totally decentralized architecture ensures 100% uptime - no centralized servers needed.* »

¹⁸⁵ Kazaa.com : « *What is a Supernode ? Any computer using KaZaA Media Desktop can become a Supernode if they have a modern computer and are accessing the Internet with a broadband connection.* »

¹⁸⁶ En Angleterre, les fonctions dévolues en France au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel sont réparties entre *Broadcasting Standards Commission* (BSC) et l'*Independent Television Commission* (ITC). Ce sont tous les deux des organes gouvernementaux. L'article 177 du *Broadcasting Act 1990* intitulé « *Orders proscribing unacceptable foreign satellite services* », permet à l'ITC de notifier au ministre des affaires étrangères, les services étrangers diffusés par satellite (chaînes de télévision, ou chaînes radio) qui offensent de manière répétée le bon goût et la décence ou qui sont susceptibles d'encourager au crime ou de mener au désordre ou d'heurter les sentiments du public, afin qu'il les interdise. Une fois interdit, la personne qui ferait de la publicité dans les programmes de ces services ou pour ces services encourt une peine de deux ans de prison, voir l'article 178 du *Broadcasting Act 1990*, au titre explicite : « *offence of supporting proscribed foreign satellite services* ». Ces deux articles sont disponibles sur : http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900042_en_21.htm#mdiv177.

sont également d'une grande aide. Le *peer to peer* peut de son côté se prévaloir d'une volonté de partage entre les internautes. Cependant, on ne peut leur accorder de blanc seing en toute occasion, le droit d'auteur comme le *copyright* encadre leurs utilisations.

Il est important de pouvoir faire circuler rapidement et souvent gratuitement certaines informations ou œuvres de l'esprit. Cependant sur l'Internet une partie seulement des contenus sont disponibles en libre accès ; souvent il s'agit d'attirer l'internaute vers un contenu payant dont l'accès est contrôlé le plus étroitement possible ; l'usage de mesures techniques est alors nécessaire afin que l'œuvre en ligne par la rareté de son accès puisse acquérir une valeur et motiver un paiement.

B) La régulation de l'accès : les mesures techniques

Le monde des réseaux a tout d'abord été vu comme un monde de perte pour la propriété intellectuelle, un monde où il était impossible de faire respecter les droits des auteurs. Puis on a pu croire que la solution miracle à la technique serait la technique ; l'usage de techniques permettant une protection supérieure à celle existant dans le monde réel.¹⁸⁷ Les deux approches sont excessives.

Les mesures techniques sont très mal perçues par les utilisateurs légaux. Le dispositif anticopie incorporé sur certains CD audio fait même l'objet d'une *class action* aux Etats-Unis car ces CD ne peuvent pas être lus sur certaines chaînes hi-fi.

Les clients sont donc mécontents et le dispositif est de plus très facile à contourner, il suffit de masquer la zone qui présente le dispositif avec de l'adhésif ou un marqueur.¹⁸⁸

Alors qu'*Universal*, en partenariat avec AOL, développe une offre de téléchargement de musique au format MP3 pour \$1, sans aucun système de protection ; on peut se demander si tout simplement comme au début des logiciels, les mesures techniques ne sont pas un frein à la commercialisation des produits. Une approche commerciale serait peut-être plus apte à recueillir l'adhésion des consommateurs. Cependant, ce n'est pas la voie qui a été retenue, les mesures techniques font l'objet d'une protection juridique (1) et de manière générale remettent en cause les exceptions traditionnelles au droit d'auteur (2).

¹⁸⁷ "Adoption of technological means to protect works against unauthorized use or to track down infringements may, in fact, mean that authors' rights will become better protected in cyberspace than they have ever been in the physical world." Samuelson Pamela, "Questioning the Need For New International Rules On Authors' Rights in Cyberspace", *First Monday Peer-Reviewed Journal on the Internet*, 1996 disponible sur <<http://www.firstmonday.dk/issues/issue4/samuelson/>>.

¹⁸⁸ Sosnowiez N. et Guillemin C., « CD : le système anticopie de Sony allergique à l'adhésif », *ZDNet Week* n°16 du 17 juin au 23 juin 2002 p. 12 voir également Gueric Poncet, Pirates, « la solution est dans le scotch », *lemonde.fr*, 21 juin 2002.

1) La protection juridique des mesures techniques

Les mesures techniques ont eu un parcours singulier. Les lobbies de part et d'autre étaient puissants.¹⁸⁹ Le projet a été lancé par le gouvernement américain dans un livre blanc (intitulé « *Intellectual Property Rights and the National Information Infrastructure* » de septembre 1995 réalisé par l'*U.S. Working Group on Intellectual Property Rights of the National Information Infrastructure Task Force report*). Ce projet a rencontré une opposition considérable au Congrès dès mars 1996.¹⁹⁰ Face à cette opposition, le gouvernement américain est passé au niveau international¹⁹¹ pour faire adopter son projet, ce qui fut fait au sein du traité OMPI avec les articles 11 et 12 adopté le 20 décembre 1996.

Le principe est simple, le droit d'auteur en tant que droit exclusif se trouve menacé par la technique. Il est donc nécessaire que la technique vienne au secours du droit défaillant pour restaurer le contrôle que le juridique ne permet plus de sauvegarder. Mais les mesures techniques sont faillibles et aisément contournées, il faut donc que le droit vienne à son tour à l'aide des mesures techniques en les protégeant juridiquement. C'est donc un mille-feuille de protection qui est ainsi créé.

On peut rappeler que la copie privée a longtemps été négligeable et lorsqu'elle s'est développée, la copie analogique subissait une déperdition de qualité à chaque copie. Cette limite naturelle n'est plus présente avec le numérique et il devient nécessaire d'appuyer le droit exclusif sur la technique.

Les articles 11 et 12 du Traité OMPI sur le droit d'auteur distinguent d'une part les mesures visant à limiter l'utilisation de l'œuvre et d'autres part les mesures qui visent à identifier l'œuvre :

Article 11 : Obligations relatives aux mesures techniques

« Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi ».

Les procédés d'identification tels la stéganographie et le *watermarking* permettent d'insérer de manière invisible pour l'utilisateur des informations au sein de l'œuvre. Ceci afin de prouver l'origine de la copie.

Article 12 : Obligations relatives à l'information sur le régime des droits

¹⁸⁹ "It would oversimplify the facts – although not by much – to say that the battle in Congress over the anti-circumvention provision of the DMCA was a battle between Hollywood and Silicon Valley." Samuelson Pamela, *op. cit.* note 76, p. 4.

¹⁹⁰ Samuelson Pamela, *op. cit.* note 187.

¹⁹¹ C'est la thèse défendue par le professeur Samuelson *op. cit.* note 100.

« 1) Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité ou la Convention de Berne :

- i) supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;
- ii) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

2) Dans le présent article, l'expression "information sur le régime des droits" s'entend des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public ».

D'autres procédés ont été mis au point afin de pouvoir contrôler l'usage fait par les utilisateurs d'une œuvre ; ces technologies sont très diverses et visent des buts différents. Interdire la copie comme le dispositif anti copie CSS (*Content Scrambling System*) mis en place sur les DVD pour empêcher leur copie et rendre impossible leur lecture dans une autre zone géographique que celle de leur distribution.

L'application de ces disposition du traité OMPI s'est faite aux Etats-Unis avec le *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 et en Europe avec la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information¹⁹².

De manière inattendue, un accord de part et d'autre de l'Atlantique est apparu : les transpositions des législateurs respectifs vont au-delà de la lettre du traité OMPI qui, selon une partie de la doctrine, a étendu le champ de protection des dispositifs techniques au-delà de ce que le traité prévoyait. Pour le professeur Samuelson : « *The anti device provision of the DMCA are highly ambiguous and overbroad.* »¹⁹³ Pour le professeur Sirinelli¹⁹⁴ « la définition [de l'article 6.3 de la directive du 22 mai 2001] semble aller au-delà du champ des actes soumis au droit d'auteur et au-delà des exigences du Traité OMPI. Les premières versions de la Directive étaient plus proches du Traité OMPI. »

¹⁹² Disponible sur <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr00100019.pdf>.

¹⁹³ (Les disposition du DMCA sur les dispositifs techniques sont extrêmement ambiguës et trop larges) Samuelson Pamela, , *op. cit.* note 76.

¹⁹⁴ Sirinelli Pierre, « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droit d'auteur et droits voisins », Rapport général, Congrès ALAI de New York, 2001, disponible sur : <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/GenRep_id2_fr.doc>.

Il semblerait donc que les Etats aient cédé aux craintes des producteurs et qu'ils ont pris le risque de réaliser une « *sur-réservation* ». ¹⁹⁵

La directive du 22 mai 2001 interdit le contournement pur et simple à l'article 6.1, comme les actes préparatoires permettant ce contournement à l'article 6.2. La prohibition est donc très large en Europe comme aux Etats-Unis car elle vise le fait de « *fabriquer, importer, offrir au public, fournir ou autrement faire le commerce de technologies, produits, services, dispositifs ou parties de ceux-ci* » ¹⁹⁶ selon l'article § 1201 (a)(2) de la loi américaine ; alors que l'article 6.2 de la directive prévoit; « *la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services* ».

Une fois posé le principe d'une interdiction, il faut également poser les limites à ce principe et donc des exceptions à l'interdiction du contournement des dispositifs anti-copies. Le *copyright* opère une distinction entre le contournement du contrôle d'accès et contournement du contrôle des droits, la prohibition ne frappant que le contournement du contrôle de l'accès. Une partie de la doctrine américaine prône l'extension des exceptions à l'interdiction du contournement des dispositifs techniques, et l'ajout des mots « *or other legitimate purposes* » ¹⁹⁷ à l'article 17 U.S.C. 1201(a) (1) car les sept exceptions prévues par le DMCA si elles répondent aux besoins actuels ne sont pas une liste exhaustive des usages légitimes futurs. Le professeur Samuelson est conforté dans ce point de vue par le professeur Nimmer. ¹⁹⁸

La directive incite à une auto-régulation par ceux qui créent les dispositifs techniques, à défaut d'acte en ce sens de la part des titulaires de droit, les états doivent prendre des « *mesures appropriées* » dont on ignore pour l'instant le contenu.

2) La remise en cause des exceptions au droit d'auteur par la technique

Le droit d'auteur est un droit exclusif. Les exceptions sont donc les limites internes à ce droit. Par exceptions, « *il s'agit bien de déterminer les utilisations d'éléments protégés qui ne sont pas soumises à autorisation ou rémunération.* » ¹⁹⁹ La remise en cause des exceptions au droit d'auteur s'accompagne d'une remise en cause de l'équilibre entre la société et les auteurs. La mise en place de nouvelles technologies force à remettre en question les analyses

¹⁹⁵ *ibid.*

¹⁹⁶ *ibid.*

¹⁹⁷ (Et autres usages légitimes), Samuelson Pamela, *op. cit.* note 76 p. 50.

¹⁹⁸ Nimmer David, « A Proleptic Review of the Digital Millennium Copyright Act » 16 *Berkeley Tech. LJ* 855 (2001), disponible sur <<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/nimmer/nimmer.pdf>>. Sur un mode humoristique l'auteur démontre l'impossibilité pour un législateur de prévoir l'avenir.

¹⁹⁹ Sirinelli Pierre, « Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins, Atelier sur la mise en oeuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes », OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle), Genève, 6 – 7 décembre 1999, p. 2, disponible sur le site de l'OMPI : <http://www.wipo.org/fre/meetings/1999/wct_wppt/>.

traditionnelles. Le droit américain²⁰⁰ distingue dans les exceptions, les exceptions ayant pour but la création et celles dues à une défaillance du marché.²⁰¹ Les technologies remettent en cause les exceptions fondées sur une « *market failure* », ²⁰² car celle-ci n'existe plus. Le contrôle de l'utilisation d'une œuvre est possible, l'exception perd son fondement.

Les technologies ont également par leur simple évocation, par leur simple existence un pouvoir important car elles permettent de mettre en œuvre sous un jour nouveau le test des trois étapes qui est posé à l'article 10 du traité OMPI du 20 décembre 1996 relatif au droit d'auteur.

Article 10 Limitations et exceptions.

« 1) Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

2) En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

Les nouvelles techniques permettent une interprétation de plus en plus extensive de l'usage normal. « En conséquence, le critère de l'exploitation normale de l'œuvre comme limite absolue aux exceptions implique une réduction des exceptions lorsque la technologie permettra de négocier l'usage jusqu'ici autorisé en application d'une exception. » ²⁰³

Ainsi non seulement la technique présente dans l'œuvre peut brider l'exercice des exceptions au droit d'auteur,²⁰⁴ mais la simple faculté offerte aux auteurs d'entreprendre une exploitation peut rendre une exception non conforme au test des trois étapes.

²⁰⁰ Certains auteurs proposent de distinguer trois catégories d'exceptions ayant chacune un fondement différent : les libertés fondamentales, les besoins d'intérêts publics, et la *market failure*. Buydens Mireille et Séverine Dussollier, Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses, *Communication commerce électronique*, septembre 2001 p. 11.

²⁰¹ Ginsburg Jane, *op. cit.* note 117 p. 11 L'auteur distingue "the market failure genre of fair use" et "transformatives fair uses".

²⁰² La notion de *market failure*, littéralement défaillance du marché, recouvre les anomalies spécifiques à un marché. Elles peuvent être dues en droit d'auteur notamment à la technique (absence de dispositif anti-copie incontournable) et/ou à la pratique (droit à la vie privée). L'application totale du droit d'auteur n'est pas possible dans ces cas là, il y a donc *défaillance du marché*.

²⁰³ Buydens Mireille et Séverine Dussollier, *op. cit.* note 200, p. 10.

²⁰⁴ Il est très rare qu'une mesure technique rende complètement impossible la réalisation d'un usage prévu par une exception au droit d'auteur. « Constaté qu'un film verrouillé sur DVD est normalement impossible à copier numériquement est exact. Affirmer qu'il est impossible à reproduire, alors même que je peux filmer sa représentation sur un écran avec un Caméscope, est faux » in Sirinelli Pierre, *op. cit.* note 194.

L'évolution de la technique est déjà perceptible dans l'usage du *fair use* avec l'essor du marché potentiel. Le test des trois étapes pourrait se révéler plus redoutable encore, s'il est interprété comme devant être respecté par la législation, car il s'appliquerait non à un cas d'espèce, mais de manière générale à l'exception légale. Les américains ont déjà été condamnés sur le terrain du test des trois étapes,²⁰⁵ le risque est donc réel. On peut nuancer en ajoutant que les américains n'ont pas modifié pour autant leur législation. La distinction entre systèmes ouvert et fermé d'exception au droit d'auteur peut de ce point de vue être nuancée, le *fair use* est également soumis à ce test et ce n'est que dans cette limite que le *copyright* connaît un système ouvert d'exception.

Le droit d'auteur semble s'étendre de plus en plus, la durée de protection est passée à la vie de l'auteur plus 70 ans et l'on remet en cause aujourd'hui les exceptions traditionnellement admises.

Deux visions sont possibles et s'opposent, d'une part on pourrait de manière optimiste penser que le contrôle va permettre à l'utilisateur de ne payer que ce qu'il consomme et qu'ainsi il payera moins. Il ne payera plus pour les exceptions au droit d'auteur qu'il n'utilise pas.

On peut également penser que le droit d'auteur devient excessif et que sa complexité de plus en plus grande et sa perception par le public comme une taxe, ne permettent pas au public d'adhérer au droit d'auteur. Mais a-t-on besoin que le public adhère ? Avec l'émergence du « *nouveau public* », ²⁰⁶ c'est d'autant plus nécessaire car le public est de plus en plus un acteur « *mais en général l'utilisateur n'a pas de droit à faire valoir à l'encontre des auteurs.* » ²⁰⁷ En droit d'auteur l'utilisateur n'a aucun droit, ²⁰⁸ par exemple la citation doit être possible, il n'y a aucune obligation qu'elle soit facile ou que l'éventuelle copie soit de bonne qualité.

La réalité est peut être entre les deux ; l'objectif des mesures techniques est simplement « *d'inciter les gens honnêtes à rester honnêtes* » ²⁰⁹ en compliquant suffisamment la création de contrefaçons. On peut se demander s'il s'agit réellement de mettre en œuvre la « balance des intérêts ». Cette notion est considérée par certains auteurs comme étrangère au droit d'auteur, le droit d'auteur ne serait pas un marchandage mais la reconnaissance des droits naturels des auteurs. Le romantisme du droit d'auteur s'exprime ainsi, mais les tensions entre les groupes de pression sont mieux représentées par l'idée de la « balance des intérêts ».

²⁰⁵ Ginsburg Jane C., "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions", *RIDA*, janvier 2001, disponible sur : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253867>.

²⁰⁶ Lefranc David, « Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions "Napster" et "MP3.com") », *Dalloz* 2001 n°1 p. 107.

²⁰⁷ Goutal Jean-Louis, *op. cit.* note 28, p. 10.

²⁰⁸ Lefranc David, *op. cit.* note 206, p. 108 « *l'enjeu est très clair en droit d'auteur : reconnaître des droits au public revient à changer de système [...]* », p. 110 « *En droit d'auteur le public n'a pas de droits et n'a que des devoirs* ». En matière de logiciels, l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle reconnaît cependant à l'utilisateur le droit d'effectuer une copie de sauvegarde.

²⁰⁹ Selon la formule de Thierry Maillard, doctorant en droit.

L'interdiction du contournement des mesures techniques vient former une nouvelle couche de protection, qui se superpose au droit d'auteur. La création d'un délit obstacle vise à mieux protéger les œuvres de l'esprit, cependant la technique souffre de deux défauts : d'une part, elle est aveugle et s'applique sans discernement à tous les utilisateurs et pour toutes les utilisations, et d'autre part elle est vite dépassée et contournable.

Le droit d'auteur a pour but une promotion des œuvres, il doit donc en permettre la création. L'originalité absolue étant selon certains impossible, il faut permettre aux créateurs de se nourrir des travaux de leurs prédécesseurs,²¹⁰ mais il faut le faire en restant dans la légalité. A défaut les titulaires de droit d'auteur peuvent engager la responsabilité des personnes effectuant un usage non autorisé d'une œuvre en ligne avec l'action en contrefaçon.

²¹⁰ *"The dwarf sees farther than the giant, when he has the giant's shoulder to mount on"* (Le nain voit plus loin que le géant, lorsqu'il a l'épaule de celui-ci sur laquelle monter). Coleridge Samuel T., in le journal *The Friend*.

§ 2 La lutte judiciaire contre l'accès frauduleux : l'action en contrefaçon

L'action en contrefaçon est plus large que la lutte contre l'accès frauduleux à une œuvre, mais dans le cas d'une œuvre mise en ligne, c'est l'accès rendu possible sans l'accord de l'auteur qui doit être combattu. Les mesures techniques permettent également un contrôle de l'accès, comme cela a été vu.

L'Internet permet à l'information de circuler très rapidement, une œuvre mise en ligne un jour sur Internet, peut l'être pour toujours. Il convient donc de faire cesser la diffusion de manière urgente avant de rechercher les responsabilités. Le sujet est complexe, on se limitera à en dessiner les lignes principales en comparant principalement le DMCA et la directive commerce électronique.²¹¹

A) La cessation du trouble

Lorsqu'une œuvre est mise en ligne sans l'accord de l'auteur, la première démarche vise à faire retirer l'œuvre du site en cause et à en faire effacer toutes les reproductions provisoires au sein des *proxies* des différents fournisseurs de services de l'Internet et de manière parallèle empêcher l'accès au site en cause par tous les moyens.

Une œuvre en ligne peut être contrefaite sur de nombreux supports, les courriers électroniques et les *chats* par leur fugacité s'ils ne sont pas répétés sont difficilement appréhendables, il en va autrement des forums et des sites qui constituent un trouble durable qu'il faut faire cesser avec la plus grande célérité.

1) L'efficacité de l'approche verticale américaine

Le *copyright* a prévu une procédure spéciale pour la contrefaçon au sein du DMCA codifié à l'article 17 USC 512 (c). L'hébergeur a l'obligation de désigner un mandataire pour recevoir les notifications des requêtes concernant les contenus contrefaisant. Ce mandataire doit pouvoir être contacté facilement : son adresse, son numéro de téléphone et son courrier électronique doivent être disponibles sur le site et auprès du *Copyright Office*.

La notification doit répondre à un formalisme défini précisément. Pour le professeur Lucas « *La procédure de notification et enlèvement (notice and take down) est en effet très (trop)* »

²¹¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») *Journal officiel* n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 - 0016 <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717fr00010016.pdf>.

lourde.»²¹² La procédure est imposante et le manquement de manière substantielle aux dispositions énoncées ci dessous lors de la notification au mandataire ne sera pas pris en compte pour prouver la connaissance du caractère contrefaisant du site de la part du fournisseur de service.

17 USC article 512 (c) (3) ELEMENTS OF NOTIFICATION.—

“(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:

(i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.

(iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.

(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.

(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.

(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(B) (i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1) (A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.

(ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A).”

²¹² Lucas André, « La responsabilité des différents intermédiaires de l'Internet », Acte du Colloque de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, septembre 2000, disponible sur <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_19.htm>.

La jurisprudence a eu une approche favorable aux auteurs pour l'interprétation du respect de la procédure. Dans l'affaire *ALS Scan, Inc. V. RemarQ Cmtys., Inc.*²¹³, la Cour du quatrième circuit a considéré dans un arrêt infirmatif que l'auteur n'avait pas besoin d'énumérer séparément toutes les œuvres contrefaites. Le texte de loi indiquant que la procédure devait être respectée « *substantially* » et non pas à la lettre. De plus la notification doit fournir au prestataire de service une information raisonnablement suffisante afin de pouvoir localiser les œuvres contrefaites. Le caractère lourd de la procédure semble être allégé partiellement par l'interprétation souple de la jurisprudence.

Une fois saisi, le prestataire de service doit agir promptement pour effacer ou rendre impossible l'accès au site en cause. Le système américain de « *notice and take down* » est complété au §512 (g) qui vise à réouvrir le site en cause entre 10 et 14 jours ouvrés plus tard si la personne qui a effectué la notification n'a pas saisi les tribunaux. L'auteur du site en cause dispose du droit de faire valoir des observations contradictoires dans un « *contre avis* » où il doit informer l'autre partie de la réouverture du site à défaut d'action en justice.

La solution paraît être un bon compromis entre les intérêts des auteurs et des exploitants de site. Le bannissement n'est que temporaire à défaut d'action en justice, les risques d'actions indues sont donc limités dans leurs conséquences. Le DMCA applique le même régime pour les hébergeurs, pour les créateurs de liens hypertextes, aux annuaires et moteurs de recherche.

2) La lenteur de l'approche horizontale européenne

La directive commerce électronique n'a pas élaboré de législation spécifique au droit d'auteur. La loi du 1^{er} août 2000 a la même approche et ne prévoit pas un régime spécifique pour le droit d'auteur. La procédure est la même pour tous les contenus illicites. On peut supposer que l'Union européenne adoptera une démarche similaire aux Etats-Unis qui avaient d'abord adopté un texte général avant d'adopter un texte spécifique au *copyright*. L'article 21 de la directive commerce électronique²¹⁴ prévoit l'établissement d'un rapport notamment sur les procédures de notification et de retrait.

« (45) Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible. »

Il est donc possible d'obtenir de la part d'un prestataire la cessation des actes de contrefaçon sans que cela soit subordonné à la preuve d'une faute. La jurisprudence récente avec l'affaire

²¹³ 239 F. 3d 619 (4th Cir. 2001).

²¹⁴ Précitée note 211.

*Gandi*²¹⁵ le démontre. Le gestionnaire de nom de domaine a reçu l'injonction de permettre la fermeture du site et la redirection vers une page de l'Agence pour la Protection des Programmes.

L'auteur peut donc s'adresser à tout prestataire de service, unité d'enregistrement du nom de domaine, fournisseur d'hébergement, fournisseur d'accès, moteurs de recherche et annuaires.

Malgré l'absence de texte spécifiant de manière précise les conditions de la fermeture des sites, la jurisprudence démontre que les sociétés de gestion de droit peuvent agir et faire fermer des sites. Ces sites sont pour la quasi-totalité des recueils évidents de contrefaçons, dans les faits, la fermeture peut intervenir parfois avant toute décision judiciaire.

Par exemple dans la décision *SA Ciriél et M.J.M. c/ SA Free*,²¹⁶ le juge observe :

« la société défenderesse a, sans attendre l'éventuelle injonction de l'autorité judiciaire, prévue par ce texte [la loi du 1^{er} août 2000], et pour des motifs tirés de l'article 43-10, procédé, de sa propre initiative, à la fermeture du site litigieux ».

L'absence de cadre législatif, fait naître des doutes pour les fournisseurs de services qui peuvent craindre de voir leur responsabilité engagée en cas de fermeture de site qui s'avérerait licite.

La lenteur relative de la procédure européenne due à l'absence de solutions propres au droit d'auteur, (contrairement au *copyright* avec le *notice and take down*), semble dans la pratique être compensée, en partie, par la volonté pour les intermédiaires techniques d'agir promptement afin de ne pas voir engager leurs responsabilités.

B) La réparation

Les législateurs ont prévu un régime dérogatoire au droit commun afin de permettre le développement de l'Internet. Les prestataires jouissent d'un statut d'irresponsabilité sous certaines conditions, à défaut ils redeviennent responsables.

1) Les conditions de l'irresponsabilité

La jurisprudence américaine dès 1995, dans l'affaire *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services Inc.*,²¹⁷ a établi que le prestataire de service se comportant

²¹⁵ Précité note 128.

²¹⁶ TGI Paris, ord. réf. 6 fév. 2001, disponible sur <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20010206.htm>.

²¹⁷ 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995), disponible sur : http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm.

de manière passive n'était pas responsable : « *Netcom does not create or control the content of the information available to its subscribers ; it merely provides access to the Internet.* »²¹⁸

On peut voir dans cette décision une illustration du triptyque « connaissance, pouvoir d'intervention, inertie »²¹⁹ autour duquel s'organise la responsabilité des prestataires de services. Il y a faute lorsqu'une personne qui a le pouvoir de retirer une œuvre a connaissance du caractère contrefaisant et n'agit pas. Ce triptyque a été repris par le Conseil d'Etat dans son rapport sur « Internet et les réseaux numériques ».²²⁰

Les opérateurs de télécommunications jouissent traditionnellement d'une immunité, le principe de neutralité posé par l'article L 32 -1, alinéa 5, du Code des postes et télécommunication.

a) Les copies transitoires

Les fournisseur d'accès prétextant des difficultés techniques et un manque de moyens ont réussi à être assimilés aux opérateurs de télécommunications pour la responsabilité *a priori*. Les intermédiaires qui se contentent de transmettre une information sans avoir le moindre contrôle sur cette information jouisse de l'immunité traditionnelle acquise aux simples opérateurs téléphoniques. Pour la directive commerce électronique, comme pour le DMCA codifié 17 USC 512 (a), les reproductions transitoires, où le fournisseur d'accès Internet est un simple intermédiaire qui n'intervient pas sur le contenu mais se contente d'agir de manière automatique, échappent à la responsabilité. L'article 17 U.S.C. 512 (a) a pratiquement été repris de manière intégrale par l'article 12 de la directive commerce électronique.

La symétrie entre le DMCA américain et la directive européenne est frappante pour les conditions d'exonération de responsabilité propres aux copies transitoires

§ 512. Limitations on liability relating to material online

(a) TRANSITORY DIGITAL NETWORK COMMUNICATIONS.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if—

(1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;

²¹⁸ (Netcom ne crée ou ne contrôle pas le contenu des informations disponibles à ses abonnés : il fournit simplement un accès à Internet.)

²¹⁹ Formulation utilisé par le professeur Sirinelli, selon cette auteur ce triptyque est issu du système adopté en Allemagne en août 1997. Il a depuis été jugé trop contraignant.

²²⁰ La documentation française, 1998, p. 185.

(2)the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;

(3)the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;

(4)no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and

(5)the material is transmitted through the system or network without modification of its content.

Directive commerce électronique

Article 12 - Simple transport ("Mere conduit")

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :

a) ne soit pas à l'origine de la transmission ;

b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Cependant la directive à l'article 12.3 prévoit que les prestataires pourront avoir l'obligation de prévenir une violation, cette disposition semble être contradictoire avec l'article 15 de la même directive intitulé « *Absence d'obligation générale en matière de surveillance* ». Cette apparente contradiction peut être résolue aisément. L'article 12.3 ne vise que les décisions individuelles rendues par un juge ou une administration, ce qui fait sens avec l'article 15 qui ne vise que les obligations générales de surveillance et non les obligations spéciales.

b) Les copies caches

Le DMCA a servi de modèle à l'élaboration de la directive commerce électronique : l'article 13 de la directive réalise une traduction teintée de synthèse du §512 (b) du DMCA.

Article 13 - Forme de stockage dite "caching"

1. Les États membre veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que :

- a) le prestataire ne modifie pas l'information ;
- b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;
- c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises ;
- d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et
- e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Tous les détails du DMCA n'ont pourtant pas été repris, l'obligation pour le prestataire de ne pas recueillir plus d'informations qu'il n'aurait été possible de le faire si l'internaute s'était connecté directement n'a pas été repris.

(iii) does not extract information from the provider 's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

Le DMCA paraît insister davantage sur le fait que la mise en ligne à été faite à l'instigation d'un tiers et que le prestataire n'est qu'un scribe qui ne fait que recopier et ne doit donc avoir aucune responsabilité. Si c'est implicite dans la directive, c'est tout à fait explicite dans le DMCA, une des conditions est donc que *"the material is made available online by a person other than the service provider"*.²²¹

On peut constater une gradation entre les reproductions transitoires et le *caching*. Le DMCA et la directive ont posé davantage de conditions pour permettre aux fournisseurs de services d'être exonérés de leur responsabilité. Cela s'explique simplement : ces reproductions ne sont

²²¹ (Le matériel est rendu disponible en ligne par une personne autre que le fournisseur de services.)

pas nécessaires mais simplement pratiques et utiles et il convient que cet usage permettant aux fournisseurs de service de faire des économies ne se fasse pas au détriment des auteurs. C'est pourquoi le prestataire ne doit pas entraver l'exercice des techniques qui permettent à l'auteur de connaître le nombre de consultations de son œuvre, et il doit respecter les conditions d'accès de l'information.

Le prestataire a l'obligation de retirer le contenu contrefaisant dès qu'il est saisi par une autorité administrative ou judiciaire ; dans le même ordre d'idée, le respect des règles de mise à jour permet également la disparition d'un contenu qui a été retiré du site original, ainsi l'auteur peut mettre fin efficacement à la communication d'une œuvre s'il le souhaite.

c) Les copies des hébergeurs des sites faites à l'impulsion de l'utilisateur

On étudiera la formulation plus condensée de la directive pour ensuite insister sur les points de différence avec le DMCA.

Article 14 – Hébergement

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.

Article 15 - Absence d'obligation générale en matière de surveillance

1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord

d'hébergement.

Tout d'abord on peut s'étonner du fait que la directive ait eu besoin de deux articles pour les hébergeurs, il semble que la pression des prestataires de service ait fait dévier le texte de son modèle, le DMCA.

Le DMCA insiste sur la notion de connaissance, le mot « *knowledge* » est répété trois fois. L'hébergeur doit ignorer le caractère contrefaisant des œuvres reproduites, il ne doit pas avoir d' « *actual knowledge* ». Il ne doit avoir connaissance ni des contenus ni des activités, ni des faits ou des circonstances qui permettraient de déduire la contrefaçon.

Le prestataire ne doit pas non plus obtenir un bénéfice directement attribuable à l'activité contrefaisante.

(c) INFORMATION RESIDING ON SYSTEMS OR NETWORKS AT DIRECTION OF USERS.—

(1) IN GENERAL.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j) for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider —

(A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

Les obligations à la charge du prestataire de service semblent plus importantes aux Etats-Unis qu'en France, le prestataire devant également respecter la procédure de “*notice and take down*” déjà étudiée.

d) Les pointeurs

Le DMCA inclus les pointeurs de l'Internet dans les exceptions à la responsabilité. Les pointeurs sont les annuaires, les moteurs de recherche et les liens hypertextes. Celui qui crée ces pointeurs doit, pour ne pas être responsable, ne pas avoir connaissance ni de la contrefaçon ni des circonstances. Il doit agir rapidement pour supprimer l'accès, pour être exonéré de toute responsabilité dès qu'il est averti qu'il s'agit de contrefaçon.

“(d)INFORMATION LOCATION TOOLS.— A service provider shall not be

*liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a **directory, index, reference, pointer, or hypertext link**, if the service provider —*

*(1)(A) does not have **actual knowledge** that the material or activity is infringing;*

*(B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of **facts or circumstances** from which infringing activity is apparent; or*

*(C) upon obtaining such knowledge or awareness, **acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;***

*(2) does **not receive a financial benefit** directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and*

(3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.”

La directive a estimé qu'un délai supplémentaire de réflexion était nécessaire. Elle a donc prévu, à son article 21, l'obligation pour la Commission de réaliser avant le 17 juillet 2003, un rapport présenté au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social, relatif à l'application de la directive « *en examinant la nécessité d'adapter la présente directive, analyse en particulier la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche, les procédures de notification et de retrait (notice and take down) et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu.* »

Article 21 – Réexamen

1. et ensuite tous les deux ans, accompagné, le cas échéant, de propositions visant à l'adapter à l'évolution juridique, technique et économique dans le domaine des services de la société de l'information, notamment en ce qui concerne la prévention de la criminalité, la protection des mineurs, la protection des consommateurs et le bon fonctionnement du marché intérieur.

2. Ce rapport, Le rapport analyse également la nécessité de prévoir des conditions supplémentaires pour l'exemption de responsabilité, prévue aux articles 12 et 13, compte tenu de l'évolution des techniques, et la possibilité d'appliquer les principes du marché intérieur à l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées.

2) Les conditions de la responsabilité

L'auteur de la contrefaçon est bien sûr toujours responsable mais ce n'est pas celui qui est le plus facile à atteindre et ce n'est pas non plus le plus solvable. De manière pratique on verra

donc d'abord les conditions de la responsabilité des prestataires puis celles des contrefacteurs.

a) La responsabilité des prestataires

La loi du 1^{er} août 2000 a voulu traiter de la même manière la responsabilité pénale et la responsabilité civile. Le Conseil constitutionnel²²² a censuré une partie de la loi comme portant atteinte au principe de légalité des délits et des peines. La responsabilité des personnes qui assurent le stockage ne peut être mise en jeu qu'à partir du moment où ils ont été saisis par une autorité judiciaire.

Loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

Article 43-8 : Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que :

*si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu,
ou si, ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées
(Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel no 2000-433 DC du 27 juillet 2000).*

L'interprétation de cette décision est controversée,²²³ pour le professeur Viney,²²⁴ le principe de responsabilité posé à l'article 1382 du Code civil continuerait de s'appliquer. On peut s'appuyer en ce sens sur une décision du Conseil constitutionnel où il a énoncé dans un *obiter dictum* que l'article 1382 du Code civil traduit une « exigence constitutionnelle ». La responsabilité civile étant élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle ayant une valeur supérieure aux lois, ce principe n'a pu être affecté par une simple loi.

Il serait donc possible d'engager la responsabilité civile des personnes qui assurent le stockage sur le fondement de l'article 1382 sans respecter les dispositions plus contraignantes de la loi du 1^{er} août 2000.

b) La responsabilité du webmaster

La responsabilité du webmaster ne fait aucun doute, les juges n'hésitent pas à condamner parfois sévèrement, la personne qui réalise ou permet d'accéder à une contrefaçon, au pénal comme au civil.

²²² Cons. Const. 9 nov. 1999 n° 99-419 DC, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CONSTIT&nod=CCO99DC04419>.

²²³ Sirinelli Pierre, *op. cit.* note 108, n°521-42.

²²⁴ Viney Genevieve, *Chronique, JCP éd. G* 2000, p. 16.

L'article 43-10 de la loi du 30 septembre 1986 (modifiée par la loi du 1^{er} août 2000) impose aux auteurs de site de s'identifier, l'intensité de cette obligation variant selon qu'il s'agit de professionnels ou non. Les prestataires sont « *tenus de détenir et de conserver les données de nature à l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un site hébergé par eux.* » Le DMCA au § 512 (h) met à la charge des prestataires de service l'obligation de communiquer l'identité ou des informations suffisantes pour identifier l'auteur des contrefaçons. Il devrait donc être facile de remonter à la personne qui a mis en ligne le contenu contrefaisant.

Le DMCA délimite clairement les responsabilités de chaque intervenant de l'Internet. En droit d'auteur, en revanche, si la responsabilité de la personne ayant mis en ligne le contenu contrefaisant est évidente, il existe encore des zones d'ombre pour les prestataires de l'Internet.

Conclusion

« *Le peuple n'a jamais eu autant de pouvoir que sur Internet.* » selon Valentin Lacambre,²²⁵ aussi le peuple n'a jamais eu autant de responsabilité que sur Internet. On a parfois oublié que la liberté s'accompagnait de la responsabilité, le profit du risque, et la violation du droit, de la sanction.

L'Internet a créé un nouvel espace, un nouveau monde. L'enjeu est de taille pour tous les investisseurs. Certaines personnes sans scrupules ont cru qu'elles pourraient sous prétexte de liberté, exproprier sans indemnité le fruit de la création intellectuelle d'autrui, c'était oublier que d'autres *lobbies* tout aussi puissants, si ce n'est plus, œuvrent en sens inverse.

La propriété intellectuelle habituée à être le lien entre l'auteur et son public a été surprise par l'intrusion de tiers dans la relation personnelle de l'auteur avec son public. De nouvelles exceptions légales sont apparues sans que cela soit directement au profit du public.

Le droit d'auteur et le *copyright* se sont adaptés à l'environnement numérique, le droit de reproduction et le droit de communication au public s'appliquent de manière similaire en France et aux Etats-Unis, pourtant le *copyright* avec un droit de distribution numérique et le germe d'un droit d'accès se démarque du droit d'auteur.

Les outils pour définir les responsabilités de chacun sur l'Internet existent tant en droit d'auteur qu'en *copyright*, la loi et la jurisprudence ont mis fin sur de nombreux points aux doutes qui pouvaient exister. Le *copyright* avec le DMCA a su ajouter davantage de précisions en distinguant les œuvres de l'esprit des autres contenus.

L'œuvre en ligne devrait être l'occasion de rapprocher les auteurs de leur public et de permettre une diffusion plus large et plus facile des œuvres dans le respect du droit d'auteur.

Cependant il n'est pas certain que les promoteurs habituels des œuvres de l'esprit aient su profiter du cadre posé, se soient renouvelés et aient proposé des œuvres conformes au nouveau standard. L'affaire *Napster* l'a démontré : on a voulu détruire ce que l'on n'était pas capable de faire soi-même légalement. Le public n'aime pas particulièrement payer des droits d'auteur, mais pour l'instant, l'incitation à le faire est négative ; même en payant, on ne peut pas obtenir tout ce que l'on peut se procurer illégalement. Le droit d'auteur comme tout produit, surtout lorsque la concurrence est mondiale, se vend mieux lorsqu'il y a une valeur ajoutée, celle-ci n'existe pas toujours pour les œuvres en ligne.

²²⁵ Fondateur d'Altern.org Extrait du magazine Transfert - octobre 2000.

TABLE DES MATIERES

Introduction	3
Section 1 Les droits impliqués par la mise en ligne.....	8
§ 1 L'évidence : unanimité du droit d'auteur et du <i>copyright</i>	9
A) Le droit de reproduction.....	9
1) Principe	9
a) Fixation permanente.....	11
b) Fixation provisoire	11
i) Approche technique.....	11
ii) Qualification juridique	12
2) Exceptions.....	15
B) Le droit de représentation.....	18
§ 2 Désaccords et prospectives.....	22
A) Un passage difficile au numérique.....	22
1) La reconnaissance par le <i>copyright</i> d'un droit de distribution numérique.....	22
2) La limitation du droit de distribution communautaire aux exemplaires tangibles	23
B) Vers un droit d'accès ?	26
Section 2 Le contrôle de l'accès.....	28
§ 1 Les acteurs de l'accès	28
A) La facilitation de l'accès : les différents pointeurs.....	28
1) Liens	28
a) Le lien simple	29
i) Le fonctionnement du lien.....	30
ii) L'accès permis par le lien.....	32
b) Le lien profond	34
c) Le lien malicieux ou le lien et les droits des tiers	35
d) Le framing	37
i) Approche technique.....	37

ii) Qualification juridique	38
e) Inline linking	39
2) Moteurs de recherche et annuaires.....	40
a) Définitions.....	40
b) Qualification.....	40
3) Le “peer to peer”.....	41
B) La régulation de l'accès : les mesures techniques.....	44
1) La protection juridique des mesures techniques.....	45
2) La remise en cause des exceptions au droit d'auteur par la technique.....	47
§ 2 La lutte judiciaire contre l'accès frauduleux : l'action en contrefaçon	51
A) La cessation du trouble.....	51
1) L'efficacité de l'approche verticale américaine.....	51
2) La lenteur de l'approche horizontale européenne.....	53
B) La réparation	54
1) Les conditions de l'irresponsabilité	54
a) Les copies transitoires	55
b) Les copies caches	56
c) Les copies des hébergeurs des sites faites à l'impulsion de l'utilisateur	58
d) Les pointeurs	59
2) Les conditions de la responsabilité	60
a) La responsabilité des prestataires.....	61
b) La responsabilité du webmaster	61
Conclusion.....	63
TABLE DES MATIERES	64
SITOGRAFIE.....	67
BIBLIOGRAPHIE	67

Articles et notes de doctrine	68
Table des textes et des affaires cités.....	72
ANNEXE : exemple d' <i>inline linking</i> :	77

SITOGRAPHIE

<http://www.law.columbia.edu/faculty/jginsburg.html>

<http://www.sims.berkeley.edu/~pam/>

<http://ssrn.com/>

<http://www.foruminternet.org/>

<http://www.juriscom.net/>

<http://www.legalis.net/>

BIBLIOGRAPHIE

Lamy Droit des médias et de la communication, Lamy, 2002

Lucas André, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998

Lucas A. et Lucas J.-H. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001

Rapport dit « Sirinelli », *Industries culturelles et nouvelles techniques*, La Documentation Française, 1994

Articles et notes de doctrine

Bergé Jean-Sylvestre, Droit d'auteur, conflit de lois et réseaux numériques : rétrospective et prospective, Rev. crit. dr. internat. privé, juillet-septembre 2000, p. 357.

Buydens Mireille et Séverine Dussollier, Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses, CCE septembre 2001, p. 10.

Caron Christophe, Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur, sous CA Paris, 4e ch. A 30 mai 2001 (affaire Utrillo), Dalloz, 2001 n°30 p. 2504.

de Matos Anne-Marie, Musique en ligne et droit d'auteur, LP, n° 178-II, p. 21 mars 2001.

Derieux Emmanuel, Numérique et droit d'auteur, JCP G, I, 353 p. 1875, 2001.

Dumortier Bernard-Henri, ABC pour l'internet, Droit et Patrimoine, n°101 février 2002.

Dussollier Séverine & Rolin Jacquemyns Laetitia, Le défi du droit face au commerce électronique : les initiatives de l'Union Européenne, Systèmes d'information et management, n°1, Vol.5, 2000.

Fenoll-Trousseau Marie-Pierre, La rémunération des auteurs sur Internet CCE février 2001 p. 18.

Gendreau Ysolde, La civilisation du droit d'auteur au Canada. R.I.D.C. (Revue Internationale de Droit Comparé) I-2000 p. 101.

Ginsburg Jane C., A tale of two copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America RIDA, janv. 1991 p. 130.

Ginsburg Jane C., Berne Without Borders: Geographic Indiscretion and Digital Communications, disponible sur <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=292010>.

Ginsburg Jane C., Can Copyright Become User-Friendly ? Essay Review of Jessica Litman, Digital Copyright (Prometheus Books 2001) version of 10/06/2001 forthcoming, 25 Columbia-VLA J. L. & Arts, No. 1 (2001), disponible sur <<http://papers.ssrn.com/abstract=288240>>.

Ginsburg Jane C., Copyright Use and Excuse on the Internet. Columbia.- VLA J. L. & Arts, vol.24, Fall 2000, disponible sur <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=239747>.

Ginsburg Jane C., >From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law, working paper forthcoming in U.S. Intellectual Property: Law and Policy, Hugh Hansen, editor (Sweet & Maxwell 2000) disponible sur <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=222493>.

Ginsburg Jane C., International Copyright: From a "Bundle" of National Copyright Laws to a supranational Code ? Version of 10/12/2000 forthcoming in the Millennium Volume of The Journal of the Copyright Society of the United States (June 2000), disponible sur

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222508>.

Ginsburg Jane C., Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions, RIDA, janvier 2001, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253867>.

Ginsburg Jane C., Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgements in Intellectual Property Matters, Columbia Law School, Pub. Law Research Paper No. 02-42 & NYU Law School, Public Law Research Paper No. 41 Chicago-Kent Law Review, Vol. 77, Forthcoming 2002, June 6, 2002, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=315359>.

Ginsburg Jane C., Les nouvelles lois des Etats-Unis sur le droit moral des artistes d'art plastique, sur la protection des œuvres d'architecture, et sur la location des logiciels, RIDA 1991 p. 363.

Ginsburg Jane C. et Sirinelli Pierre, JCP éd. E, 1991, II 220. note sous Cass. civ. 1re, 28 mai 1991.

Gladney Henry M., Digital Intellectual Property: Controversial and International Aspects, Columbia.- VLA Journal of Law & the Arts, vol.24, Fall 2000.

Goutal Jean-Louis, L'environnement de la directive « droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » et droit international et comparé, CCE février 2002 p. 11.

Grynbaum Vincent, Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information, www.juriscom.net, 13 décembre 2001, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/2/da20011213.htm>>.

Huet Jérôme, Quelle culture dans le " cyber-espace " et quels droits intellectuels pour cette " cyber-culture " ? Dalloz 1998, Chroniques p. 185.

Hugot Jean-Philippe, La compétence universelle des juridictions françaises en matière délictuelle : vers des " enfers numériques " ? , LP n°185 octobre 2001.

Larrieu Jacques, Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité, Expertise, juillet 2001, p 257.

Latreille Antoine, L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur, Dalloz, 2002 n°3 p. 299.

Le Tourneau Philippe, Peut-on entonner le requiem du parasitisme? Dalloz, 2001 p. 1226.

Lefranc David, Le nouveau public (réflexions comparatistes sur les décisions "Napster" et "MP3.com"), Dalloz 2001 n°1 p. 107.

Lemley, Mark, Dealing with overlapping copyrights on the Internet, 1996, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41607>.

Litman Jessica, The Demonization of Piracy, Toronto, Canada April 6, 2000, disponible sur <http://www.law.wayne.edu/litman/papers/demon.pdf>>.

Litman Jessica, The Exclusive Right to Read, 13 Cadozo Arts & Ent. L. J. 29, 42 (1994), disponible sur <<http://www.msen.com/~litman/read.htm>>.

Lucas André, Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objet de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux, OMPI, 1999, Genève, 16 - 18 décembre 1998, disponible sur <http://www.wipo.int/copyright/fr/meetings/index_98.htm>.

Lucas André, La responsabilité des différents intermédiaires de l'Internet, Acte du Colloque de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. septembre 2000, disponible sur <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_19.htm>.

Nimmer David, A Proleptic Review of the Digital Millennium Copyright Act, disponible sur <<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/nimmer/nimmer.pdf>>.

Passa Jérôme, La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, JCP G 2001, I, 331.

Reidenberg Joël, L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet, CCE, mai 2001 p. 14.

Reidenberg Joël, L'encadrement juridique de l'Internet aux Etats-Unis, disponible sur <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_09.htm>.

Renault Charles-Edouard, Le droit du cinéma à l'épreuve de l'internet, LP n°184 septembre 2001.

Ricouart-Maillet Martine, Cession de droits d'auteur et site web, Brmavocats.com, mars 2001.

Rojinsky Cyril, Cyberspace et nouvelles régulations technologiques Dalloz, 2001 n°10 p. 844.

Samuelson Pamela, Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue- But to What Future ? disponible sur <www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/haifa_priv_cens.pdf>.

Samuelson Pamela, Fair Use or Fair Licence? Wired 6.05 may 1998, disponible sur <<http://www.wired.com/wired/archive/6.05/netizen.html?pg=2>>.

Samuelson Pamela, Toward a "New Deal" for Copyright for an Information Age, 100 Michigan L. Rev. (2002), disponible sur <<http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Litman%20review.pdf>>.

Samuelson Pamela, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised 1999 Berkeley Law Journal Vol. 14:1, disponible sur <<http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson.doc>>.

Samuelson Pamela, Questioning the Need For New International Rules On Authors' Rights in Cyberspace, First Monday Peer-Reviewed Journal on the Internet, disponible sur <<http://www.firstmonday.dk/issues/issue4/samuelson/>>..

Samuelson Pamela, Economic and constitutional influences on copyright law in the United States, EIPR, 2001, p 409, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=234738 et sur http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Sweet&Maxwell_1.htm.

Samuelson Pamela, The U.S. Digital Agenda at WIPO, 37 VA. J. Int'l L. 369 (1997), disponible sur <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw97/docs/wipo.html>.

Sirinelli Pierre, Le droit des journalistes, l'œuvre collective et les nouveaux médias. Dalloz Affaires, jeudi 27 mai 1999 p. 9.

Sirinelli Pierre, Le droit d'auteur à l'aube du 3e millénaire, JCP G I 194 p. 13.

Sirinelli Pierre, L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droit d'auteur et droits voisins, Rapport général, Congrès ALAI de New York, 2001 disponible sur http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/GenRep_id2_fr.doc.

Sirinelli Pierre, Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins, Atelier sur la mise en oeuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes , OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle), Genève, 6 – 7 décembre 1999, disponible sur http://www.wipo.org/fre/meetings/1999/wct_wppt/.

Spacensky Riff Vanina, Quand le lien hypertexte, simple outil de navigation, se transforme en une arme redoutable, disponible sur <Brmavocats.com>, février 2002.

Spacensky Riff Vanina, Le lien hypertexte profond : simple outil de navigation ou instrument nuisible, disponible sur <Brmavocats.com>, février 2001.

U.S. Copyright Office, "DMCA section 104 Report", août 2001, p. 108, disponible sur <http://www.loc.gov/copyright/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>.

Verken Gilles et Vivant Michel, Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, JCP Cahier de droit de l'Entreprise, 2002 n°2 p 18.

Verbiest Thibault, Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites web? juriscom.net, 9 mai 2000, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/2/lh20000509.htm>.

Vivant Michel, Cybermonde : droit et droits des réseaux, JCP, Ed G, 1996, I 3969.

Table des textes et des affaires cités

Principaux textes légaux

Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979 disponible sur le site de l'OMPI : <<http://www.wipo.int/clea/docs/fr/wo/wo001fr.htm>>.

Traité OMPI relatif au droit d'auteur du 20 décembre 1996, disponible sur <<http://www.wipo.int/treaties/ip/wct/index-fr.html>>.

Déclarations communes concernant le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996, et approuvée au nom de la Communauté européenne par décision du Conseil du 16 mars 2000 (*JOCE* L 89 du 11 avr. 2000), disponible sur <<http://www.wipo.int/treaties/ip/wct/statements-fr.html>>.

La loi américaine sur le *copyright* codifiée au titre 17 de l'*United States Code* et est disponible sur <<http://www.copyright.gov/title17/index.html>>.

Le Code de la propriété intellectuelle est disponible sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?&commun=CPROIN&code=CPROINTL.rcv>>.

Directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information disponible sur <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr00100019.pdf>.

Broadcasting Act 1990, articles 177 et 178, disponible sur : <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900042_en_21.htm#mdiv177>.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du **commerce électronique**, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») *Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 - 0016* <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717fr00010016.pdf>.

Cases in alphabetical order

A&M Record, Inc., v. Napster, Inc. 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001) disponible sur <http://laws.findlaw.com/9th/0016401.html>.

Advanced Computer Services of Michigan, Inc. v. MAI Sus. Corp. , 845 F. Supp. 356, 362-63 (E.D. Va 1994).

ALS Scan, Inc. V. RemarQ Cmtys., Inc., 239 F. 3d 619 (4th Cir. 2001).

Community for creative non-violence v. Reid, 490 U.S. 730, 109S. Ct. 2166, 104 L. Ed. 2d 811(1989), décision disponible sur <http://laws.findlaw.com/us/490/730.html>.

Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service, 499 U.S. 340 (1991), disponible sur <http://laws.findlaw.com/us/499/340.html>.

Football League v. Littlewoods Pools [1959] Ch 637.

Futuredantics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc., 45 USP. Q.2d 2005 (C.D. Cal. 1998), extraits disponible sur www.tomwbell.com/NetLaw/Ch07/Futuredantics.html.

Kelly v Arriba Soft Corporation 2002 U.S. App. LEXIS 1786 (9th Cir. Feb. 6, 2002), disponible sur <http://netcopyrightlaw.com/pdf/0055521.pdf>.

Playboy Enters., Inc. v Frena, 839 F. Supp. 1552 (M. Fla. 1993), disponible sur : <http://www.jmls.edu/cyber/cases/frena.txt>.

Playboy Enters., Inc. v. Chuckleberry Pub'g. Inc., 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996) disponible sur : http://www.loundy.com/CASES/PEI_v_Chuckleberry.html.

Playboy Enterprises v. Webbworld, 991 F. Supp. 543 (N.D. Tex. 1997).

Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services Inc. 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995), disponible sur : http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm.

Sony Corp. of America v. Universal City Studio, Inc. 464 U.S. 417 (1984).

Ticketmaster Corp. , et al. v. Tickets.Com Inc.,. United States District Court For The Central District of California, March 27, 2000, disponible sur : <http://www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-03-27.html>.

Twentieth Century Music Corp. C/ Aiken 422 U. S. 151, 156 (1975) disponible sur <http://laws.findlaw.com/us/422/151.html>.

Universal v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d (S.D.N.Y.).

Décision du Conseil constitutionnel

Cons. Const. 9 nov. 1999 n° 99-419 DC, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CONSTIT&nod=CCO99DC04419>.

Arrêts de la Cour de Cassation (classés par date)

Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2000, *société Base Line c/ SA CIEC* décision disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX2000X10X01X00267X000>.

Cass. crim., 21 juin 2000 avec les observations critiques du professeur Sirinelli *Dalloz* 2001 p. 2552, décision disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=INCA&nod=IXRXCX2000X06X06X00851X054>.

Cass. 1^{ère} Ch. Civ. 22 février 2000, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX2000X02X01X00059X00>.

Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 1994 *Société Câble New Network et a. contre société Novotel Paris-Les Halles*, *Bulletin* 1994 I N° 144 p. 105, *Dalloz*, 1994-09-22, n° 32, p. 450, note P. -Y. Gautier, *JCP, Ed. E.*, 1996-07-18, n° 29, p. 341, note M-E. Laporte-Legeais, *Dalloz*, 1994-07-21, n° 27, p. 209, note B. Edelman, *JCP*, 1994-06-15, n° 24, p. 237, note J-C. Galloux, disponible également sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1994X04X01X00144X000>.

Cass Ass. plén. 5 nov. 1993 : *JCP* 1994, II, 22201, décision disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1993X11X0PX00015X000>.

Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1991, décision disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1991X05X01X00172X000>.

Cass. 1^{er} civ., 19 avr. 1988, *SACEM / discothèque*, *RIDA* avr. 1989, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1988X04X01X00112X000>.

Cass. Ass. Plén., 30 oct. 1987, *Microfor*, *Dalloz* 1988, p. 21, concl. J. Cabannes, décision

disponible

sur :

<<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1987X10XOPX00004X000>>.

Cass. ass. plén., 7 mars 1986, *Babolat c. Pachot*, *Bulletin* 1986 A.P. n° 3 p. 5, *JCP* 1986 II n° 20631, note J.M. Mousseron, B. Teyssie, M. Vivant, *Dalloz*, 25 septembre 1986, n° 31, note Bernard Edelman, *Gazette du Palais*, 25 octobre 1986, n° 297 298, note J.R. Bonneau. *RDPI*, 1986, n° 4 p. 19, note Ph. Guilguet et Y. Marcellin, *Droit social* 1986 p. 451, conclusions de l'Avocat Général J. Cabannes, disponible sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1986X03XOPX00003X000>>.

Arrêts de Cour d'appel (classés par date)

CA Paris, 4^e ch., sect. A, 6 mars 2002, *Gazette du Palais*, dimanche 6 au mardi 8 avril 2003, n°96 à 98, page 27.

CA Paris, 4^e ch., sect. A, 19 septembre 2001, *NRJ et Jean-Paul Baudecroux / SA Europe 2 Communication*, disponible sur : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/ndm/caparis20010919.htm>>.

CA Paris, 13^e ch., sect. B, 1^{er} mars 2001, résumé sommaire disponible sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JURIDICE&nod=3599>>.

CA Paris, 4^e ch., sect. A, 14 févr. 2001, *Communication commerce électronique*, 2001, Comm. N°25, note Caron.

Jugements et ordonnances (classés par date)

Référé TGI Paris, 31 mai 2002, affaire *Gandi*, disponible sur <http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/dt_auteur/ord_tgi_paris_310502.htm>.

Trib. corr. de Paris du 26 février 2002, affaire *Yahoo c/ MRAP*, disponible sur <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20020226.htm>>.

TGI Paris, 3^{ème} chambre, 1^{ère} sect., 5 septembre 2001, *SA Cadremploi / SA Keljob et Sté Colt Télécommunications France*, disponible sur : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tgiparis20010905.htm>>.

Trib. Com. Rouen Ord. réf. 23 avril 2001, *Sarl Cap et SA Le Monde Interactif c. Laurent Martinez et Sté Clara Net*, décision disponible sur : http://www.legalis.net/jnet/decisions/responsabilite/ord_tc_rouen_230401.htm.

TGI Paris, ord. réf. 6 fév. 2001, disponible sur <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20010206.htm>.

Trib. Com. Paris, Ord. Réf. 26 décembre 2000, *SNC Havas Numérique et SA Cadres on Line / SA Keljob*, disponible sur <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tcparis20001226.htm>.

TGI Nanterre Ord. Réf. 11 décembre 2000 *Sté Groupe Industrie Service Info / SA Ornis, SA Electronic Business Service et Sarl Cinam*, décision disponible sur : http://www.legalis.net/jnet/decisions/dt_auteur/ord_tgi-nanterre_111200.htm.

Trib. com. Nanterre Ord. réf. 8 novembre 2000, *Sarl Stepstone France / Sarl Ofir France*, disponible sur : http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/dt_auteur/ord_tcomm-nanterre_081100.htm.

TGI Epinal, jugement correctionnel, 24 octobre 2000 ; *SCPP c. Monsieur C. S.*, disponible sur : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=215>.

TGI Paris, ordonnance de référé du 10 juin 1997, *Jean-Marie Queneau c. Jérôme B. et le laboratoire d'automatique et d'analyse des systèmes du Cnrs (LAAS)*, disponible sur http://www.legalis.net/jnet/decisions/dt_auteur/ord_tgi_paris_100697.htm.

TGI Paris, ord. Réf., 5 mai 1997, disponible sur : http://www.legalis.net/jnet/decisions/dt_auteur/ord_tgi_paris_050597.htm.

ANNEXE : exemple d'inline linking

Page d'origine

<http://www.faitdivers.com/redac/esthellehallyday.html>

Extraits du code source :

```
META Name="author" Content="Philippe MDR">
```

```
<META NAME="copyright" CONTENT="© MediaPage">
```

[...]

```
<td valign="top"> <p><br><a href=index.html><IMG
```

```
SRC="http://features.yahoo.com/model/estelle/estelle_2.jpg" HEIGHT=350 WIDTH=230  
ALT="Estelle
```

```
Hallyday" ALIGN=LEFT>
```

[...]

NOTA : on remarquera que l'auteur a signé MDR ce qui signifie sur un *chat* Mort De Rire.

Après avoir réalisé ce mémoire j'ai dû censurer la copie écran qui se trouvait ici. La reproduction de la photographie n'entraîne dans aucune exception au droit d'auteur bien qu'elle soit certainement permise par le *fair use*. Alors qu'une courte citation du code source assimilé à une œuvre littéraire ne pose aucun problème. On se référera donc au site en question.

@/©

V

Remerciements : A mes parents pour leur soutien durant ces longues études de droit,
Au Professeur Sirinelli pour ses conseils répétés et sa disponibilité,
A Guillaume Gomis pour ses observations éclairées et ses encouragements pour la publication de ce mémoire.