



HAL
open science

L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain

Mickaël Le Borloch

► **To cite this version:**

Mickaël Le Borloch. L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016. Français. NNT : 2016PA01D069 . tel-01971722

HAL Id: tel-01971722

<https://theses.hal.science/tel-01971722>

Submitted on 7 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



École de droit
Département de droit comparé

**L'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR AUX HYPERLIENS
ANALYSE DE DROIT FRANÇAIS ET DE DROIT
AMERICAIN**

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 9 décembre 2016

Mickaël Le Borloch

Sous la direction de Pierre Sirinelli
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Membres du jury de thèse :

Madame Alexandra Bensamoun, Professeur à l'Université de Rennes 1

Monsieur Pascal Kamina, Professeur à l'Université de Besançon, *Rapporteur*

Monsieur le Doyen Antoine Latreille, Professeur à l'Université Paris Saclay

Monsieur Pierre Sirinelli, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Monsieur Edouard Treppoz, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyons III, *Rapporteur*

Honorée d'une bourse Fullbright

L'université Paris 1 Panthéon Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs

Remerciements

Je tiens avant tout à remercier mon directeur de thèse, le Professeur Sirinelli, pour ses précieux conseils et pour la liberté intellectuelle qu'il m'a laissée tout au long de ces années de recherche.

Mes pensées vont également à celles et ceux qui ont permis à mes travaux comparatistes de voir le jour. Je pense notamment au Professeur Ginsburg qui a eu l'amabilité de m'accueillir à l'Université Columbia et qui m'a permis de comprendre les tenants et les aboutissants du *copyright* américain et surtout des questions soulevées par les hyperliens. Je conserve un excellent souvenir de ses cours et de nos échanges. Mes pensées vont également au Professeur Crews de l'Université Columbia qui a bien voulu diriger une partie de mes recherches et m'a encouragé à mener à bien cette thèse.

Je remercie en outre les membres du jury qui - après avoir abreuvé ma pensée - me font l'honneur de me lire et de siéger à ma soutenance de thèse.

Enfin, je tiens à remercier tout particulièrement ma famille pour le soutien infaillible qu'elle a su faire preuve, de toutes les façons possibles, pour que je mène à bien cette thèse.

Pour la partie technique de cette thèse, je remercie tout particulièrement Monsieur Diakhaté qui m'a fourni de nombreux éclaircissements.

Je remercie également mes amis qui ont su m'encourager et me soutenir tout en se montrant compréhensifs.

Enfin, merci à mes camarades des laboratoires de Paris 1 et de Paris Saclay pour ces riches années passées ensemble.

SOMMAIRE

Première Partie : Le lien et le droit à la culture

Titre I : La liberté de constituer une ancre

Chapitre 1 : La protection de l'intérêt des créateurs face aux ancres

Chapitre 2 : La protection des intérêts du public grâce aux ancres

Titre 2 : La liberté d'établir un lien

Chapitre 1 : Les droits de reproduction et de représentation lors de l'établissement du lien

Chapitre 2 : Les divergences en matière d'établissement de liens face aux droits moraux et
aux droits *sui generis*

Seconde partie : L'application du droit d'auteur au lien face à la liberté d'entreprendre

Titre 1 : La liberté d'entreprendre et le lien

Chapitre 1 : Le contrôle du propriétaire du site lié

Chapitre 2 : Liberté d'entreprendre et liberté de lier

Titre2 : Les limites à la liberté d'entreprendre des créateurs de liens

Chapitre 1 : L'établissement d'un équilibre des intérêts par les procédures de notifications

Chapitre 2 : Le temps de la résolution du conflit

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A

Alb. L.J. Sci. & Tech.
Science & Technology

Alb. L. Rev.

al.

ALAI

internationale

APD

Ariz. L. Rev.

art.

art. préc.

ass. plén., civ., com., crim.,

Req., ch. mixte, ch. réunies

Albany Law Journal of

Albany Law Review

Alinéa

Association littéraire et artistique

Archive de philosophie du droit

Arizona Law Review

Article

Article précité

Formation de la Cour de cassation

B

BO

Buff. L. Rev.

Bull. civ.

de cassation

Bulletin officiel

Buffalo Law Review

Bulletin civil des arrêts de la Cour

C

Cal.

Campbell L. Rev.

Cardozo L. Rev.

C. civ.

C. com.

C. pén.

Californie

Campbell Law Review

Cardozo Law Review

Code civil

Code de commerce

Code pénal

C. proc. civ.	Code de procédure civile
Colum. Bus. L. Rev. Review	Columbia Business Law Review
Colum. J.L. & Arts the Arts	Columbia Journal of Law & the Arts
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
CJCE	Cour de Justice des
Communautés Européennes	
CJUE	Cour de Justice de l'Union
Européenne	
Comm. com. électr. commerce électronique	Revue Communication
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Cornell J.L. & Pub. Pol'y Public Policy	Cornell Journal of Law and Public Policy
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPI intellectuelle	Code de la propriété intellectuelle
CSPLA littéraire et artistique	Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique
<u>D</u>	
D. (France)	Dalloz
D. (États-Unis)	District
D. aff.	Dalloz affaires
DADVSI dans la société de l'information	Droit d'auteur et droits voisins
DH	Recueil hebdomadaire Dalloz
Dir.	Direction
D.C.	District of Columbia
DP	Recueil périodique Dalloz
Duq. L. Rev.	Duquesne Law Review

Dr. Auteur

(Revue) Droit d'auteur

E

éd.

Édition

ex.

Exemple

F

Fla. L. Rev.

Florida Law Review

FAI

Fournisseur d'accès à internet

Fasc.

Fascicule

F. Supp.

Federal Supplement

Fordham L. Rev.

Fordham Law Review

G

Gaz. Pal.

Gazette du Palais

Geo. Wash. L. Rev.

George Washington Law

Review

H

HADOPI

Haute Autorité pour la Diffusion

des Œuvres et la Protections des

Droits sur Internet

Harv. J.L. & Tech.

Harvard Journal of Law &

Technology

Harv. L. Rev.

Harvard Law Review

Harv. Negot. L. Rev.

Harvard Negotiation Law

Review

H.R. Rep.

House of Representatives Report

I

ibid.

Ibidem

infra.

Ci-dessous

IIC: Int'l Rev. Intell. Prop. & Competition L.

IIC: International Review of

Intellectual Property and

Competition Law

Iowa L. Rev.

Iowa Law Review

J

J.Cl.

Juris-classeur

J.Cl. Comm.

Juris-classeur communication

J.Cl. PLA.

Juris-classeur propriété littéraire

et artistique

JCP G

Juris-classeur Périodique édition

Générale

JOCE

Journal Officiel des

Communautés Européennes

JORF

Journal Officiel de la République

Française

JOUE

Journal Officiel de l'Union

Européenne

jurisp.

Jurisprudence

L

Law & Soc'y Rev.

Law & Society Review

LCEN

Loi pour la confiance dans

l'économie numérique

LGDJ

Librairie Générale de Droit et de

Jurisprudence

Loy. L.A. Ent. L. Rev.

Loyola of Los Angeles

Entertainment Law Review

M

Marq. Intell. Prop. L. Rev.

Marquette Intellectual

Property Law Review

Minn. J. L. Sci. & Tech.

Minnesota Journal of Law,

Science & Technology

Minn. L. Rev.

Minnesota Law Review

N

N.

N.C. J.L. & Tech.
Law & Technology

N.C. L. Rev.

Nw. U. L. Rev.

Review

n°

North

North Carolina Journal of

North Carolina Law Review

Northwestern University Law

Numéro(s)

O

obs.

Ohio N.U. L. Rev.

Law Review

Okla. L. Rev.

Or. L. Rev.

OMPI

Propriété Intellectuelle

op. cit.

Observations

Ohio Northern University

Oklahoma Law Review

Oregon Law Review

Organisation Mondiale de la

Opere citato

P

p.

par.

préc.

PUF

Page(s)

Paragraphe(s)

Précité

Presses Universitaires de France

R

Rev. crit. DIP

international

Privé

Rev. arb.

RDC

RIDA

d'auteur

RID comp.

Revue critique de droit

Revue de l'arbitrage

Revue des contrats

Revue internationale de droit

Revue internationale de droit

comparé

RLDA

RLDI

Rutgers U. L. Rev.

Review

Revue Lamy droit des affaires

Revue lamy droit de l'immatériel

Rutgers University Law

S

S. Rept.

S.

s.

S. Cal. L. Rev.

Review

Santa Clara L. Rev.

spéc.

supra

Stan. Tech. L. Rev.

Review

Senate Report

South

Suivant(s)

Southern California Law

Santa Clara Law Review

Spécialement

Ci-dessus

Stanford Technology Law

T

Tex. L. Rev.

t.

T. com.

TGI

Texas Law Review

Tome

Tribunal de commerce

Tribunal de Grande Instance

U

UCLA L. Rev.

U. Chi. L. Rev.

Review

U. Cin. L. Rev.

Review

U. Dayton L. Rev.

Review

U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y

of Law, Technology & Policy

UCLA Law Review

University of Chicago Law

University of Cincinnati Law

University of Dayton Law

University of Illinois Journal

U. Ill. L. Rev. Review	University of Illinois Law
U. Miami Ent. & Sports L. Rev. Entertainment & Sports Law Review	University of Miami
U. Pa. L. Rev. Law Review	University of Pennsylvania
U. Tol. L. Rev. Review	University of Toledo Law
U.S.F.L. Rev. Law Review	University of San Francisco
<u>V</u>	
v.	Contre
Val. U. L. Rev. Review	Valparaiso University Law
Vol.	Volume(s)
voy.	Voyez
<u>W</u>	
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wm. & Mary L. Rev. Review	William and Mary Law
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review

À ma grand-mère,

À mes tantes,

À mon oncle

« Le principe est double, ne l'oublions pas. Le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient — le mot n'est pas trop vaste — au genre humain. Toutes les intelligences y ont droit. Si l'un des deux droits, le droit de l'écrivain et le droit de l'esprit humain, devait être sacrifié, ce serait, certes, le droit de l'écrivain, car l'intérêt public est notre préoccupation unique, et tous, je le déclare, doivent passer avant nous.

Mais, je viens de le dire, ce sacrifice n'est pas nécessaire ».

Victor Hugo,
Discours d'ouverture du
Congrès Littéraire International
7 juin 1878

Introduction

1. Les Modernes se sont inspirés des Anciens, les œuvres circulent et les auteurs s'inspirent des œuvres d'autrui à travers le temps et les continents à l'image des Demoiselles d'Avignon ou de l'œuvre de Gustavus Vassa¹ qui a mélangé les cultures africaines et occidentales, de sorte que le public puise dans cet ensemble une inépuisable source d'inspiration. Il semble donc que plus les œuvres circulent librement, plus les auteurs seront en mesure de créer.

2. Or, les hyperliens permettent de relier deux pages internet entre elles ou un objet matériel à une page internet. Les hyperliens - ou liens - permettent donc de mettre en relation deux contenus. La technologie des liens n'est en effet pas monolithique car les ingénieurs ont créé différents types de liens². Les « liens simples » mènent vers la page d'accueil d'un site internet. Les « liens profonds » mènent en revanche vers l'une des pages internes du site. Les liens cadres permettent de visualiser une œuvre se trouvant sur le site lié - c'est à dire du site cible - depuis le site où se trouve l'ancre du lien - c'est à dire le site source. En recourant à ce type de lien l'internaute n'a pas l'impression que le contenu qu'il regarde se trouve sur un autre site. C'est cette méthode qui est utilisée par la fonctionnalité Google Vidéo. » Enfin, les « liens *inline* » envoient l'internaute directement vers le site cible sans intervention de l'internaute. Les deux premiers se contentent de mener l'internaute vers un contenu alors que les troisième et quatrième types peuvent laisser penser à l'internaute non averti que les contenus se trouvent sur le site source.

3. Les hyperliens sont la structure du web. Leur nombre est incalculable mais ils peuvent lier chacune des 4,6 milliards de pages internet et chaque page peut accueillir plusieurs liens. Ces différents types de liens peuvent être créés de deux façons différentes. Soit ils sont créés manuellement par un internaute qui entrera les codes nécessaires, soit ils sont créés par un algorithme. Les liens manuels peuvent permettre aux propriétaires de sites de se réapproprier

¹ G. VASSA, « The Interesting Narrative of the Life of Olaudah Equiano », Cradock and Joy, 1814.

² E. AREZZO, « *Hyperlinks and Making Available Right in the European Union—What Future for the Internet After Svensson?* », 45 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 524, 2015, 526.

l'œuvres d'autrui, mais l'internaute consultant les sites n'est pas impliqué dans un processus auctorial car il se contente de surfer. Il peut en revanche en aller différemment pour les liens automatiques étant donné qu'ils peuvent intégrer des suggestions de résultats en fonction de l'expérience en ligne de l'internaute. Ce processus risque de limiter l'accès aux contenus de l'internet en enfermant l'internaute dans ses propres limites culturelles, tout comme cela peut également constituer l'occasion pour l'internaute de voir des suggestions plus ou moins proches de ses goûts initiaux qui l'amèneront à s'ouvrir à d'autres types de créations. Les liens peuvent donc rendre *de facto* accessible une partie de la culture ne correspondant pas aux canons traditionnels d'un groupe culturel.

4. Le nombre de liens est appelé à augmenter avec l'internet. Ils véhiculent en effet une dimension universelle dans la mesure où tout internaute peut en créer. Or, le nombre d'internautes augmente de façon exponentielle. Alors qu'ils ne représentaient qu'un pourcent de la population mondiale en 1995, ils sont désormais presque 3,5 milliards et devraient à moyen terme concerner la moitié de la population mondiale³. L'augmentation du nombre de liens améliorera suivra cette évolution exponentielle, ce qui améliorera l'accès aux contenus sur internet.

5. Il s'agit donc d'un phénomène fondamental de l'internet et de la façon dont nous communiquons et donc nous accédons aux informations et aux œuvres. Les liens constituent le pendant immatériel de l'accès à l'internet. Or, l'accès à l'internet constitue en France, à l'inverse des Etats-Unis, un droit fondamental reconnu par le Conseil Constitutionnel⁴. L'Organisation Mondiale des Nations Unies⁵ encourage la reconnaissance du droit à l'accès à internet. L'idée selon laquelle l'accès à l'internet est un droit fondamental est en train de se répandre. Or, les liens participent de cet accès à l'internet

6. Cependant, la liberté de circulation des œuvres n'est pas le seul facteur de créativité d'une société. Il est en effet nécessaire d'offrir aux auteurs les moyens de vivre de leur création afin qu'ils puissent pleinement s'y consacrer et qu'ils aient la possibilité de créer sans

³ « Internet Users », Internet Live Stats, accessible à <http://www.internetlivestats.com/internet-users/> (dernier accès : 5/11/2016).

⁴ Conseil Constitutionnel, 10 juin 2009, n°2009-580.

⁵ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, « *The Promotion, Protection And Enjoyment Of Human Rights On The Internet* », 27 juin 2016, accessible à : https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf (dernier accès : 07/11/2016).

pression extérieure. Or, le droit d'auteur repose sur l'existence d'un monopole sur une œuvre lui conférant un état de rareté de nature à lui conférer un prix sur le marché que les hyperliens - dits aussi plus simplement liens - viennent casser en facilitant l'accès aux œuvres. Les hyperliens pourront remettre en cause l'effectivité du monopole de différentes façons. Étant donné que le nombre d'hyperliens est appelé à augmenter, le risque de diminution de l'état de rareté artificielle des œuvres ira *crescendo*. En outre, l'internet est souvent à l'origine de confusions entre les auteurs et de modification de la présentation des œuvres. Dès lors, outre les droits patrimoniaux des auteurs, les hyperliens font peser un risque sur le respect des droits moraux et, par voie de conséquence, sur l'accès à la culture des internautes. Les liens risquent donc de menacer les intérêts des auteurs, ce qui induirait une diminution de la production intellectuelle.

7. Il existe donc une tension entre les deux facteurs de créativité que sont le droit d'auteur et l'accès aux œuvres que facilitent les liens. Le droit d'auteur (I) et les hyperliens (II) relèvent donc de deux logiques différentes et en tension. Les deux peuvent se renforcer ou se neutraliser.

I) La logique du droit d'auteur

8. Le droit d'auteur est une création européenne relativement récente. Il est apparu en Angleterre lorsque le statut de la Reine Anne⁶ de 1710 a conféré non plus aux imprimeurs, mais aux auteurs, un droit sur leurs œuvres. Les imprimeurs n'avaient donc plus le rôle de censeurs qui leur était dédié jusqu'alors. Le 18^e siècle français a également marqué un recul de la censure royale par une tolérance des copies contrefaisantes⁷. Le mouvement de l'indépendance des auteurs vis-à-vis de toute autorité était ainsi initié et tournait la page des siècles de clientélisme⁸. La liberté dont les auteurs jouissent par leurs créations leur permet une indépendance d'esprit nouvelle et marque une révolution dans l'histoire culturelle occidentale. Le modèle d'Erasmus, qui a été l'un des premiers auteurs à vivre de sa plume et donc à créer de façon indépendante, a donc pu s'étendre.

⁶ An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned, 5 avril 1710.

⁷ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », PERRIN, 2013, p. 125-127.

⁸ *ibid*, p. 204-205.

9. Outre la concession d'une forme d'indépendance des auteurs, la loi anglaise de 1710 visait à les inciter à créer des œuvres. La loi s'intitulait « une loi pour l'encouragement de l'apprentissage, en conférant les copies de livres imprimés aux auteurs ou aux acheteurs de ces copies, pour les durées mentionnées⁹ ». Le *copyright* anglais est donc né d'une conception utilitariste comme un mécanisme d'incitation à la création et de lutte contre la censure. Cette loi s'est appliquée aux colonies américaines sous domination anglaise. L'Angleterre et ses colonies marquaient ainsi une avance considérable dans l'histoire des idées car elle est restée longtemps la seule à connaître un mécanisme de protection de la propriété littéraire et artistique. En effet, le Saint-Empire-Romain-Germanique où a été inventée l'imprimerie, comme la France d'Ancien Régime et la péninsule italienne où elles se sont multipliées, n'ont pas conféré aux auteurs de droits globaux sur leurs créations. En outre, la Chine qui avait une avance considérable sur l'Europe en matière d'impression avant l'invention de Gutenberg, n'a pas introduit de réglementation relative au droit d'auteur pour des raisons culturelles¹⁰. Ce n'est donc pas la technologie de l'imprimerie qui a nécessité l'introduction du droit d'auteur en Europe - d'autant plus que dans les premières années certains lecteurs dont le Pape Pie II¹¹ ne voyaient pas la différence de nature entre l'écrit manuscrit et imprimé - mais bien la volonté d'inciter les auteurs à créer en les rendant économiquement indépendants.

10. L'atout que représente le droit d'auteur dans l'acquisition de l'indépendance et la liberté d'expression a bien été compris par la jeune république américaine lorsqu'elle a obtenu son indépendance. Le pouvoir Constituant¹² a ainsi autorisé le Congrès américain à voter des lois sur le *copyright*. Le Congrès étasunien a en effet voté dès 1790 une loi¹³ adoptant une conception utilitariste visant à encourager à la création d'œuvres utiles. La Révolution française, qui était imprégnée d'idéaux similaires, a emprunté la même voie. En effet, en 1791¹⁴, la France a voté sa première réglementation relative au droit d'auteur. L'approche française était aux antipodes de celle adoptée aux Etats-Unis. En effet, alors que les Etats-

⁹ « *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned* » (traduction libre).

¹⁰ La reproduction est en effet considérée comme un honneur envers la personne dont l'œuvre est copiée. H. YANG, « *Is Counterfeiting a Part of Chinese Culture ?* », China Intellectual Property, 1 août 2007, accessible à <http://www.chinaipmagazine.com/en/journal-show.asp?id=264> (dernier accès : 09/08/2016).

¹¹ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, 2013, p. 111.

¹² U.S. Const. art. I, §8, cl. 8.

¹³ Copyright Act of 1790.

¹⁴ Loi des 13-19 janvier 1791.

Unis ont introduit un *copyright* - littéralement le droit de copier - le législateur français a suivi les recommandations de Beaumarchais, homme de théâtre, qui recommandait de protéger le droit de représentation des œuvres. Ainsi, alors que le droit américain protégeait ce que nous appelons aujourd'hui le droit de reproduction ainsi que le droit de représentation, le droit français ne protégeait initialement que le second. Néanmoins, les conceptions philosophiques convergeaient car l'auteur du mariage de Figaro prônait une approche utilitariste comme aux Etats-Unis en rappelant que les auteurs ont besoin de revenus pour créer. Les deux systèmes se plaçaient donc dans le sillage de l'approche utilitariste anglaise qui visait à encourager la production d'œuvre. La faiblesse de la réglementation française résidait dans son caractère incomplet qui a été comblé en 1793¹⁵ avec une loi relative au droit de reproduction. Selon des modalités différentes, les deux droits concédaient aux auteurs le droit de reproduire une œuvre et de la communiquer à un public. Les deux droits adoptaient ainsi des conceptions relativement similaires à la fin du 18^e siècle. Dès lors, les rapports entre les auteurs et le public n'étaient pas profondément divergents.

11. Cette convergence globale entre les systèmes français et américain n'a été que temporaire. En effet, les différences entre les environnements culturels européen et américain ont eu des répercussions sur l'évolution du droit d'auteur français et du *copyright* américain. Le 19^e siècle a vu l'émergence du mouvement romantique en Europe qui a sacralisé l'auteur et le lien entre le créateur et son œuvre. La jurisprudence française¹⁶ s'est faite l'écho de cette conception novatrice de l'auteur en reconnaissant des droits moraux aux auteurs. Les Etats-Unis n'étaient à l'époque pas un centre intellectuellement dynamique¹⁷ - que ce soit en nombre ou en qualité - et les œuvres créées étaient principalement utilitaires et autobiographiques. La majorité de la production était donc composée soit d'œuvres n'ayant pas de lien particulier avec la personnalité de l'auteur, soit un lien constituant la substance de l'œuvre. En outre, le mouvement romantique n'a pas trouvé un terreau fertile aux Etats-Unis qui lui ont préféré le mouvement naturaliste¹⁸. La nécessité de reconnaître un droit de

¹⁵ Loi des 19-24 juillet 1793.

¹⁶ Cass. civ., 25 juin 1902, « Lecoq », D., 1903-I-5, obs. A. Colin et concl. Baudouin, S. 1902-I-305, obs. Lyon-Caen ; Annales, 1903, p. 126, obs. Claro (Paris, 1^{er} février 1900, S., 1900-2-101, obs. Saleilles) ; S. de Gorguette d'Argoeuves, « Le droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire », Dalloz, 1926, p. 66 s.

¹⁷ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 273, 1998, p. 259.

¹⁸ Avec des auteurs comme Thomas Hardy (« Desperate Remedies », 1871) Jack London (« L'appel de la forêt », 1903).

paternité - et plus largement de droits moraux - aux auteurs ne s'est donc pas fait aussi impérieuse qu'en France. En outre, la clause constitutionnelle autorisant le Congrès à adopter des lois sur le *copyright* inclut également le droit des brevets qui ne nécessite pas de droit moral.

12. Le 19^e siècle a donc vu une divergence d'approche entre les systèmes français et américain alors que les échanges d'œuvres interétatiques devenaient de plus en plus courants. L'approche française s'est encore un peu plus écartée de la tradition américaine lorsqu'elle a adopté un paradigme jusnaturaliste. La France a par conséquent adopté une approche synthétique des droits des auteurs en reconnaissant le droit de reproduction et le droit de représentation. Le *copyright* américain est en revanche resté attaché à sa conception utilitariste initiale et, couplé à la tradition de *Common Law* voulant que les lois prévoient toutes les hypothèses¹⁹, il a maintenu une définition analytique des droits. Se dessinait ainsi la division entre les traditions jusnaturalistes continentales et la tradition de *Common Law* optant pour le modèle du *copyright*.

13. À une époque où les Etats-Unis n'étaient encore constitués que de quelques États peu prospères les principales puissances étaient en Europe. Le modèle continental s'est ainsi imposé en droit international du droit d'auteur et a fortement influé sur les dispositions de la convention de Berne sur le droit d'auteur de 1886. La dimension jusnaturaliste du droit d'auteur a en revanche été rejetée aux Etats-Unis²⁰ et a fait obstacle à leur adhésion à la convention jusqu'en 1988²¹. Ainsi, alors que la majorité des États du monde harmonisait leurs droits autour des valeurs véhiculées par le droit d'auteur continental, les Etats-Unis sont restés longtemps farouchement attachés à leur conception nationale du *copyright*.

14. Ces évolutions historiques et culturelles ont donc débouché sur l'émergence de deux droits aux contenus philosophiquement très divergents. Les deux systèmes ont ainsi les paradigmes les plus opposés au monde en matière de propriété littéraire et artistique malgré les processus d'harmonisation internationaux par la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 et le traité de l'OMPI sur le droit

¹⁹ P. LEGRAND, « *Le droit comparé* », PUF, 2^e édition, 2006, p. 3.

²⁰ *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 8 L. Ed. 1055, 1834 U.S. LEXIS 619 (U.S. 1834).

²¹ Berne Convention Implementation Act, 1988.

d'auteur²². Malgré cela, ils convergent sur les principes de la liberté d'expression sur l'internet. Une comparaison des deux systèmes permettra de déterminer les contours d'un droit d'auteur applicable à l'internet harmonisé avec les libertés d'expression et d'accès aux informations.

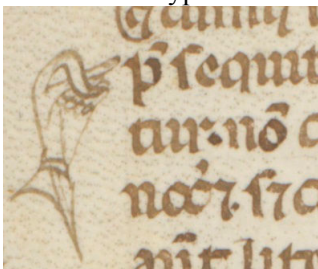
II) La logique des hyperliens

15. L'un des principaux enjeux culturels est d'assurer l'accès aux contenus. Il s'agit d'une problématique classique remontant à l'Antiquité. Alexandre le Grand avait en effet fait bâtir la bibliothèque d'Alexandrie où étaient conservés les connaissances de l'époque. Il est donc apparu relativement tôt qu'il était nécessaire d'organiser la discussion entre les productions intellectuelles afin non seulement de leur permettre d'obtenir une dimension nouvelle, mais aussi d'orienter le lecteur vers d'autres créations.

16. Les copieurs du Moyen-Âge ont été les premiers à recourir à un procédé de renvoi à des œuvres s'apparentant aux hyperliens actuels grâce à la technique de la manicule²³. Il s'agit d'un symbole²⁴ - souvent d'une main - effectuant un renvoi à une autre partie de l'ouvrage. Le procédé s'avérait révolutionnaire en soi, mais il restait largement insatisfaisant car il effectuait des renvois au sein de l'ouvrage, ou se réduisait à une simple note de bas de page référant un autre écrit. À une époque où les livres étaient rares le renvoi à un autre ouvrage signifiait souvent que l'information restait indisponible.

²² Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996.

²³ F. KAPLAN, « *L'origine médiévale de l'hyperlien, des pointeurs et des smileys* », fkaplanwordpress, 19 avril 2013, accessible à : <https://fkaplan.wordpress.com/2013/04/19/lorigine-medievale-de-lhyperlien-des-pointeurs-et-des-smileys/> (dernier accès : 27/09/2016).



²⁴

accessible à : <https://fkaplan.wordpress.com/2013/04/19/lorigine-medievale-de-lhyperlien-des-pointeurs-et-des-smileys/> (dernier accès : 27/09/2016).

17. L'invention de l'imprimerie en 1454 a permis de faciliter l'accès aux livres et donc de résoudre partiellement cette difficulté. Les livres pouvaient donc se démocratiser et avec eux l'accès à la connaissance. Elle a permis de parfaire la démocratisation de l'accès à la culture qui avait commencé avec les récitations publiques grecques et s'était fortement développée au 17^e siècle avec la généralisation des livres chez les notables et la petite bourgeoisie²⁵. Cette facilitation de l'accès aux idées était néanmoins insatisfaisante car elle confrontait les lecteurs à la territorialité des supports matériels sur lesquels étaient reproduites les œuvres.

18. Le penseur visionnaire Bush Vannevar²⁶ a donc imaginé dès 1945 un système appelé le Memex permettant de naviguer d'un texte à un autre. Il s'agissait d'un ordinateur permettant d'accéder en temps réel à des œuvres. Il a été suivi par Ted Nelson qui a imaginé en 1978 un projet de liens hypertextes appelé le Projet Xanadu²⁷. Nelson a été le premier à utiliser le terme hypertexte qu'il a créé en référence au concept d'extension et de généralité. Cette référence s'avère particulièrement pertinente car les liens permettent de créer une bibliothèque universelle telle que l'avait imaginée Borges²⁸ et rendent effective la République des Lettres. Les deux auteurs ont ainsi imaginé un système fonctionnant par association d'idées comme le fait l'esprit humain. Il n'y a cependant pas lieu d'établir une analogie complète entre le fonctionnement du cerveau et les hyperliens, car les liens informatiques ne créent aucune information alors que les synapses créent des informations. Ces projets ont longtemps relevé de la science-fiction.

19. La fin de la Seconde Guerre Mondiale a marqué le début de l'époque des communications modernes qui ont participé de l'imaginaire de Vannevar et de Nelson. En effet, le projet américain ARPANET²⁹ a commencé à développer un procédé de communication entre ordinateurs distants. L'objectif était de maintenir un système de transmission pour le gouvernement américain ainsi qu'un contact avec l'Union Soviétique en cas de destruction des infrastructures de télécommunications par une attaque nucléaire. Cependant, les préoccupations bellicistes de Washington n'étaient pas partagées par tous les ingénieurs impliqués dans le projet, dont certains étaient surtout emprunts d'idéaux universalistes et pacifistes. L'internet s'est donc développé grâce à des ingénieurs qui

²⁵ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », 2013, *op. cit.*, p. 60.

²⁶ B. VANNEVAR, « *As We May Think* », The Atlantic, 1945.

²⁷ T.H. NELSON, « *Opening Hypertexte : A Memoire in Tuman* », Literacy Online, p. 43-57.

²⁸ J.L. BORGES, « *The Library of Babel* », Labyrinths, 1970, p. 81-82.

²⁹ *American Civil Liberties Union v. Reno*, 929 F. Supp. 824, 831 (E.D. Pa. 1996).

partageaient les idéaux de liberté et d'indépendance, et qui ont réussi à établir des connexions entre ordinateurs et par conséquent entre des contenus. Il y a donc *a priori* une convergence entre les *ratio legis* des premières réglementations relatives au droit d'auteur et au *copyright* d'une part, et l'esprit des débuts de l'internet d'autre part.

20. Le réseau qui commençait à se développer et qui est plus tard devenu l'internet a donc été programmé par des ingénieurs embrassant des conceptions universalistes qui ont marqué l'architecture du *web*. Le réseau était ainsi décentralisé, permettant ainsi de ne pas établir de hiérarchie entre les utilisateurs, et visait à relier des personnes situées à des endroits extrêmement distants. La France a voulu obtenir son indépendance en matière de communication et a développé une autre technique en développant le minitel. Il s'agissait d'un projet piloté par l'État laissant moins d'indépendance aux ingénieurs que le projet américain. Le système français s'est certes démocratisé plus vite en France que l'internet aux Etats-Unis, mais il présentait le défaut de respecter un fonctionnement pyramidal. Les différences d'approches dans les deux systèmes ne sont pas que le fruit de l'implication plus ou moins forte des gouvernements dans le projet, mais également des cultures nationales. Alors que les Etats-Unis sont nés comme un pays égalitaires de tradition protestante où la hiérarchie est restreinte, la France a une culture profondément marquée par la hiérarchisation romaine et catholique. Les réseaux de chaque pays ont reflété ces mentalités divergentes.

21. Cependant, l'internet américain et le minitel français ne facilitaient que partiellement l'accès aux contenus car il était nécessaire de connaître l'emplacement d'un contenu pour y accéder. En outre, les pages n'étaient pas mises en relation entre elles. L'idéal de Bush Vannevar et de Ted Nelson n'a donc pas vu le jour grâce aux projets des gouvernements américain et français. Il aura fallu tout le génie de Tim Berners-Lee - un chercheur britannique donc de culture protestante plus proche de celle américaine que française - au début des années 1990 pour inventer un système permettant de relier les pages entre elles et d'assurer enfin une véritable communication entre les créations de l'esprit. Les liens étaient nés et avec eux le *World Wide Web*. C'est donc sur une structure pensée dans la culture américaine, et non pas dans la culture française, que sont nés les hyperliens. Dès lors, le droit d'auteur français va s'appliquer à un objet qui ne reflète pas forcément la culture française mais plutôt celle américaine.

22. Le système a été implémenté sur l'internet uniquement et non pas sur le minitel qui a fini par disparaître. L'invention des liens est apparue concomitamment à la démocratisation des connexions internet, ce qui a permis au réseau de grandir à une vitesse fulgurante. L'internet a ainsi réussi à réunir des créations intellectuelles dans une dimension que la bibliothèque d'Alexandrie n'a jamais pu approcher. Néanmoins, comme la célèbre bibliothèque égyptienne, l'internet et les liens visent à mettre en relation des communautés de chercheurs et d'intellectuels. La différence - fondamentale - entre l'institution antique et les hyperliens est la dimension démocratique de ces derniers qui visent à mettre en relation tous les individus sans considération de leurs rangs. Cela devrait *a priori* permettre une élévation du niveau de connaissance dans le monde et les liens auront un effet dialectique en mettant en relation des personnes qui n'avaient *a priori* pas de raison de se rencontrer. Cet accès aux œuvres s'est ainsi trouvé facilité par le recours au format numérique. Les hyperliens risquent donc de remettre en cause l'effectivité du monopole artificiel des auteurs dans la mesure où ils facilitent l'accès aux œuvres.

23. En outre, avec l'internet et les liens, les œuvres ne sont plus transmises sur un support matériel. Elles se trouvent transformées au contraire sous forme de code binaire immatériel. Or, le *copyright* américain tout comme le droit d'auteur français ont initialement été pensés dans un monde analogique où la composante immatérielle de l'œuvre de l'esprit se fondait avec le support matériel. Cette situation nouvelle appelle à plus de rigueur. En effet, si les juristes faisaient la différence entre le corps et l'esprit de l'œuvre, les agents économiques pouvaient les confondre sans grande conséquence pour leurs affaires. Les hyperliens ont donc obligé à faire preuve de plus de précision et à s'interroger sur les logiques économiques du *copyright* et du droit d'auteur. En effet, sur l'internet, et notamment grâce aux liens, le risque pour les auteurs est que le public bénéficie de la gratuité - directe ou par absence d'utilisation de leurs données - de l'accès aux œuvres car les ayants droit ne bénéficieraient ainsi d'aucun revenu. Les auteurs sont par conséquent obligés d'assurer un état de rareté de leurs œuvres afin qu'elles présentent une valeur commerciale. Cet état de rareté peut apparaître naturel pour les choses matérielles et même pour les œuvres reproduites dans des formats tangibles. Elle s'avère artificielle pour les œuvres de l'esprit sur format numérique car il est possible de partager la jouissance d'une œuvre sans baisse d'utilité pour chaque membre du public. L'état de rareté doit par conséquent être imposé conventionnellement car il ne peut exister à l'état de nature. Or, cet état de rareté artificiel se trouve diamétralement opposé aux idéaux fondateurs de l'internet prônant la libre circulation des idées. Le droit d'auteur et le *copyright* d'une part

et l'internet d'autre part sont par conséquent fondés sur des conceptions en partie divergentes. En partie seulement car le droit d'auteur et le *copyright* visent à assurer une circulation des œuvres.

24. Les liens confrontent par conséquent le *copyright* et le droit d'auteur aux faiblesses des conceptions remontant à la fin du 18^e siècle qui ont mélangé la dimension immatérielle avec la matérialité des œuvres. La limitation à des droits portant sur des expressions matérielles des œuvres constituait une erreur historique due au contexte technologique de l'époque. Il est donc nécessaire de réécrire le droit d'auteur et le *copyright* à la lumière de cette analyse afin d'assurer aux auteurs un monopole sur leurs œuvres et ainsi d'abandonner la limitation aux formes matérielles de diffusion des œuvres³⁰.

25. En reliant deux pages ou deux sites internet entre eux, les liens hypertextes constituent non seulement un nouveau défi pour les intérêts des auteurs, mais également une révolution intellectuelle. Ils mettent en effet un terme à la lecture linéaire des œuvres³¹ et permettent d'impliquer le public dans la création intellectuelle en modifiant profondément les contours de l'auctorialité. Ils confrontent donc le droit d'auteur et le *copyright* - pensés comme des prérogatives universelles - aux limites des conceptions traditionnelles de la création. Les lecteurs peuvent ainsi établir leurs propres connexions - et dans une certaine mesure adapter l'appréhension des œuvres - ce qui donne un sens nouveau aux œuvres³². Les hyperliens parviennent par conséquent à recentrer la création sur le lecteur comme l'avaient imaginé plusieurs philosophes de la *French Theory*³³. Cela constitue en outre un retour au flou de la distinction entre l'auteur et le lecteur du Moyen-Âge où les lecteurs s'approprièrent le texte en l'annotant³⁴. L'œuvre est donc devenue un espace social que chacun peut intellectuellement s'approprier³⁵ alors que l'œuvre telle que conçue par le droit d'auteur et le *copyright* est créée par un ou plusieurs auteurs en concertation.

³⁰ L. LESSIG, « *Remix : Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy* », 2008, The Penguin Press.

³¹ S. MOULTHROP, « *The Politics of Hypertext* », *Evolving Perspectives on Computers and Composition Studies*, 1991, 254 ; I. SNYDER, « *Hypertexte - The Electronic Labyrinth* », New York University Press, 1996, p. ix.

³² I. SNYDER, « *Hypertexte - The Electronic Labyrinth* », *op. cit.*, p. 18-19.

³³ J.D. BOLTER, « *Writing Space : The Computer, Hypertext, and the History of Writing* », Lawrence Erlbaum Associates, 1991, 255 : l'auteur prête cette conception à Barthes, Derrida, Michel Foucault.

³⁴ I. SNYDER, « *Hypertexte - The Electronic Labyrinth* », New York University Press, 1996, p. 61.

³⁵ M. FOULCAULT, « *Qu'est ce qu'un auteur ?* », 1969, *Textual Strategies*, p. 81.

26. Les hyperliens permettent de surcroît l'émergence d'un nouveau style littéraire libéré du format linéaire de l'écrit et de la pensée hiérarchisée qu'il implique³⁶. En offrant de nouvelles façons de communiquer et de penser les liens permettent donc l'émergence de nouvelles modalités de création. Il s'avère par conséquent nécessaire d'opter pour une application raisonnable du droit d'auteur afin d'assurer l'indépendance des créateurs sans pour autant casser le développement de nouvelles formes de créations. L'Histoire nous enseigne que les technologies et les époques changent et, avec elles, les types de créations artistiques sont appelées à se modifier et certaines à disparaître. Il nous semble que ce constat n'est pas une fatalité mais une opportunité pour le dynamisme intellectuel d'un pays à condition que le système juridique offre les moyens non seulement de maintenir les modes de création traditionnels, mais également d'encourager le développement de nouveaux types d'œuvres. Le droit d'auteur devra donc continuer à s'appliquer afin de maintenir et d'encourager les créations intellectuelles classiques, tout en se cantonnant à une conception conforme à la *ratio legis* des premières lois de droit d'auteur ainsi que de *copyright* de la fin du 18^e siècle qui visaient à inciter à la création d'œuvres nouvelles même dans des formats innovants. En cantonnant le droit d'auteur et le lien à des domaines qui leur sont propres la création devrait être encouragée.

27. Cependant, en tant que produit d'une société, le droit est emprunt d'une dimension sociale. Ainsi, le droit constitue donc une médiation entre « le juste et le raisonnable, entre l'individuel et le social, entre le consensus et le conflit³⁷ ». Il doit en effet prendre en considération tous les intérêts de la société sans léser unilatéralement une partie. Les droits américain, européen et français ont ainsi dû adapter leurs réglementations afin d'établir un équilibre entre les intérêts des auteurs, des créateurs de liens et du public constitué par les internautes. Il sera dès lors nécessaire d'établir un équilibre entre le droit d'auteur, la liberté d'entreprendre des créateurs de liens, ainsi que la liberté d'expression des internautes. Il ne sera donc pas satisfaisant de refuser toute application du droit d'auteur aux hyperliens même si les logiques de ce droit est en grande partie opposée à celle de la technique des liens.

³⁶ G.P. LANDOW, « *Hypertext : The Convergence of Contemporary Critical Theory and Technology* », Johns Hopkins University Press, 1992 ; J.D. BOLTER, « *Writing Space : The Computer, Hypertext, and the History of Writing* », Lawrence Erlbaum Associates, 1991 ; M.C. TUMAN, « *Word Perfect : Literacy in the Computer Age* », Falmer Press, 1992.

³⁷ J.C. Magendie, « *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe* », Archives de philosophie du droit, Dalloz, tome 45, 2001, p. 14.

28. La France et les Etats-Unis ont chacun établi des équilibres cohérents avec leurs conceptions du droit d'auteur, de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'expression. Cependant, les modèles divergent. Ces différences posent des difficultés particulières lorsque des régimes juridiques différents ont vocation à s'appliquer à un même espace. Les juges français pourront donc appliquer des conceptions jusnaturalistes à une question d'hyperlien, alors que les juges américains s'en tiendront à une conception utilitariste des droits des auteurs. Il y a donc un manque de cohérence pour les créateurs de liens et les auteurs qui participe de l'établissement d'un *Far West* numérique qu'il convient non seulement de normer de façon satisfaisante, mais également de clôturer afin que les espaces soient régis par le plus faible nombre de systèmes juridiques possibles. La difficulté que cela pose risque de décourager les auteurs et les créateurs de liens de développer leurs activités. Dès lors, l'analyse de l'application du droit d'auteur et du *copyright* aux hyperliens pose la question de l'application dans un espace dématérialisé de ces deux prérogatives.

29. La question de l'application du droit d'auteur aux hyperliens présente donc des enjeux pour le développement de l'internet et la pérennité d'un système de rémunération des auteurs par le marché. Elle impose de repenser le droit d'auteur afin de lui conférer une véritable dimension immatérielle qui lui a longtemps fait défaut à cause d'une confusion avec le support matériel des œuvres. La comparaison entre les droits français et américain est d'autant plus importante qu'il s'agit des deux systèmes les plus opposés philosophiquement. Leur rencontre ne manquera pas de choquer, d'interroger, et *in fine* de remettre en cause des préjugés. En outre, les hyperliens sont au cœur de modèles économiques reposant sur l'indexation des contenus sur l'internet. Il s'est donc avéré nécessaire d'adapter les contours du droit d'auteur et du *copyright* d'une part, et de la liberté d'entreprendre d'autre part, afin de concilier les différents intérêts.

30. L'application du droit d'auteur aux hyperliens est donc riche d'enseignement sur les tensions qui innervent l'internet. Malgré l'importance de la question pour l'avenir de la création, de l'accès aux informations et de la liberté d'entreprendre dans un monde globalisé, la question a été peu traitée. Elle a certes été au cœur de nombreux débats depuis que la CJUE³⁸ a été saisie de la question et que le *Copyright Office*³⁹ s'intéresse au droit de mise à

³⁸ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB ; CJUE, 21 octobre 2014, aff. C-348/13, Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch ; CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker.

disposition. Il s'avère donc nécessaire de prendre de la hauteur sur le sujet en comparant deux approches différentes afin de confronter chacune à ses paradoxes et ses incohérences, dans le but de faire émerger de nouvelles solutions propres à chaque système.

31. L'application du droit d'auteur français et du *copyright* américain pose la question de l'application d'un droit, pensé à la fin du 18^e siècle comme étant intimement lié à un support matériel, sur un support complètement dématérialisé. En somme, elle interroge sur l'établissement d'un monopole artificiel et fondamentalement immatériel, en faveur des ayants droit, et respectueux des intérêts du public et des autres agents économiques ?

32. Il sera par conséquent impératif de protéger les prérogatives des auteurs de façon moderne en appliquant le droit d'auteur aux hyperliens. Il sera de surcroît nécessaire que cela n'enfreigne de façon déraisonnable l'accès à la culture des internautes. Il y a donc lieu d'établir les règles du temple de la culture, qui repose sur le pilier du droit d'auteur et celui de l'accès à la culture qui se trouve renforcé par les liens. Un équilibre a en effet été trouvé entre les liens et le droit à la culture (Première partie).

33. Il sera concomitamment nécessaire d'assurer la liberté d'entreprendre des créateurs de liens - qui sont à l'origine de création de richesses considérables - étant donné qu'ils jouent un rôle dans la stimulation de la création culturelle mais également dans l'accès aux informations des internautes. Les intérêts des auteurs, du public et des créateurs automatiques de liens ont donc été mis en balance. Le conflit entre l'application du droit d'auteur au lien et la liberté d'entreprendre (Seconde partie) perdure néanmoins.

³⁹ Copyright Office, « *The Making Available Right In The United States* », février 2016.

Première Partie : Les liens et le droit à la culture

34. Le droit d'auteur et le droit à la culture sont intimement liés. En effet, lorsque le Congrès américain a voté la première loi sur le *copyright*⁴⁰ il entendait encourager la production culturelle afin de proposer des œuvres à la population. Il en va de même dans l'esprit de Beaumarchais⁴¹ en France et des premières lois sur le droit d'auteur. Pourtant, le droit à la culture n'est reconnu ni aux Etats-Unis ni en France, à l'exception de l'article 13 du préambule de la Constitution de 1946⁴² qui n'a présenté qu'un intérêt limité devant les juridictions. L'article 27 de la Convention Universelle des Droits de l'Homme ainsi que l'article 15.1 du Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels - qui n'ont pas valeur obligatoire aux Etats-Unis et en France - reconnaissent néanmoins un droit à la culture.

35. Ce droit à la culture peut être compris de deux façons. Soit l'on y voit un droit à recevoir les œuvres créées par autrui - et auquel cas il s'agit d'un droit passif - soit on lui confère une dimension plus dynamique en considérant qu'il inclut la créativité intellectuelle⁴³. Le droit américain a adopté cette seconde approche dans la première loi sur le *copyright* et qu'il ne s'en est pas éloigné⁴⁴. Le droit français adopte une position plus ambiguë à cause de son approche jusnaturaliste des droits des auteurs, mais l'équilibre de son régime répond également au souci de combiner l'incitation de la création avec l'accès du public aux œuvres. Le droit d'auteur véhicule donc un conflit originel entre les intérêts des auteurs et ceux du public. Les deux prérogatives se trouvent ainsi mélangées au sein d'une même norme⁴⁵. L'invention des hyperliens viendra attiser ce conflit en renforçant l'accès aux œuvres.

⁴⁰ *Copyright Act* of 1790.

⁴¹ P.-A. DE BEAUMARCHAIS, « Compte rendu de l'affaire des auteurs dramatiques », 1776-1780, in *Œuvres complètes de Beaumarchais*, 2015, p. 608 s.

⁴² « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture ».

⁴³ A. ZOLLINGER, « Droits d'auteur et droits de l'Homme », LGDJ, 2006, 1083-1084.

⁴⁴ S. EDWARDS, « Droit d'auteur et droits de l'Homme au plan européen : communication », in *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Actes du colloque des 16 et 17 juin 1989, INPI, 1990, p. 72.

⁴⁵ A. ZOLLINGER, « Droits d'auteur et droits de l'Homme », LGDJ, 2006, 1097.

36. Les deux dimensions du droit à la culture ne sont cependant pas en conflit permanent⁴⁶. En effet, le droit à la culture se trouve renforcé par le droit d'auteur en ce qu'il permet d'encourager la création. À l'inverse, il a été fait remarquer qu'en l'absence de droit d'auteur, « il n'y aurait plus ce levain qui permet la production et on provoquerait un tarissement de l'activité intellectuelle⁴⁷ ». Cette dynamique se trouve ainsi énoncée aux deux alinéas de l'article 27⁴⁸ de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui se trouvent donc être en conflit mais qui sont également complémentaires. Malgré ses atouts, la monopolisation que permettent le droit d'auteur français et le *copyright* américain entre en conflit avec l'idéal libertaire de l'internet. Il y a lieu d'établir un équilibre entre les prérogatives des auteurs et la liberté de lier. Cela implique une nouvelle harmonie entre le droit d'auteur et le droit à la culture.

37. Les droits européen et américain ont donc convergé, selon des modalités différentes, sur le principe de la liberté de constituer une ancre. Les droits américain, européen et français ont ainsi convergé sur le principe de la liberté de constituer une ancre (Titre I)

38. En outre, les deux systèmes ont adopté des solutions qui assurent un équilibre entre les droits des auteurs, les intérêts du public et la liberté de lier. La liberté d'établir un lien (Titre II) est donc le résultat d'un équilibre entre les différents intérêts en présence.

⁴⁶ A. ZOLLINGER, « Droits d'auteur et droits de l'Homme », LGDJ, 2006, 1099 ; G. BEGUIN, « La Déclaration universelle des droits de l'Homme et la protection de la propriété intellectuelle », Dr. Auteur 1963, p. 318.

⁴⁷ M.-C. DOCK, « Circulation des informations et propriété intellectuelle », in La circulation des informations et le droit international, Actes du colloque des 2 au 4 juin 1977, Paris, Éditions A. Pedone, 1978, p. 251.

⁴⁸

Titre I : La liberté de constituer une ancre

39. Le dynamisme culturel des sociétés française, européenne et américain dépend en partie du droit d'auteur et du conflit qu'il véhicule. Les créateurs de liens sont dès lors confrontés à ce conflit lorsqu'ils créent les ancres des liens. Les ancres sont la partie visible des liens se trouvant généralement sur une page internet⁴⁹.

40. Le conflit se trouve résolu par certaines prérogatives - notamment patrimoniales - en faveur des auteurs. Le droit d'auteur et le *copyright* assurent la protection de l'intérêt des créateurs face aux ancres (Chapitre 1).

41. D'autres prérogatives - et notamment les droits *sui generis* sur les bases de données ainsi que les droits moraux - penchent plutôt en faveur de l'accès à la culture. Le droit d'auteur et le *copyright* assurent la protection des intérêts du public grâce aux ancres (Chapitre 2). L'équilibre se trouve raffiné par le fait que les prérogatives ne sont jamais unilatérales.

Chapitre 1 : La protection de l'intérêt des créateurs face aux ancres

42. Le droit de reproduction est apparu en Angleterre avec le statut de la Reine Anne en 1710⁵⁰ qui introduisait le *copyright* - c'est à dire le droit de copier. Il s'agissait, dans l'esprit du législateur britannique, de créer un monopole sur la reproduction des œuvres de l'esprit. Aux Etats-Unis le *copyright* avait été introduit pendant la période coloniale par l'application

⁴⁹ Les ancres sont généralement de couleur bleue ou surlignée. Pour un exemple sur la page Wikipedia « Le droit d'auteur » (accessible à https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_d%27auteur [dernier accès : 02/10/2016]):

Droit d'auteur

Le **droit d'auteur** est l'ensemble des droits dont dispose un **auteur** ou ses **ayants droit** (héritiers, sociétés de production) sur des œuvres de l'esprit originales et des droits corrélatifs du public à l'utilisation et à la réutilisation de ces œuvres sous certaines conditions.

⁵⁰ « *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned* », 1710.

du statut de la Reine Anne. La centralité de la notion de reproduction a par la suite été reprise par le droit américain⁵¹ à la suite de l'indépendance avec la ratification de la Constitution en 1789⁵². Le droit français ne s'est en revanche occupé du droit de reproduction que dans un second temps⁵³ - après avoir tout d'abord reconnu le droit de représentation en 1791⁵⁴ - avec le décret des 19-24 juillet 1793.

43. En Angleterre, les imprimeurs étaient protégés grâce à la *Stationers' Company*⁵⁵ alors qu'en France les auteurs de pièces de théâtre étaient au centre de la réflexion grâce notamment à Beaumarchais dont l'éloquence a permis aux auteurs dramatiques de voir leurs œuvres protégées⁵⁶. Le Parlement britannique a donc rédigé une loi pour les auteurs d'écrits alors que le législateur révolutionnaire souhaitait protéger les spectacles vivants⁵⁷. La différence de centralité du droit de reproduction est donc le fruit des groupes d'influence de l'époque.

44. Le statut de la Reine Anne n'a pas défini le droit de reproduction *a priori* et s'est contenté d'interdire l'impression d'œuvres protégées. Le droit anglais - qui constitue également le premier droit de *copyright* appliqué aux Etats-Unis - concevait donc implicitement le droit de reproduction comme le fait de reproduire une œuvre sur un support communicable à autrui. Le droit français a également adopté une approche concrète en apportant une solution pragmatique au problème de pillage des œuvres dont souffraient les auteurs. Le législateur révolutionnaire français s'est ainsi abstenu d'apporter une définition *a priori* de la reproduction qu'il concevait simplement comme le fait d'imprimer dans la loi de 1793. Il s'agit d'une faiblesse de rédaction car le législateur n'aurait pas autorisé la copie

⁵¹ *Copyright Act of 1790*.

⁵² La *Copyright Clause* reconnaît ainsi expressément le *copyright*. Voir Article 1, Section 8, Clause 8 of the Constitution of the United States.

⁵³ Décret des 13 et 19 janvier 1791 relatif aux spectacles.

⁵⁴ Loi du 13 janvier 1791, relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales.

⁵⁵ A. BIRRELL, « *Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books* », Cassel and Company, 1898, p. 26.

⁵⁶ Loi des 13-19 janvier 1793.

⁵⁷ L'influence de certains auteurs tel que Beaumarchais n'y est sans doute pas pour rien. Il a en effet prononcé un discours resté célèbre devant l'Assemblée législative dans lequel il prend la défense des auteurs de théâtre. Voir P.A.C. DE Beaumarchais, « *Compte rendu de l'affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français* », 1780, in Œuvres complètes de Beaumarchais, Cher Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1865, p. 608 s.

manuelle d'œuvres protégées. Il faut donc voir dans cette rédaction la volonté de résoudre le défi technologique de l'époque que posait l'imprimerie. Le *copyright* et le droit d'auteur répondaient donc à un problème technique mais ils manquaient de hauteur et une lecture littérale des deux textes n'aurait pas permis de saisir les nouvelles technologies et notamment les hyperliens. Les accents jusnaturalistes de certains tribuns comme Le Chapelier⁵⁸ n'ont donc eu qu'une influence limitée sur la rédaction des premières lois sur le droit d'auteur.

45. Le droit américain a repris l'idée britannique selon laquelle le droit de reproduction implique de reproduire une œuvre dans le but de la présenter à autrui. Il répondait ainsi au même défi technologique que les législateurs anglais et français ont affronté à la fin du 18^e siècle. Cependant, l'approche philosophique était différente de celles pragmatiques auxquelles ont eu recours les législateurs européens. Alors que ces derniers ont apporté une réponse pratique à un problème, les Pères Fondateurs américains ont pris plus de hauteur en retenant que la reproduction est constituée par la fixation sur un support tangible d'une information. La définition est sans doute la plus correcte des trois bien qu'elle pêche par son attachement à un état de la technique et n'aurait pas permis de saisir les hyperliens.

46. À cause des évolutions technologiques successives - et notamment du numérique - les législateurs ont dû adopter des définitions plus conceptuelles. La loi française de 1957 définissait le droit de reproduction comme « la *fixation* (nous soulignons) matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». La loi américaine de 1976 - encore en vigueur aujourd'hui - définit la copie comme des « objets matériels, autres que des enregistrements sonores, dans lesquels une œuvre est *fixée* (nous soulignons) par toute méthode déjà connue ou développée plus tard, et à partir desquels l'œuvre peut être perçue, reproduite ou communiquée d'une quelconque façon, soit directement soit avec l'aide d'une machine ou d'un appareil⁵⁹ ». Le législateur américain a donc, comme le législateur français, adopté une approche plus conceptuelle de la reproduction se fondant sur le principe de fixation. Il s'est cependant montré plus précis que ce dernier en affirmant que la copie effectuée par une machine est incluse dans la définition,

⁵⁸ I.R.G. LE CHAPELIER, discours à l'Assemblée Constituante relatif aux décrets des 13 et 19 janvier 1791.

⁵⁹ 17 U.S.C. §101 : « *material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now know or later developped, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device* » (traduction libre).

mais également plus universelle en ne limitant pas la reproduction à un support matériel. Cette différence reflète les états de la technique au moment de la rédaction de chaque loi. Malgré ce manque d'universalisme de la rédaction française, le législateur⁶⁰ de 1992 n'a pas modifié la définition de la reproduction lors de la codification qui s'est faite à droit constant. Il n'a pas non plus saisi l'occasion de la transposition de la directive 2001/29/CE dont l'article 2⁶¹ est pourtant beaucoup plus universel - bien que vague⁶² - pour adopter une définition plus conceptuelle et en cela plus proche de la définition américaine. Ces différences méthodologiques sont *a priori* sans conséquences pratiques.

47. La différence entre les définitions américaine d'une part et française et européenne d'autre part réside désormais dans le caractère durable de la reproduction. Les rapports⁶³ des deux chambres du Congrès américain avaient en effet retenu que constitue une reproduction la fixation sous une forme tangible d'une œuvre qui doit être suffisamment permanente ou stable afin qu'elle puisse être perçue, reproduite, ou encore communiquée pour une période plus que transitoire. Le droit français n'a pas introduit de critère de durabilité dans sa définition. Cette différence est le fruit du fondement philosophique du *copyright* américain qui n'est justifié que par le fait qu'il améliore l'accès aux connaissances, alors que le droit français est d'inspiration jusnaturaliste et s'applique dès la création de l'œuvre sans considération de la facilité à la communiquer.

48. Le droit de reproduction permet donc d'introduire un état de rareté artificiel⁶⁴ sur les œuvres à l'origine de l'imposition d'un prix. L'arrêt *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*⁶⁵ a ainsi rappelé que le *copyright* - mais le raisonnement s'applique également au droit d'auteur français - constitue un droit « contre le reste du monde ». Un droit imprégné d'une telle

⁶⁰ Article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶¹ L'article 2 de la directive 2001/29/CE définit le droit de reproduction en des termes voisins (« Le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie ») et la transposition de la directive en droit interne n'a donc pas nécessité de modification du droit français sur ce point. Les définitions françaises et européennes sont marquées par la même recherche d'intemporalité car elles visent à assurer l'adaptation du droit d'auteur aux évolutions technologiques.

⁶² CJUE, 16 juillet 2009, aff. 5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, 31.

⁶³ H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 61-62 (1976) ; S. Rep. No. 105-190, 40 (1998).

⁶⁴ L. MARINO, « *Droit de la propriété intellectuelle* », PUF, 2013, p. 29.

⁶⁵ *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 908 F. Supp. 640, 658 (W.D. Wis. 1996). A copyright is a right against the world (traduction libre).

conception constituera une limite au droit de constituer des ancrés et freinera l'accès des internautes aux œuvres.

49. Les intérêts du public - qui souhaite la meilleure accessibilité aux contenus sur l'internet - et ceux des auteurs - cherchant à protéger l'état de rareté artificielle de leurs œuvres - entrent donc en conflit sans que la suppression de l'un des intérêts ne permette l'émergence d'une situation favorable pour tous. Les auteurs et le public se trouvent par conséquent dans une situation similaire au dilemme des prisonniers⁶⁶ où leur intérêt commun est de trouver une situation d'équilibre mais où ils ne réussissent pas communiquer.

50. Le principe de l'application du droit d'auteur à l'internet et aux ancrés (Section 1), qui permet de respecter les intérêts des auteurs, se trouve contrebalancé par la circonscription du champ d'application du droit d'auteur et du *copyright* aux ancrés (Section 2).

Section 1 : Le principe de l'application du droit d'auteur à l'internet et aux ancrés

51. L'internet a initialement été pensé comme un espace sur lequel les droits des États n'avaient pas vocation à s'appliquer⁶⁷. Il n'était donc pas évident que le droit d'auteur - dans la mesure où il permet de s'approprier des contenus mis en ligne - s'applique à l'internet.

52. Cependant, cette vision anarchiste du réseau ne pouvait survivre à la mercantilisation ainsi qu'à l'arrivée massive des internautes qui nécessitent une protection. Les auteurs - et

⁶⁶ Le dilemme du prisonnier est une hypothèse où deux prisonniers sont interrogés séparément et ne peuvent communiquer entre eux. S'ils collaborent ils bénéficieront tous les deux d'une amélioration globale de leurs situations, si l'un seulement collabore il bénéficiera d'un plus grand avantage mais le bien général global sera moins élevé, et si les deux ne collaborent pas ils n'auront aucun gain. Ce modèle incarne le conflit entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif Voir E. PETIT, « *Le dilemme du prisonnier* », Association des universités numériques en économie et gestion, 31 mai 2013, accessible à http://www.auneg.org/ressources/pdf/dilemme_prisonnier.pdf (dernier accès: 23/12/2015) ; N. EBER, « *Le dilemme du prisonnier* », 2006, Repères, p. 3 ; R. Axelrod, W. Hamilton, « *The Evolution of Cooperation* », 1981, Science, 211, 1390-1396.

⁶⁷ J.P. BARLOW, « *Déclaration d'indépendance du Cyberspace* », février 1996.

notamment les moins célèbres - se sont rapidement retrouvés confrontés à des géants de l'internet face auxquels leur liberté de négociation est quasiment inexistante. Il s'est donc avéré nécessaire de protéger les auteurs par l'application du droit. On retrouve ici, comme le rappelait Lacordaire⁶⁸ dans un contexte différent⁶⁹, l'idée selon laquelle « entre le fort et le faible [...], c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Ainsi, afin d'assurer l'égalité entre la masse des auteurs et les géants de l'internet, le *copyright* tout comme le droit d'auteur ont vocation à s'appliquer à l'internet (Sous-Section 1). Dès lors, les deux systèmes seront opposables aux créateurs d'ancres des liens (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : L'universalité de l'application du droit d'auteur et du *copyright* à l'internet

53. Le droit d'auteur ainsi que le *copyright* ont suivi de près les évolutions technologiques. Les droits français et américain ont ainsi toujours pu faire preuve d'adaptabilité face aux changements technologiques (Paragraphe 1), et c'est donc naturellement que le droit d'auteur et le *copyright* se sont appliqués à l'internet (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'adaptabilité du droit d'auteur et du *copyright*

54. Les droits français et américain sont généralement opposés à cause des méthodes qu'ils adoptent. En effet, le droit français est synthétique⁷⁰ – ce qui lui permet aisément de saisir de nouvelles situations ainsi que les évolutions techniques malgré une rédaction *prima*

⁶⁸ H. LACORDAIRE, « *Conférences de Notre-Dame de Paris* », tome III, cinquante-deuxième conférence, 16 avril 1848.

⁶⁹ Dans sa conférence Lacordaire se référait aux gouvernements qui sont par principe liberticide dans la mesure où ils ne représentent qu'une partie de la population et ne prennent donc pas de décisions pour l'ensemble de la société. L'auteur assure donc qu'il faut une autorité tierce afin de contrôler les actes des gouvernements. Or, sur l'internet, l'absence de réglementation émise par un tiers permet aux plus forts d'imposer leurs règles aux plus faibles.

⁷⁰ L'approche synthétique consiste à adopter une méthode la plus concise et la plus englobante possible.

facie restrictive – alors que le droit américain est analytique⁷¹ – et limite donc son application aux cas établis dans la loi. Cependant, cette dichotomie ne doit pas être exagérée dans la mesure où le *copyright* est compris de façon extensive. L'arrêt *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*⁷² de 1884 a en effet retenu que le critère de « *writing* » de la première loi⁷³ sur le *copyright* doit être compris de façon large. Dès lors, puisque la gravure a été ajoutée quelques temps après la première loi sur le *copyright* par des membres du Congrès dont certains avaient siégé à l'assemblée constituante, il y avait lieu de retenir que la *ratio legis* du *copyright* est universaliste car les Pères Fondateurs ne se seraient pas contredits quelques années après la rédaction de la Constitution. Il revient donc au Congrès d'étendre le champ d'application du *copyright*, mais les juges peuvent interpréter les dispositions de la loi pour étendre leur champ d'application à des œuvres qui n'auront pas été spécialement visées.

55. Le medium utilisé pour la reproduction est donc indifférent en droit américain - comme en droit français - tant qu'il y a une reproduction matérielle⁷⁴. Cette approche a ainsi permis d'intégrer facilement les photographies⁷⁵ - qui n'existaient pas encore lors de la rédaction de la Constitution - ainsi que des autres innovations technologiques.

56. Le débat entre tradition et modernité, incarné par Hamilton et Jefferson⁷⁶, et qui a marqué les débuts de la jeune République américaine, a donc vu la victoire des partisans de la seconde option. En effet, malgré la volonté de certains Pères Fondateurs des Etats-Unis - dont Thomas Jefferson - de maintenir le pays dans un état agricole et de rester fidèle aux idéaux de la Déclaration d'Indépendance⁷⁷, la Constitution a résolument adopté la conception moderniste défendue par Alexander Hamilton. Ce débat a encore des répercussions aujourd'hui entre les néo-jeffersoniens qui s'opposent à tout monopole attribué par un État central⁷⁸ - représentés notamment par J. Lessig⁷⁹ et qui souhaitent un domaine public fort et

⁷¹ L'approche analytique consiste à prévoir chaque possibilité dans la loi.

⁷² *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 4 S. Ct. 279, 28 L. Ed. 349, 1884 U.S. LEXIS 1757 (U.S. 1884).

⁷³ *Copyright Act of 1790*.

⁷⁴ Il a été retenu que la seule raison pour laquelle les photographies n'avaient pas été prises en compte est que la technique n'existait pas à l'époque.

⁷⁵ En l'espèce il s'agissait de la photographie n°18 d'Oscar Wilde par Napoleon Sarony.

⁷⁶ D.A. FARBER, « *Conflicting Visions and Contested Baselines : Intellectual Property and Free Speech in the 'Digital Millenium'* », 89 Minn. L. Rev ; 1318, mai 2005.

⁷⁷ D. THEILLIER, « *Jefferson vs. Hamilton* », Contrepoints, 1^{er} octobre 2011, accessible à <http://www.contrepoints.org/2011/10/01/48504-jefferson-vs-hamilton> (dernier accès: 23/12/2015).

⁷⁸ J. HUGHES, « *Copyright and Incomplete Historiographies : of Piracy, Propertization, and Thomas Jefferson* », 79 S. Cal. L. Rev. 993, juillet 2006, 998.

par conséquent un champ d'application du droit d'auteur limité facilitant ainsi la créations d'hyperliens et notamment d'ancres - et les néo-hamiltoniens - qui prônent la création toujours plus nombreuses de droits de propriété intellectuelle⁸⁰ afin d'assurer les intérêts économiques des auteurs. La France et l'Europe en général ont été moins confrontées à ce débat car le Vieux Continent était déjà au 18^e siècle au cœur d'une concurrence particulièrement rude qui obligeait les États à innover. Malgré l'absence du débat entre tradition et modernité en Europe des courants anti-droit d'auteur s'y sont développés. Ils affirment que l'abolition de la propriété intellectuelle favoriserait le dynamisme de nos sociétés⁸¹. Les nouvelles technologies donnent donc un nouveau souffle au débat sur la libre circulation des idées intrinsèque à chaque démocratie. Eu égard à l'augmentation de la protection des droits des auteurs, aussi bien au niveau national qu'international, il apparaît que les tenants de l'application du droit d'auteur l'emportent et assurent l'extension du droit d'auteur aux nouvelles technologies. La prochaine nomination du Président du *Copyright Office*⁸² américain confirmera ou infirmera cette tendance, tout comme le vote ou le rejet du projet de réforme du droit d'auteur de la Commission Européenne⁸³.

57. La méthode analytique américaine ne constitue donc pas l'antithèse de la tradition française car, dans les deux systèmes, les concepts ont vocation à s'appliquer aux nouvelles technologies. Il n'existe ainsi pas d'exemple où le droit d'auteur français a mieux abordé une révolution technologique que le *copyright* américain.

58. La distinction entre les deux méthodes relève principalement de différences de tradition avec d'un côté le modèle français s'inspirant du droit romain et de son esprit incisif⁸⁴, alors que le droit américain se situe dans le sillage de l'héritage du droit anglais où les lois sont traditionnellement exhaustives. Le droit d'auteur français et le *copyright* américain ont donc réussi à s'appliquer sans difficulté particulière à l'internet grâce à leur

⁷⁹ J. LESSIG, « *Copyright's First Amendment* », 48 UCLA L. Rev., 2001, 1072.

⁸⁰ D.A. FARBER, « *Conflicting Visions and Contested Baselines : Intellectual Property and Free Speech in the 'Digital Millenium'* », *op. cit.*

⁸¹ L. PAILLARD, « *La gratuité intellectuelle - Pour une véritable révolution numérique* », Parangon, 2013.

⁸²

⁸³

⁸⁴ P. LEGRAND, « *Le droit comparé* », PUF, 2^e édition, 2006, p. 4 et 7.

commune adoption du principe d'équivalence fonctionnelle⁸⁵. Les droits de reproduction américain et français ont par conséquent vocation à s'appliquer sur l'internet.

Paragraphe 2 : L'application du droit d'auteur et du *copyright* à l'internet

59. L'application du droit d'auteur et du *copyright* à l'internet a d'abord été reconnue par la jurisprudence (I) puis par les législateurs américain, européen et français (II).

I) La reconnaissance jurisprudentielle de l'application du droit d'auteur et du *copyright* à l'internet

60. Le *copyright* américain, tout comme le droit d'auteur français, ont été pensés à une époque où personne n'imaginait l'avènement du numérique ni de l'internet. Il existe donc traditionnellement une identité entre l'œuvre immatérielle et son support matériel. Les juges ont par conséquent dû se demander s'ils ont vocation à s'appliquer lorsque les reproductions sont immatérielles.

61. Les jurisprudences américaine et française ont été saisies de la question de l'application du droit d'auteur à l'internet dès le développement de l'internet commercial - qui a donc mis un terme au paradigme anarchiste et libertaire de l'internet - au milieu des années 1990. Aux Etats-Unis, l'arrêt *Religious Technology Center v. Netcom*⁸⁶ a été le premier⁸⁷ à retenir que le droit de *copyright* s'applique à la reproduction d'une œuvre sur internet. L'arrêt a analysé les caractéristiques d'une copie sur une mémoire RAM et a déterminé qu'elle présente les caractères de permanence⁸⁸ du *Copyright Act*. L'année suivante la première

⁸⁵ S. NAVAS NAVARRO, « *Periódicos digitales y agregadores de contenido informativo en España* », RIDA, octobre 2015, 246, p. 74.

⁸⁶ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

⁸⁷ G. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, M. CARROLL, « *Copyright Law* », Lexisnexis, 9^e édition, p. 501.

⁸⁸ « *MAI established that the loading of data from a storage device into RAM constitutes copying because that data stays in RAM long enough for it to be perceived* ».

décision française statuant sur l'applicabilité du droit d'auteur à l'internet a été rendue en référé - juge de l'évidence⁸⁹ - par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 14 août 1996⁹⁰. Il est donc paru évident au juge français que le droit d'auteur s'applique à internet bien que la reproduction ne soit pas matérielle. Les juges français et américain n'ont ainsi eu aucune difficulté à reconnaître que le droit d'auteur et le *copyright* s'appliquent à la numérisation d'une œuvre sur internet.

62. La réponse n'allait cependant pas de soit. En effet, une fois numérisée, l'œuvre n'est composée que d'une série de 1 et de 0. Elle n'est donc pas lisible pour la majorité des utilisateurs de terminaux numériques. La distinction entre le code source - lisible par des êtres humains - et le code objet - composé de 1 et de 0 - est donc indifférente pour les juges qui considèrent que l'œuvre est reproduite dès lors qu'elle est retranscrite. La différence de format de l'œuvre est donc sans importance en droit national⁹¹ comme en droit international, bien que l'article 10 du traité ADPIC⁹² n'ait reconnu explicitement le principe que pour les programmes d'ordinateurs.

63. Cette solution s'inscrit néanmoins dans le sillage de celles accordant une protection aux cartons perforés des orgues de barbarie⁹³. Le mécanisme utilisé - reposant sur une double possibilité entre un trou et un espace rempli - constitue la version analogique des codes binaires actuels. La reproduction est donc comprise indépendamment de la compréhension possible par un public afin d'assurer la meilleure protection possible aux auteurs. La jurisprudence a donc effectué à la fin du 20^e siècle un travail similaire à celui produit par les juges au cours du 19^e siècle lorsque les nouveaux modes d'expression artistique tels que la photographie ou le cinéma sont apparus. Les juges ont donc initié un mouvement de

⁸⁹ CA Paris, 10 octobre 2001, AJDI 2002. 41, n°2001/08036 ; J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le juge des référés au regard des principes procéduraux* », D. 1995. 67, 12.

⁹⁰ Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 14 août 1996, Éditions Musicales Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle / École centrale de Paris ECP) et autres, accessible à https://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=117 (dernière visite : 5/04/2014).

⁹¹ France : article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle ; Etats-Unis : *Infinity Broad. Corp. v. Kirkwood*, 150 F.3d 104, 108 (2d Cir.1998) (la retransmission par radio ne transforme pas les œuvres); *UMG Recordings, Inc. v. MP3.Com, Inc.*, 92 F.Supp.2d 349, 351 (S.D.N.Y.2000) (la reproduction de CD audio sur un format MP3 ne transforme pas l'œuvre); *Los Angeles News Serv.*, 149 F.3d at 993 (la reproduction des informations sans modification de l'enregistrement ne transforme pas vraiment l'œuvre).

⁹² Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1994.

⁹³ CA Paris, 4^e ch., 11 avril 2008, n°06/15843.

séparation des œuvres immatérielles d'un support matériel. La définition de l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle⁹⁴ français est dès lors caduque étant donné qu'elle se limite à la fixation matérielle de l'oeuvre.

64. Cette application du droit d'auteur et du *copyright* par la jurisprudence a anticipé les réponses législatives.

II) La reconnaissance législative de l'application du droit d'auteur et du *copyright* à l'internet

65. Le législateur se montre généralement en retard des évolutions technologiques - notamment à cause de la lenteur des procédés d'élaboration de la loi - mais il a fini par se saisir de la question de l'application du *copyright* et du droit d'auteur à l'internet.

66. Le Congrès américain a été le premier à se saisir de la question avec le *Digital Millenium Copyright Act*⁹⁵ dans le cadre d'une réforme visant à adapter la législation américaine aux nouveaux défis de l'internet⁹⁶. Le législateur américain avait adopté une approche libertaire, dont le législateur européen s'est inspiré dans la directive e-commerce⁹⁷. En France, les lois HADOPI I⁹⁸ et II⁹⁹ ainsi que la loi DADVSI¹⁰⁰ sont venues renforcer l'arsenal juridique français en matière de lutte contre la contrefaçon sur internet. La France s'oppose donc aux Etats-Unis et à l'Union Européenne¹⁰¹ dans la mesure où elle légifère en faveur des auteurs plus que dans les intérêts des prestataires de services sur internet. Il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de ces deux approches.

⁹⁴ « La reproduction consiste dans la fixation *matérielle* de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte » (nous soulignons).

⁹⁵ *Digital Millenium Copyright Act*, 112 Stat. 2860 (1998).

⁹⁶ W. LEIBOWITZ, « *Cram Course In Tech Legislation: Senate Stuffs Bills Into One Week* », NAT'L L.J. B11, (col. 1), May 18, 1998, 9.

⁹⁷ Directive e-commerce 2000/31/CE.

⁹⁸ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009.

⁹⁹ Loi n°2009-1311 du 28 octobre 2009.

¹⁰⁰ Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société e l'information.

¹⁰¹ La France est néanmoins obligée de transposer en droit interne les normes européennes.

67. De prime abord, il peut sembler que la diminution de la protection des auteurs aura pour conséquence de diminuer leurs revenus et donc la possibilité de créer. Le droit de la propriété littéraire et artistique que la France cherche à renforcer ne constitue cependant qu'un levier parmi d'autres de la créativité. En effet, sans moyen de financements efficaces, le droit d'auteur et le *copyright* ne permettent pas aux auteurs de continuer à créer. C'est donc sans surprise que l'industrie du cinéma prospère en France grâce au système de financement original qui a été introduit¹⁰². En matière d'arts plastiques, les niches fiscales incitent les investisseurs à acheter des œuvres. Ce mécanisme aide au dynamisme de ce secteur¹⁰³. En Allemagne, le théâtre est largement subventionné par les villes, les *Land* ainsi que l'État fédéral¹⁰⁴ - assurant ainsi une division des financements publics et donc une diminution du contrôle de l'administration sur les créations - ce qui permet à ce secteur de connaître un fort dynamisme. Aux Etats-Unis la culture ne bénéficie pas d'un budget fédéral et étatique très élevé¹⁰⁵. Ce sont donc des agents privés qui assurent le dynamisme de la culture américaine¹⁰⁶ et permettent à sa culture de rayonner dans le monde. Les modalités de financements varient sans que cela n'ait *a priori* de conséquence sur le nombre d'œuvres produites¹⁰⁷. L'extension du droit d'auteur n'est donc pas l'unique solution pour assurer le dynamisme de la création.

68. Le paradigme du financement privé américain avec peu de recours à des agences étatique sied sans doute mieux à l'internet que l'approche européenne. Il n'est cependant pas évident que l'application stricte du droit d'auteur à l'internet permette, dans tous les cas, d'inciter à la création. Il y aurait ainsi un seuil au-delà duquel tout ajout de protection n'aura aucun effet sur l'incitation à la création¹⁰⁸. Le droit d'auteur et le *copyright* se sont donc

¹⁰² Y. GAILLARD, P. LORIDANT, « *Les aides publiques au cinéma en France - III Le système de soutien financier au cinéma français* », 6 mai 2003, p. 33 - 44.

¹⁰³ R. AZIMI, « *Les acteurs du marché de l'art sont essentiels à la création* », Le quotidien de l'art, 17 octobre 2012, accessible à http://www.lequotidiendelart.com/quotidien_articles_detail.php?idarticle=1065 (dernier accès : 6/10/2016).

¹⁰⁴ 17, accessible à <https://www.erudit.org/culture/jeu1060667/jeu1062941/28495ac.pdf> (dernier accès: 26/12/2015).

¹⁰⁵ R. STUBBS, « *Public Funding for the Arts : 2013 Update* », automne 2013, Grantmakers in the Arts, accessible à <http://www.giarts.org/article/public-funding-arts-2013-update> (dernier accès: 6/10/2016).

¹⁰⁶ F. MARTEL, « *De la culture en Amérique* », op. cit., p. 289 s.

¹⁰⁷ Les modalités de financements pourront en revanche avoir des conséquences sur la liberté d'expression des auteurs.

¹⁰⁸ L'introduction de la directive 96/9/CE sur les bases de données n'a ainsi pas incité à la création de bases de données au delà d'une période de deux ans après son entrée en vigueur. De même,

étendus à l'internet sans qu'il n'y ait de réflexion sur l'incitation à la création sur ce nouveau medium qui nécessite sans doute de trouver de nouveaux financements¹⁰⁹.

69. Il y a donc eu une montée en puissance de la prise en compte de la nécessité d'appliquer le droit d'auteur à l'internet par les autorités les plus proches des évolutions sociales - c'est à dire les juges - et qui a été relayée de façons différentes par les législateurs. Dès lors que le droit d'auteur et le *copyright* s'appliquent à l'internet, il s'avère nécessaire de déterminer dans quelle mesure ils s'appliquent aux hyperliens et à leur interface visible que sont les ancres.

Sous-Section 2 : L'application du droit d'auteur et du *copyright* aux ancres

70. Les hyperliens ont une interface visible appelée ancre. C'est sur cette interface que l'internaute clique afin de se rendre sur la page cible. La qualité et l'intelligibilité d'une ancre sont des éléments cruciaux car ils déterminent la liaison entre les deux pages. En effet, une ancre ne permettant pas de comprendre rapidement vers quel contenu le lien mène ne recevra que peu d'attention des internautes. Il sera donc souvent tentant pour le créateur de lien de reproduire une partie de l'œuvre liée ou une réduction afin de créer une ancre.

71. Si les hyperliens ont tout d'abord été conçus uniquement pour le monde numérique (Paragraphe 1), les ancres matérielles se développent (Paragraphe 2) et permettent de créer une liaison directe entre le monde matériel et l'internet.

Paragraphe 1 : Les ancres numériques

l'allongement de la période de protection de 50 ans à 70 ans après la mort de l'auteur n'incite pas particulièrement les auteurs à créer de leur vivant. Ces réglementations sont donc neutres du point de vue de l'incitation à la création.

¹⁰⁹ Voir point 845.

72. Les ancres numériques sont les ancres accessibles depuis l'internet présentées sous la forme de texte ou d'images¹¹⁰. Elles n'ont donc aucune matérialité.

73. Le principe de l'application du droit d'auteur et du *copyright* à l'internet a néanmoins pour conséquence que les deux droits s'appliquent à toutes les formes originales qui s'y trouvent. Ainsi, le droit d'auteur et le *copyright* s'appliquent aux ancres présentant une forme¹¹¹ originale. Les jurisprudences française et américaine n'ont donc eu aucune difficulté à reconnaître qu'une ancre peut violer les dispositions du droit d'auteur¹¹² et du *copyright*¹¹³. Le conflit entre les intérêts du public et ceux des auteurs semble donc remporté par les seconds étant donné que les internautes seront limités dans la création d'ancres par le droit d'auteur et le *copyright*¹¹⁴ lorsqu'ils développeront l'internet.

74. Ainsi, conformément aux principes généraux du droit d'auteur et du *copyright*, les internautes devront soit solliciter l'autorisation de reproduire l'œuvre - moyennant généralement le paiement d'un prix - soit s'abstenir de reproduire l'œuvre - ce qui risque de compromettre la qualité du référencement. Or, le processus menant à l'octroi d'une licence est relativement long et coûteux, ce qui ralentit l'établissement des liens et le développement de l'internet. Les internautes sont donc confrontés au dilemme entre une construction lente et coûteuse mais précise de l'internet, et une construction rapide et gratuite mais présentant un référencement peu clair. Il s'avère donc nécessaire d'introduire une exception en faveur des créateurs de liens manuels, limité aux internautes agissant à but non lucratif conformément à l'arrêt *GS Media BV c. Sanoma*¹¹⁵ de la CJUE, afin d'assurer le développement de l'internet. Néanmoins, il ne devrait s'agir que d'une facilité de référencement et non pas d'une

¹¹⁰ Exemple d'ancre d'hyperliens numérique en bleu (extrait de la page « droit d'auteur » de Wikipedia) :

« Le droit d'auteur est l'ensemble des droits dont dispose un auteur ou ses ayants droit (héritiers, sociétés de production) sur des œuvres de l'esprit originales et des droits corrélatifs du public à l'utilisation et à la réutilisation de ces œuvres sous certaines conditions ».

¹¹¹ France : M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », Dalloz, 2^e édition, 2013, p. 129-130, 114.

Etats-Unis : L.S. WALTRIP, « *Copyright Law - The Idea/Expression Dichotomy : Where Has it Gone ?* », 11 S. Ill. U. L.J. 411, hiver 1987, p. 411.

¹¹² Cass. civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-13669.

¹¹³ Voir notamment *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002) withdrawn, re-filed at 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003). En l'espèce il a été retenu que le safe harbor de fair use s'applique. Il n'en reste pas moins que le copyright s'applique aux ancres.

¹¹⁴ *Kelly v. Arriba*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

¹¹⁵ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker*.

reproduction se substituant à l'œuvre. La reproduction ne devrait donc pas être intégrale ni à la taille originale, mais sous forme de citation ou de vignette. Le droit américain n'aura pas besoin d'une telle exception grâce à la section 107 du *Copyright Act* relative au *fair use* qui permet aux internautes de reproduire une œuvre dès lors que la reproduction est équitable.

75. Les monopoles institués par le droit d'auteur et le *copyright* n'assurent donc pas un référencement efficace des œuvres. L'application par principe de ces droits aux liens pose donc un sérieux problème à la qualité du référencement sur l'internet qui ne pourront être résolus - au moins partiellement - que par les exceptions. Les internautes rencontreront cependant moins de difficultés lorsqu'ils créeront des ancrés dans le monde analogique.

Paragraphe 2 : Les ancrés matériels

76. Les ancrés matériels sont des ancrés placés non pas sur le réseau internet mais dans le monde réel. Elles établissent une connexion directe entre le monde qui nous entoure et l'internet et troublent la frontière entre ces deux espaces.

77. Les ancrés matériels peuvent notamment être constituées par un QR code (I). Les objets matériels peuvent également servir d'ancrés. Le procédé de scan d'une chose avec une présentation d'une page constitue un mécanisme d'hyperlien bien que l'ancre soit matérielle (II).

I) Les ancrés codifiées

78. En 1994 la société japonaise Denso-Wave a inventé le QR code¹¹⁶ pour assurer le suivi des pièces détachées au sein de son entreprise. Depuis, avec le développement des smartphones et des *Google glasses*, les QR codes ont envahi notre quotidien. En scannant le code, les utilisateurs de ces appareils sont envoyés vers la page internet choisi par le créateur du QR Code. Les QR codes fonctionnent donc comme des ancres d'hyperliens.

79. Il s'agit donc de savoir si un QR code peut être protégé par le droit d'auteur et le *copyright*. Les droits français¹¹⁷ et américain¹¹⁸ convergent sur le principe de la protection des œuvres originales. Les deux droits ne concèdent de protection qu'à des personnes humaines et non pas à des animaux ni à des machines¹¹⁹. Or, étant constituée d'un code barre élaboré de façon purement technique par une machine¹²⁰ - et n'étant donc pas originale - le QR code n'est pas protégé. Il est donc loisible à des tiers de le reproduire et par conséquent de créer librement des ancres.

80. Ce nouveau procédé peut permettre d'assurer la légalité de la reproduction des ancres car les éléments techniques sans originalité ne sont pas protégés. Il y a donc lieu de considérer que le développement du web 3.0, qui sera celui des objets connectés¹²¹, ne sera pas entravé par le droit d'auteur ni le *copyright* tant que les internautes auront recours à des QR codes ou d'autres systèmes créés par des algorithmes. La solution risque d'être moins souple lorsque des choses du monde matériel seront scannées.



¹¹⁶ Exemple de QR code :

¹¹⁷ Crim. 7 octobre 1998, RIDA 1999, n°180, p. 327 ; CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, Infopaq ; M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « Droit d'auteur et droits voisins », Dalloz, 3^e édition, 2016, 257 ; A. LUCAS, P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », JCP 1993. I. 3681, n°1.

¹¹⁸ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

¹¹⁹ France : M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « Droit d'auteur et droits voisins », Dalloz, 3^e édition, 2016, 110.

Etats-Unis : J. SIDERITS, « The Case For Copyrighting Monkey Selfies », 84 U. Cin. L. Rev. 327, été 2016.

¹²⁰ Voir par exemple le site <http://generator.code-qr.net/#url> permettant de transformer une adresse URL en code QR (dernier accès : 26/04/2014).

¹²¹ Lamy droit des médias et de la communication, juin 2013, 464.6. Tous les auteurs n'adoptent cependant pas la même définition du web 3.0. Ce web sera sans doute polymorphe et inclura sans doute les objets connectés qui se développent rapidement.

II) Les ancrés du monde matériel

81. Outre les QR codes, qui ne posent pas de problème du point de vue du droit d'auteur¹²², les internautes peuvent utiliser directement des œuvres protégées comme ancre. À cette fin, les internautes auront recours à la reconnaissance visuelle via leurs smartphones ou de leurs *Google glass* qui fonctionnent selon deux méthodes différentes. Les choses peuvent être scannées (A) ou photographiées (B).

A) Les ancrés par scan

82. La première méthode consiste à relier la chose scannée aux œuvres présentes dans une base de données. Le terminal utilisé effectue donc une copie de la chose scannée qu'il relie à une base de données. La reproduction effectuée est transitoire. Elle est par conséquent autorisée en droit européen¹²³ et américain¹²⁴. Ainsi, les utilisateurs de ce système n'engageront pas leur responsabilité pour la visualisation de reproductions.

83. Il n'est cependant pas évident que la convergence perdure. En effet, l'imprécision de la notion de recel de contrefaçon en droit français pourrait permettre à un juge de retenir que l'internaute bénéficie d'un recel de l'œuvre lorsqu'il regarde une copie illicite en *streaming*. La notion de recel au sens de l'article L. 321-1 alinéa 2 n'est pas clair et la question de savoir si le bénéfice doit être matériel ou s'il peut être moral¹²⁵ n'est pas tranchée. S'il peut ne s'avérer que moral, comme la contemplation de l'œuvre, le délit de recel sera constitué vis à vis de l'internaute qui regarde une œuvre en *streaming*. S'il est probable que le juge se tienne à une définition restrictive conformément au principe d'interprétation stricte du droit pénal¹²⁶, il pourrait également effectuer une lecture protectrice des auteurs et engager la responsabilité des internautes visualisant des œuvres dès lors qu'il est évident que le site consulté où l'œuvre

¹²² Voir supra points 78.

¹²³ Article 5.1 de la directive 2001/29/CE.

¹²⁴ 17 U.S.C. §512(b).

¹²⁵ A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, « *Droit pénal spécial* », 2015, PUF, 886.

¹²⁶ L. THOMAS, « *L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l'aune des mutations de la légalité criminelle* », RSC, 2014, 892.

scanné est une contrefaçon. Cela permettrait de maintenir l'état de rareté artificiel des œuvres tout en luttant contre la demande des internautes qui nourrit le marché de la contrefaçon.

84. La situation est en revanche plus claire aux Etats-Unis où l'arrêt *Aereo*¹²⁷ a retenu que les copies transitoires dans la mémoire tampon ne constituent pas des reproductions au sens de la section 101 du *Copyright Act* et échappent par conséquent au monopole de l'auteur. Les personnes visualisant une œuvre en *streaming* ne violent donc pas le monopole de l'auteur. La reproduction d'œuvres dans la mémoire tampon est par conséquent licite pour les utilisateurs. Le droit américain ne permet donc pas d'engager la responsabilité des internautes prenant simplement connaissance d'informations concernant un objet et pourrait donc converger vers le droit français. Les deux solutions, si d'aventure elles devaient s'avérer convergentes, renforceraient l'accès du public aux informations et plus globalement à la culture.

85. Le créateur de la base de données engagera en revanche sa responsabilité pour la reproduction des œuvres car il ne pourra pas se réfugier derrière les exceptions de reproduction transitoire. Il pourra en outre engager sa responsabilité pour la représentation de l'œuvre au public en France comme aux États-Unis. En effet, le créateur de la base de données communique l'œuvre au public car il la transmet au public au sens de l'arrêt *Svensson*¹²⁸ de la CJUE et de l'arrêt américain *Perfect 10*¹²⁹ du *Neuvième Circuit*. La communication d'une œuvre par un canal technologique non exploité par l'auteur lui-même constitue traditionnellement une communication au public¹³⁰. Il sera en revanche plus difficile de retenir que le public scannant l'œuvre est nouveau étant donné que le fait de scanner l'œuvre constitue une utilisation nouvelle de l'œuvre par un public y ayant déjà accès. Il sera par conséquent nécessaire d'obtenir une autorisation de représentation pour les créateurs des bases de données.

86. Les deux droits vont donc converger sur le principe de l'interdiction de la reproduction de contrefaçons par les producteurs de bases de données. Il ne sera cependant pas plus

¹²⁷ *WNET Thirteen v. Aereo, Inc.*, 712 F.3d 676, 2013 U.S. App. LEXIS 6578, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1341, Copy. L. Rep. (CCH) P30,406, 77 A.L.R. Fed. 2d 543, 41 Media L. Rep. 1733, 57 Comm. Reg. (P & F) 1708, 2013 WL 1285591 (2d Cir. N.Y. 2013).

¹²⁸ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

¹²⁹ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007).

¹³⁰ France : Cass. civ. 1^e, 6 avril 1994, n°92-11186.

Etats-Unis : *Buck v. Jewell-La Salle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931).

sécurisant de recourir à la technique des ancrés par photographies pour les producteurs de bases de données.

B) Les ancrés par photographies

87. En revanche, certains appareils effectuent des photographies des choses qu'ils scannent. Les photographies sont reliées à une base de données afin de reconnaître la chose photographiée.

88. Ces photographies ne violent pas le monopole de l'auteur dans la mesure où elles pourront souvent bénéficier de l'exception de copie privée¹³¹ en France et de l'exception de *fair use* aux États-Unis. L'exception de *fair use* est d'application souple mais pas toujours prévisible¹³². Le test se divise en quatre étapes requérant du juge qu'il analyse (1) l'objectif et la nature de l'utilisation et notamment s'il s'agit d'un usage commercial gratuit lié à un but éducatif, (2) la nature de l'œuvre protégée, (3) la quantité et le caractère substantiel de la partie utilisée en fonction de l'œuvre complète, (4) l'effet de l'utilisation sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre protégée elle-même.

89. En cas de scan d'une œuvre, la reproduction de l'œuvre sera *transformative* - c'est à dire qu'elle modifiera l'utilité de l'œuvre¹³³ - dès lors qu'elle aura un usage nouveau et qu'elle n'aura pas de conséquence sur le marché de son propriétaire. Le premier critère sera ainsi rempli. Le critère de la nature de l'œuvre pourra peser légèrement contre l'opposabilité du test de *fair use* tout comme la question de la quantité de l'œuvre reproduite si elle est copiée intégralement. Enfin, l'impacte sur le marché sera souvent minime et penchera pour l'application de l'exception de *fair use*. Les deux critères principaux étant les premier et

¹³¹ Article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

¹³² *Second Supplementary Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law: 1975 Revision Bill ch. VII, 25–26* ; K.D. CREWS, « *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines* », *Ohio State Law Journal*, 2001, vol. 62, 2.

¹³³ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007).

quatrième¹³⁴, le *safe harbor* de *fair use* sera constitué et permettra aux utilisateurs de ne pas engager leur responsabilité pour contrefaçon.

90. Le test de *fair use* a en effet connu un changement de paradigme sous l'influence de la jurisprudence de la côte Ouest. En effet, le Neuvième Circuit - qui est compétent notamment pour l'État de la Californie - a retenu dans l'arrêt *Perfect 10*¹³⁵ que le test de *fair use* autorise la reproduction d'une œuvre dès lors que cela permet à un prestataire de service de développer ses activités. L'arrêt a procédé à un passage en force en retenant que la différence d'objectif de l'utilisation de l'œuvre constitue une transformation de celle-ci. La jurisprudence du *Second Circuit*¹³⁶ - compétente notamment pour l'État de New York - n'est en revanche jamais allée dans ce sens. Il s'agit d'une modification profonde de la philosophie du test de *fair use* qui était initialement destiné à promouvoir le progrès des arts ainsi que la création de nouvelles expressions bénéficiant au public¹³⁷. L'équilibre devait initialement être trouvé entre les intérêts du public et des auteurs¹³⁸. Le *fair use* sert désormais au développement d'activités économiques. L'application du *copyright* américain se trouve ainsi écartée dès lors qu'elle bloque le développement économique. Cette prise en compte des intérêts économiques est impossible en droit français à cause des dispositions strictes de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, mais également de l'incapacité des juges français à comprendre les enjeux économiques, ce qui est plus aisé pour les juges américains étant donné que nombre d'entre eux a fait des études en économie. L'approche américaine se justifie eu égard aux intérêts économiques de la côte Ouest des États-Unis où l'industrie numérique est très présente et prospère. Le développement des ancres analogiques, c'est à dire du web 3.0, ne sera donc pas limité par le droit d'auteur ni le *copyright*.

¹³⁴ Pour le premier facteur : *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 114 S. Ct. 1164, 127 L. Ed. 2d 500, 1994 U.S. LEXIS 2052, 29 U.S.P.Q.2D (BNA) 1961, 62 U.S.L.W. 4169, Copy. L. Rep. (CCH) P27,222, 94 Cal. Daily Op. Service 1662, 94 Daily Journal DAR 2958, 22 Media L. Rep. 1353, 7 Fla. L. Weekly Fed. S 800 (U.S. 1994) ; Pour le quatrième facteur : *Harper & Row, Publrs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218, 85 L. Ed. 2d 588, 1985 U.S. LEXIS 17, 225 U.S.P.Q. (BNA) 1073, 53 U.S.L.W. 4562, 11 Media L. Rep. 1969 (U.S. 1985).

¹³⁵ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007).

¹³⁶ *Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood*, 150 F.3d 104, 108 (2d Cir. 1998).

¹³⁷ M.D. MURRAY, « *What is Transformative ? An Explanatory Synthesis of the Use Law* », 11 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 260, printemps 2012, 263.

¹³⁸ S. AYAZI, « *Search Engines Score Another Perfect 10 : The Continued Misuse of Copyrighted Images on the Internet* », printemps 2006, 7 N.C. J.L. & Tech. 367, 370.

91. Les utilisateurs pourront en outre bénéficier de l'exception de copie transitoire des droits européen¹³⁹ et américain¹⁴⁰. En effet, les copies se trouvent supprimées lors du prochain scan par une autre copie. En outre, les copies constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique en assurant la communication des contenus à l'utilisateur à partir de la page d'un tiers sans modification de l'œuvre. Enfin, elles n'ont pas de signification économique indépendante.

92. Les producteurs de bases de données vers lesquelles seront envoyés les scan des photographies devraient être soumis au même régime que lorsque les utilisateurs scannent les œuvres¹⁴¹. Les deux types de technologies fonctionnent d'une façon similaire pour les producteurs de bases de données.

93. Il n'est cependant pas évident que cela empêche les internautes de scanner des contrefaçons car le scan reconnaîtra des formes qui seront souvent très similaires voire identiques entre l'œuvre originale et une contrefaçon. L'accès à la contrefaçon sera ainsi maintenu, ce qui réduira l'effectivité du monopole des auteurs. Les auteurs auront donc la lourde charge de lutter contre les contrefaçons sur les bases de données tout en sachant que cela sera parfois sans conséquence. Il apparaît dès lors opportun d'introduire une redevance pour copie privée sur les systèmes de type *Google glasses* qui permettrait de participer au financement de la création et de compenser les pertes économiques des auteurs.

94. Outre ces limites pratiques pour les auteurs, les droits français, européen et américain ont introduit des limites internes aux monopoles des auteurs qui auront vocation à s'appliquer à toutes les ancrés.

Section 2 : La circonscription du champ d'application du droit d'auteur et du *copyright* aux ancrés

¹³⁹ Article 5.1 de la directive 2001/29/CE.

¹⁴⁰ 17 U.S.C. §512(b).

¹⁴¹ Voir n°85 s.

95. Le droit d'auteur et le *copyright* permettent aux auteurs de vivre de leurs créations et les incite à continuer à créer. Cependant, si le monopole des auteurs était sans limite, il limiterait le fond culturel commun et poserait un obstacle à la créativité. Un monopole sans limite aurait donc pour conséquence de ne pas assurer une circulation optimale des idées et des œuvres, limitant ainsi l'accès à la culture et *in fine* la création par une limitation trop forte de l'accès aux œuvres. L'introduction d'exception au monopole des auteurs s'est donc imposée afin d'assurer un droit optimal à la culture.

96. Ainsi, les législateurs français et américain ont circonscrit le champ d'application du droit d'auteur et du *copyright* (Sous-Section 1). En outre, face aux nécessités imposées par les évolutions technologiques récentes, les deux systèmes ont évolué afin de prendre en considération les nouvelles problématiques introduites par les murs d'images (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : La circonscription traditionnelle du droit d'auteur et du *copyright*

97. Les champs d'application du droit d'auteur et du *copyright* sont tout d'abord circonscrits par des limites externes (Paragraphe 1). En outre, afin d'assurer l'accès aux œuvres protégées les deux systèmes ont introduit des limites internes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les limites externes du monopole

98. Les droits de propriété intellectuelle dont le droit d'auteur ont des limites externes - c'est à dire des limites au périmètre du champ d'application - permettant aux tiers d'utiliser des idées afin d'encourager la créativité. Néanmoins, malgré les limites posées à la propriété

intellectuelle, des tentatives d'appropriation de l'internet ont vu le jour par le droit d'auteur ainsi que par le droit des brevets.

99. La société British Telecom a ainsi tenté de s'approprier les hyperliens par des actions fondées sur le dépôt d'un brevet dont le fonctionnement était similaire aux liens. Cependant, cette tentative d'appropriation des liens a été rejetée dans l'arrêt *British Telecommunications PLC v. Prodigy Communications Corporation*¹⁴² rendu par le tribunal du District Sud de New York. Cette décision libertaire a fait obstacle à toute appropriation des liens par le droit des brevets. Les juges français ne se sont pas prononcés sur cette question. Néanmoins, étant donné que la durée de protection des brevets est limitée à 20 ans¹⁴³ et que les liens ont été inventés au début des années 1990 la question n'est plus d'actualité car, soit le délai de protection a expiré, soit l'enregistrement est postérieur et alors il n'est pas valide à cause de l'absence de nouveauté. Les liens sont donc à l'abri de toute appropriation de leur technique.

100. Le droit d'auteur¹⁴⁴ et le *copyright* peuvent en revanche avoir vocation à s'appliquer. Cependant, leur application sera limitée dans la mesure où ils ne protègent que les formes d'expressions¹⁴⁵. Or, le lien est constitué d'une suite d'éléments ne bénéficiant *a priori* d'aucune protection par le droit d'auteur (A). Cependant, certains éléments peuvent constituer des reproductions d'œuvres protégées (B).

I) L'absence de protection des éléments techniques du lien

101. Le lien est constitué par des informations sur la localisation d'une page sur le web. Un lien hypertexte fonctionne par référence à des emplacements de pages, c'est à dire des

¹⁴² 189 F.Supp.2d 101 (2002).

¹⁴³ France : article L. 611-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Etats-Unis : 35 U.S.C. §154.

¹⁴⁴ Les droits voisins pourraient également avoir vocation à s'appliquer, tout comme le droit des marques.

¹⁴⁵ M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », Dalloz, 2^e édition, 2013, p. 129-130, 114 ; L.S. WALTRIP, « *Copyright Law - The Idea/Expression Dichotomy : Where Has it Gone ?* », 11 S. Ill. U. L.J. 411, hiver 1987, p. 411.

informations se trouvant sur l'internet. L'ordonnancement des informations suit un modèle précis de type : adresse URL. Il s'agit donc d'un ensemble technique d'informations. Un hyperlien est donc constitué d'une structure fixe dans laquelle sont insérés des éléments dépendants du type de lien et de la page vers laquelle l'internaute veut mener. Il est par conséquent possible d'effectuer une analogie avec la jurisprudence relative aux formulaires car les deux sont constitués par des structures non modifiables au sein desquelles sont insérés des éléments contingents.

102. En la matière, les juges français¹⁴⁶ et américains¹⁴⁷ appliquent les critères traditionnels d'originalité afin de déterminer l'existence d'un droit. Étant donné que la structure du lien est dictée par des impératifs techniques ne pouvant être modifiés, et qu'elle ne s'avère pas originale, le *copyright* ainsi que le droit d'auteur n'assureront aucune protection aux hyperliens considérés dans leur dimension technique. Les droits français et américain convergent donc sur la solution à adopter et s'abstiennent de protéger les éléments techniques des liens.

103. En effet, comme l'a notamment souligné Gottlieb Fichte¹⁴⁸, et malgré un courant doctrinal visant à créer un droit de propriété sur l'information¹⁴⁹, l'information ne bénéficie pas de la protection du droit d'auteur¹⁵⁰ et ce, dans tous les systèmes juridiques¹⁵¹. La particularité du droit américain¹⁵² est qu'il est le seul¹⁵³, avec le droit colombien¹⁵⁴, à reconnaître expressément ce principe. Cette limitation de l'appropriation permet d'assurer

¹⁴⁶ CA Versailles, 12^e ch., 25 septembre 2008, n°07/03656.

¹⁴⁷ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 111 S.Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (1991) ; *Norton Printing Co. v. Augustana Hospital*, 155 U.S.P.Q. 133 (N.D.Ill. 1967) ; *BellSouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing, Inc.*, 999 F.2d 1436 (11th Cir. en banc 1993) ; *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.*, 158 F. 3d 693 (2d Cir. 1998).

¹⁴⁸ J. GOTTLIEB FICHTE, « *Beweis der Unrechtmässigkeit der Büchernadrucks* », Ein Rasonnement und eine Parabel, 1791.

¹⁴⁹ P. Nijhoff Asser, « *The role and place of copyright in publishing* », in colloque UIE et SNE, « le droit d'auteur enjeu économique et culturel », Litec, 1990, p. 55.

¹⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 136 s.

¹⁵¹ C. COLOMBET, « *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé* », Litec, 2^eme édition, 1992, p. 10.

¹⁵² 17 U.S.C. §102(b).

¹⁵³ C. COLOMBET, « *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé* », *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁴ Article 6 de la Ley N°23 del 28 de enero de 1982 sobre derechos de Autor.

l'effectivité du droit du public à l'information¹⁵⁵, à l'éducation et de la liberté de création¹⁵⁶. Les idées et les informations sont ainsi de libre parcours¹⁵⁷, comme le retiennent traditionnellement les droits français¹⁵⁸ et américain¹⁵⁹. Cette absence de protection des informations recouvre ce que la doctrine appelle la dichotomie entre idée et expression¹⁶⁰. Ce principe est fondé sur l'idée que « la pensée elle-même échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre¹⁶¹ ». Cela permet de constituer un fonds commun utilisable par les auteurs¹⁶² « récursivement nécessaire à la production de son propre producteur anthropo-social¹⁶³ ».

104. Les internautes peuvent ainsi créer des liens sans engager leur responsabilité car le format imposé des liens n'est pas le fruit de la personnalité d'un auteur ni une forme originale. Les liens ne bénéficient donc pas de la protection du droit d'auteur ni du *copyright*.

105. La liberté d'établir des liens se trouve ainsi renforcée par le respect du domaine traditionnel d'application du droit d'auteur et du *copyright*. Néanmoins, les liens contiennent des informations contingentes pouvant constituer des œuvres originales. Ces éléments pourront ainsi faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur et le *copyright*.

¹⁵⁵ R.K. HASAN, « *Winning the Copyright War : Copyright's Merger Doctrine and Natural Rights Theory as Solutions to the Problem of Reconciling Copyright and Free Speech* », 14 Engage : J. Federalist Soc'y Prac. Groups 58, février 2013, p. 58.

¹⁵⁶ N. Mallet-Poujol, « *Appropriation de l'information, l'éternelle chimère* », D., 1997, chr. 330 ; J. PASSA, « *La propriété de l'information, un malentendu ?* », Dr. et Patrimoine, mars 2001, p. 14.

¹⁵⁷ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », Traité, 3^e édition, p. 22 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », Dalloz, 2^e édition, p. 130, 115 s.

¹⁵⁸ Cass. civ. I, 17 mars 1982, « *Nous ne vieillirons pas ensemble* » ; Paris, 8 juillet 1972, JCP, éd. G, 1973-II-17059, obs. J.-M. Leloup, RTD civ., 1974, p. 91, obs. Debois ; Baker v. Selden 101 U.S. 99 (1880).

¹⁵⁹ 17 U.S.C. 102(b).

¹⁶⁰ France : A.R. BERTRAND, « *Champ de protection du droit d'auteur* », Dalloz droit d'auteur, 2010, 107.15 ; Etats-Unis : R. A. Gorman, J. C. Ginsburg, « *Copyright – cases and materials* », 7th edition, Foundation Press, 2006.

¹⁶¹ E. POUILLET, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 3^e édition, 1908, p. 45.

¹⁶² M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *op. cit.*, p. 132-133, 119-120.

¹⁶³ E. MORIN, « *La méthode, T.4 : Les idées, Deuxième partie : 'la vie des idées'* », 1991, Seuil. La Bruyère exprimait déjà cette idée dans les Caractères : « *Tout est dit et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes qui pensent* ». LA BRUYÈRE, « *Les caractères* », 1688, Éditions du groupe « *Ebooks libres et gratuits* », p. 60, accessible à : http://www.ebooksgratuits.com/pdf/la_bruyere_caracteres.pdf (dernier accès : 21/06/2015).

II) La protection d'éléments particuliers du lien

106. Les ancres peuvent être créées selon deux techniques. La première consiste à utiliser un format standard¹⁶⁴ (A) - c'est à dire les ancres utilisant l'adresse URL complète de la page liée - alors que la seconde permet de réduire les ancres¹⁶⁵ (B) - en ayant recours à un mécanisme de réduction des adresses URL.

A) Les ancres standard

107. Certains éléments des liens ne sont pas imposés par la technique¹⁶⁶. Il en va ainsi des éléments en gras : `adresse URL`. La protection des éléments contingents des liens pourra être attribuée selon un raisonnement similaire à celui adopté pour les éléments originaux d'une base de données.

108. En effet, la structure d'une base de données non originale ne fait pas obstacle à l'application du droit d'auteur et du *copyright* aux éléments originaux qui composent la base aussi bien en droit français¹⁶⁷ qu'en droit américain¹⁶⁸. Les deux droits se retrouvent donc sur le raisonnement à adopter. La capacité du droit d'auteur et du *copyright* à distinguer entre les différents éléments auxquels ils s'appliquent risque donc de limiter la liberté de créer des liens.

¹⁶⁴ Le lien standard se présentera selon le format classique de type `adresse URL du site lié`.

¹⁶⁵ Une adresse URL réduite se présentera sous le même format mais avec un adresse URL plus courte du type `adresse URL modifiée`.

¹⁶⁶ Il en va ainsi des éléments en gras : `adresse URL`.

¹⁶⁷ Lamy droit des médias et de la communication, 136-26.

¹⁶⁸ *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 454 F. Supp. 2d 966, 2006 U.S. Dist. LEXIS 73714, 81 U.S.P.Q.2D (BNA) 1461, Copy. L. Rep. (CCH) P29,271 (C.D. Cal. 2006).

109. Les créateurs de liens peuvent notamment reproduire l'adresse URL du site lié dans le corps du lien. Or, l'adresse URL reproduite peut être originale, ce qui implique l'application du droit d'auteur français ainsi que du *copyright* américain. Les textes courts sont cependant relativement pauvres en originalité. Face à ce constat les droits français et américain ont divergé quant à la réponse à apporter.

110. En effet, l'article L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle français énonce que les titres sont susceptibles de jouir de la protection du droit d'auteur. L'arrêt Infopaq¹⁶⁹ a rappelé ce principe en retenant que les parties d'œuvres originales bénéficient de la protection du droit d'auteur. Le droit d'auteur a donc vocation à s'appliquer aux éléments originaux des liens¹⁷⁰ et la reproduction de mots notamment constitue un monopole de l'auteur¹⁷¹. Les juges contrôlent notamment si le titre fait partie du langage courant ou s'il a déjà été donné à une autre œuvre¹⁷² au jour de la création du titre¹⁷³ afin de déterminer l'existence de l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Le caractère frappant d'un titre constitue un bon indice de son originalité et par conséquent de sa protection¹⁷⁴. La traduction du titre, si elle est originale, peut également bénéficier de la protection du droit d'auteur¹⁷⁵. Il en va de même pour les slogans¹⁷⁶ qui peuvent aussi être reproduits dans une adresse URL.

111. La reproduction des œuvres protégées pourra donc être interdite en l'absence d'une autorisation expresse de l'auteur. La solution traditionnelle a vocation à s'étendre aux ancres des hyperliens. En effet, le forum des droits sur l'internet¹⁷⁷, dont les propositions n'ont que

¹⁶⁹ CJCE, 4^e ch., 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S Danske Dagblades Forening*, 38-39 et 47.

¹⁷⁰ Cyril FABRE, « *Panorama de la jurisprudence en matière de liens hypertextes : de l'affaire Keljob à l'affaire Keljob* », Expertises, mai 2001, p. 180.

¹⁷¹ CJCE, 4^e ch., 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S Danske Dagblades Forening*, 51.

¹⁷² TGI Paris, 16 novembre 1996, « Les Parisiennes » de Kiraz, PIBD, 2000, n°696-III-196.

¹⁷³ Lyon, 5 juillet 1979, « Clochemerle », JCP, éd. G, 1981-II-19590, obs. R.Plaisant.

¹⁷⁴ Paris, 25 septembre 1989, « Le Chardon », RIDA, avril 1990, p. 207, D., 1990, somm. com. 50, obs. C.Colombet ; Paris, 20 septembre 1994, « Hors ligne », D., 1995 som. com. 284, obs. C. Colombet.

¹⁷⁵ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 229 ; Voir le Code des usages pour la traduction d'une œuvre de littérature générale du 1^{er} février 2010 qui reconnaît l'application du droit d'auteur à la traduction originale d'une œuvre.

¹⁷⁶ Cass. com., 3 mai 1994, Bull. civ. IV, n°166, RIDA, avril 1995, p. 293.

¹⁷⁷ Le forum des droits de l'internet était composé d'universitaires suggérant des solutions juridiques à des problèmes rencontrés sur l'internet.

valeur doctrinale, avait retenu que les créateurs de liens voulant utiliser une œuvre protégée afin de créer une ancre doivent demander l'autorisation au titulaire des droits sur l'œuvre utilisée¹⁷⁸. Il y a donc une convergence de la doctrine française et des jurisprudences européenne et française pour reconnaître l'application du droit d'auteur aux textes courts. Il existe sur ce point une divergence entre la position française et la tradition des pays de *copyright*.

112. En effet, certains pays de *copyright* n'assurent pas une protection aussi étendue que le droit d'auteur européen et français en matière de textes courts. Ainsi, dans le premier arrêt relatif à l'application du droit d'auteur aux hyperliens¹⁷⁹, les juges écossais ont retenu qu'un titre ne bénéficie pas de la protection du *copyright* s'il est inférieur à 8 mots¹⁸⁰. La solution n'est plus valide en Écosse depuis l'arrêt Infopaq¹⁸¹ de 2009, mais il s'avère utile pour souligner la divergence entre le système continentale et celui de *Common Law*. Le droit étasunien appartient au second groupe et la jurisprudence américaine a adopté une solution similaire en n'appliquant pas le *copyright* aux titres¹⁸² à cause de leur manque d'originalité¹⁸³. La position de la jurisprudence est partagée par le *Copyright Office* qui a retenu que ne bénéficient pas de la protection du *copyright* les « *words and short phrases, such as names, titles and slogans*¹⁸⁴ ». Les titres et les mots sont ainsi considérés comme des expressions communes de la langue anglaise qui se trouvent faire partie du domaine public¹⁸⁵ et ne peuvent donc pas faire l'objet d'un droit privatif. Le principe *de minimis* écarte donc la protection des titres. *A contrario*, si un titre est suffisamment long, il pourra être protégé par le

¹⁷⁸ Forum des droits sur l'internet, « *Hyperliens : statut juridique* », Synthèse de la recommandation, 3 mars 2003, p. 3.

¹⁷⁹ Court of Session, Edinburgh, 24 octobre 1996, *Shetland News v. Shetland Times*.

¹⁸⁰ Court of Session, Edinburgh, 24 octobre 1996, *Shetland News v. Shetland Times*.

¹⁸¹ CJCE, 4^e ch., 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S Danske Dagblades Forening*.

¹⁸² *Eastland Music Group, LLC v. Lionsgate Entertainment, Inc.*, 707 F.3d 869, 106 U.S.P.Q.2d 1078 (7th Cir. 2013).

¹⁸³ *Arvelo v. American Intern. Ins. Co.*, 66 F.3d 306 (1st Cir. 1995).

¹⁸⁴ « Les mots et les expressions courts, tels que les noms, titres et slogans » (traduction libre). 37 C.F.R. § 202.1(a).

¹⁸⁵ Stim, « *E.T. Phone Home: The Protection of Literary Phrases* », 7 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 66 (1990) (citant *Holmes v. Hurst*, 174 U.S. 82, 86, 19 S. Ct. 606 (1899) où la Cour Suprême avait retenu que les mots sont la propriété commune de la race humaine et sont peu susceptibles d'appropriation privée tout comme l'air ou la lumière du soleil. Voir *Stratchborneo v. Arc Music Corp.*, 357 F. Supp. 1393, 1405, 179 U.S.P.Q. 403 (S.D. N.Y. 1973) : les expressions communes ne sont généralement pas susceptibles d'être protégées par le copyright.

copyright. Tel est le cas notamment des phrases courtes¹⁸⁶. Cette situation sera néanmoins rare en pratique en matière de liens.

113. Le domaine public permet donc d'assurer un fond culturel permettant aux auteurs de créer. Lorsqu'il est limité aux titres, le domaine public permet avant tout d'accéder facilement aux œuvres car les titres pourront être librement reproduits et communiqués. La solution américaine permet donc de renforcer la liberté de lier, ce que le droit français ne permettra pas étant donné que la solution de l'arrêt *Microfor*¹⁸⁷ - qui introduisait une exception de référencement - a été écartée¹⁸⁸. Les droits français et américain ont par conséquent emprunté des voies profondément divergentes. Cette divergence n'est pas étonnante dans la mesure où les Etats-Unis se sont construits depuis leur Révolution autour des principes de liberté d'expression et de libre circulation des idées, alors que la France s'est plus construite depuis le 19^e siècle autour de l'image adulée des auteurs auxquels il est de bon ton d'assurer la plus large reconnaissance légale possible.

114. La solution américaine nous paraît *a priori* erronée bien qu'elle soit cohérente au sein du système juridique américain. En effet, il ne peut être soutenu que certains titres, tel que *Moby-Dick*¹⁸⁹ ou le *Horla*¹⁹⁰, ne sont pas originaux. La prise de position du *Copyright Office* est donc idéologique et présente l'inconvénient de ne pas prendre en compte la réalité de la création artistique. Il nous semble dès lors que la solution américaine manque de subtilité et écarte indûment de la création certaines créations de l'esprit. Cette absence d'application du *copyright* est cependant cohérente dans le système juridique américain. En effet, la protection des seuls titres n'assurerait pas une plus grande incitation à la création. En revanche, l'absence de protection permet de les référencer, ce qui les rend plus accessibles au public.

¹⁸⁶ *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731, 736 (2d Cir. 1991) ; *Brilliant v. W.B. Prods., Inc.*, No. 79-1893, 1979 U.S. Dist. LEXIS 9092 (S.D. Cal. Oct. 22, 1979).

¹⁸⁷ TGI Paris, 1^{re} ch., 20 févr. 1980, D. 1982. IR 44, obs. Colombet ; RTD com. 1981. 83, obs. Françon.

¹⁸⁸ CA Paris, 2 juin 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, 22, note PLAISANT – Civ. 1^{re}, 9 nov. 1983, n° 82-10.005, Bull. civ. I, n° 266 ; Ass. plén. 30 oct. 1987, n° 86-11.918, Bull. Ass. plén., n° 4.

¹⁸⁹ Le nom *Moby-Dick* a été en partie inventé à partir du nom Mocha qui est une île au large du Chili. L'auteur a toujours gardé le mystère sur l'invention du nom qui s'avère être original. Voir J. MADDEN, « *The Origin of the Name 'Moby Dick'* », melville.org, accessible à <http://www.melville.org/mobyname.htm> (dernier accès: 27/12/2015).

¹⁹⁰ Le terme *Horla* est un néologisme créé à partir du mot normand « horsain » qui signifie étranger et l'expression « hors la loi ». Voir Association CLPAV, « *Le Horla* », accessible à <http://www.clpav.fr/maupassant/lecture-maupassant.htm> (dernier accès: 27/07/2015).

La solution étasunienne s'avère peut-être, paradoxalement, économiquement plus pertinente pour les auteurs.

115. En outre, la solution américaine assure une plus grande sécurité juridique que le droit français. En effet, il peut s'avérer particulièrement complexe de déterminer si un titre est le fruit de la personnalité de son auteur et de ce fait protégeable par le droit d'auteur¹⁹¹. La jurisprudence française sera par conséquent dans une certaine mesure imprévisible alors que la solution américaine présente l'avantage de la clarté et de la prévisibilité.

116. Les créateurs de liens devront par conséquent solliciter l'autorisation de l'auteur en droit français afin de reproduire son œuvre originale, alors que la reproduction sera beaucoup plus libre en droit américain car l'adresse URL étant composé de quelques mots elle n'est pas protégeable¹⁹². La création de liens est par conséquent plus facile aux Etats-Unis qu'en France. La divergence sera effacée en cas de recours à des ancres réduites.

B) Les ancres réduites

117. Les adresses peuvent en effet être réduites¹⁹³ par un algorithme qui les recompose sous la forme d'un code technique ne présentant aucune empreinte de la personnalité de l'auteur ni originalité. Une ancre réduite contiendra une adresse URL modifiée et plus courte. Ainsi, l'adresse URL < <http://www.nytimes.com/2015/09/15/business/media/youtube-dancing-baby-copyright-ruling-sets-fair-use-guideline.html> > pourra être réduite dans le format suivant : < <http://tinyurl.com/ndsd5xv> >.

¹⁹¹ A. FRANCON, « *La protection des titres de journaux par le droit des marques et par l'action en concurrence déloyale* », in Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, droit de la propriété industrielle, Paris Librairies Techniques, 1974 ; A. et H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », LexisNexis, 2012 ; L. MARINO, « *Titres des œuvres* », J.-Cl. PLA, fasc. 1158, 28 sept. 2008.

¹⁹² J.B.KO, « *Para-sites : the case for Hyperlinking as Copyright Infringement* », Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, 1998, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 361.

¹⁹³ Certains sites comme <http://tinyurl.com> proposent la réduction des adresses URL.

118. L'adresse ainsi réduite pourra être insérée dans un lien sans avoir reproduit l'œuvre originale. Cette solution technique paraît de prime abord favorable à la liberté de lier en ce qu'elle évite au créateur d'ancre de reproduire une œuvre protégée.

119. Un acte de contrefaçon pourra cependant être commis par le site à l'origine de la réduction de l'adresse URL. En effet, lorsque l'internaute cliquera sur le lien, il sera renvoyé vers la base de données du site à l'origine de la réduction de l'adresse URL qui établira la relation entre l'adresse réduite et l'adresse d'origine qu'il aura enregistrée. Or, la reproduction de l'adresse URL originale sans l'autorisation de l'auteur constitue une contrefaçon si elle a été effectuée sans autorisation¹⁹⁴. Étant donné que la création d'un lien vers une contrefaçon est en principe illicite¹⁹⁵ - bien que l'arrêt *GS Media c. Sanoma*¹⁹⁶ ait introduit une présomption d'absence de responsabilité lorsque le lien est constitué sans but lucratif - les internautes français ne pourront pas créer des liens à partir d'adresses URL réduites issues d'adresses protégées. La situation s'avère d'autant plus critiquable que la reproduction de l'œuvre ne constitue pas une commodité mais un impératif pour les créateurs de liens. Le risque de cette situation est de voir les sites souhaitant filtrer l'établissement de liens - et donc introduire *de facto* une autorisation préalable de lier - établir des adresses URL originales afin d'obliger les créateurs de liens à solliciter leur autorisation. La liberté de lier ainsi que la liberté d'expression seraient ici indûment réduites car ces comportements ne viseraient pas à assurer un meilleur revenu pour l'auteur mais à contrôler les liaisons entre des idées sur l'internet. Il est par conséquent nécessaire d'introduire une exception au droit de reproduction en faveur des créateurs d'ancres.

120. Le droit d'auteur et le *copyright* connaissent donc des limites externes différentes ayant pour effet de circonscrire leurs champs d'application. Les contours soulignent les différences de conception de la création et des auteurs dans les deux systèmes. Les limites

¹⁹⁴ Voir n°85.

¹⁹⁵ Voir TGI 12 mai 2003, 4 janvier 2002 : Gaz. Pal. 12 octobre 2004, n°286, p. 32 ; TGI Nanterre, 1^{re} ch., 6 sept. 2012, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3500 (dernier accès : 1/11/2014).

¹⁹⁶ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker*.

internes du droit d'auteur et du *copyright* constituent également des sources de division entre les deux systèmes et soulignent les différences d'approches des deux droits.

Paragraphe 2 : Les limites internes au droit d'auteur et au *copyright*

121. Les exceptions au droit d'auteur et au *copyright* constituent les limites internes¹⁹⁷ des deux systèmes. Elles marquent non pas les limites instituées du droit d'auteur et du *copyright*, mais la prise en compte d'un équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts du public.

122. Les droits européen et américain ont adopté des approches divergentes. L'analyse analytique de l'article 5 de la directive 2001/29/CE, qui fait écho dans sa méthodologie à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, s'oppose au système mixte américain qui combine un système d'exception listée¹⁹⁸ - donc analytique - ainsi qu'une exception malléable d'interprétation synthétique avec le *safe harbor* de *fair use*.

123. Les deux approches sont autorisées par le droit international. En effet, la convention de Berne ainsi que le traité de l'OMPI de 1996 - à la rédaction duquel les Etats-Unis ont pris part - ont adopté un système ouvert en se contentant de se référer au test des trois étapes¹⁹⁹. Il n'y a donc qu'une harmonisation internationale *a minima*.

124. Le droit international n'empêche donc pas le droit français d'adopter un système d'exceptions plus souple. La jurisprudence française²⁰⁰ a ainsi pu écarté l'application du droit d'auteur lorsque la liberté d'expression se trouvait indument limitée. Les ingérences du droit d'auteur dans le champ de la liberté d'expression doivent désormais respecter l'article 10§2 de la CEDH et s'avérer légales, légitime - c'est à dire nécessaires dans une société

¹⁹⁷ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur* », Dalloz, 1^e édition, 2009, p. 368 s.

¹⁹⁸ 17 U.S.C. §108 à 122.

¹⁹⁹ Article 10.

²⁰⁰ Cass. civ. 1^e, 15 mai 2015, n°13-27391.

démocratique [pour assurer la protection...] des droits d'autrui²⁰¹ - et proportionnelles. Cette limitation du champ d'application du droit d'auteur n'a cependant été acceptée que lorsqu'elle était demandée par un auteur second souhaitant créer une œuvre à partir d'une autre œuvre protégée. La Cour de cassation a donc reconnu une liberté d'expression artistique qui n'a pas vocation à s'étendre aux liens à moins que le créateur de l'ancre ne crée une œuvre nouvelle. Le statut de rente du droit d'auteur s'effrite un peu pour laisser place à une prérogative visant à l'incitation à la création. Il était donc logique de contenir l'application du droit d'auteur lorsqu'il aurait pour effet d'empêcher la création.

125. Le droit français ne devrait donc pas connaître de changement de paradigme comparable à celui effectué par l'arrêt *Perfect 10*²⁰² lorsqu'il a utilisé le *safe harbor* de *fair use* pour assurer le développement des activités des moteurs de recherche, affirmant la liberté d'entreprendre des prestataires de service. Le système américain va donc beaucoup plus loin car il ne comprend pas le *safe harbor* de *fair use* uniquement comme une liberté artistique, mais plus globalement comme une liberté d'entreprendre. Une telle évolution n'est cependant pas vraiment surprenante étant donné que le système d'exceptions souples a permis aux prestataires de service sur internet de développer leurs activités. Il leur a ainsi été relativement aisé de se développer aux Etats-Unis alors que cela aurait été plus compliqué en France à cause de l'existence d'une liste limitative d'exceptions²⁰³.

126. Cette évolution est tout d'abord le signe d'une fondamentalisation du droit ainsi que de la montée en puissance du public en Europe et aux Etats-Unis - bien que ses choix soient largement biaisés par le truchement des majors qui prennent en considération non pas le public dans son intégralité, mais sa partie la plus importante en termes de ventes. Le public a donc globalement émergé non pas en tant que pluralité intellectuelle mais en tant qu'unité consommatrice. Ce rôle l'amène à adopter un comportement non pas de citoyen jouant un rôle dans le dynamisme de la création nationale, mais celui de consommateurs. La situation

²⁰¹ CEDH, 4^e section, 29 janvier 2008, n°19247/03, *Balan c. Moldavie*, RTD com., 2008. 732, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; RTD eur. 2008. 405, chron. J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

²⁰² *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007).

²⁰³ D.C. DRUMMON, *Le Monde*, 27 juin 2009.

actuelle confirme ainsi la crainte de Tocqueville²⁰⁴ qui avait souligné le risque d'égoïsme des systèmes démocratiques. Le régime actuel est donc le fruit de la limite de tout système démocratique. Nous n'appelons donc pas à un changement juridique - qui risquerait de rester sans effet substantiel - mais à un *empowerment* de la société en tant que citoyens et non pas que de simples consommateurs afin que la question de la culture constitue un véritable débat de société au lieu de s'interroger uniquement sur l'accessibilité - si possible gratuite - des œuvres.

127. Le système d'exceptions actuel est le fruit de cette histoire et des évolutions récentes. Les auteurs jouissent ainsi de régimes d'exceptions (I) dont le champ d'application se trouve limité par le test des trois étapes (II).

I) Les exceptions

128. Le droit de création de liens se trouve renforcé par les exceptions au droit d'auteur et au *copyright*. Les systèmes français et américain sont divisés sur l'approche à adopter en matière d'exception.

129. D'un côté, le droit français et de l'Union Européenne²⁰⁵ ont adopté une lecture réductrice des exceptions en les limitant à certaines hypothèses. L'interprétation de ces exceptions doit être stricte conformément à l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*.

130. De l'autre côté le droit américain a adopté un système mixte en introduisant des exceptions énumérées limitativement et un usage loyal dit *fair use*. L'exception de *fair use* s'analyse de façon large et casuistique²⁰⁶. Le test de *fair use* se développe en quatre critères

²⁰⁴ A. DE TOCQUEVILLE, « *De la démocratie en Amérique* », Deuxième partie, 1835, Les auteurs classiques, p. 9.

²⁰⁵ Article 5 de la directive 2001/29/CE.

²⁰⁶ K.D. CREWS, « *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines* », 62 Ohio St. L.J. 599, 2001 ; P. SIRINELLI, « *Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins* », Rapport présenté à l'Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité

que sont (1) « le but et le caractère de l'usage, ce qui implique de savoir si l'usage est de nature commerciale ou à des fins d'enseignements sans but lucratif », (2) « la nature de l'œuvre protégée », (3) « la quantité et le caractère substantiel de la portion utilisée eu égard à l'œuvre protégée considérée comme un tout » et (4) « l'effet de l'usage sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre protégée²⁰⁷ ».

131. Les deux droits reposent donc sur des paradigmes largement différents bien que le droit américain constitue un exemple mixte²⁰⁸. Le droit français vise donc la plus grande protection possible des auteurs et la lecture la plus stricte possible des exceptions, alors que le droit américain limite le monopole de l'auteur en laissant le champ des exceptions ouvert. La solution américaine a ses vertus - dans la mesure où elle assure une bonne adaptation aux nouvelles technologies - mais elle s'avère relativement insécurisante²⁰⁹ pour les créateurs de liens qui ne peuvent savoir *a priori* si la citation qu'ils font d'une œuvre est licite²¹⁰. Le manque de prévisibilité doit cependant être nuancé car les juristes américains ont la culture des concepts malléables et sont plus en mesure que les juristes continentaux d'y faire face.

132. La différence doit cependant ne pas éclipser la convergence d'objectif des deux systèmes. Il s'agit dans les deux cas d'établir un équilibre entre le droit des auteurs et l'accès aux œuvres et à leurs informations²¹¹. Cette préoccupation concernant l'équilibre entre la propriété et l'accès à la connaissance était déjà connue du droit juif du 11^e siècle. En effet, bien que le rabbin Isaac Ben Jacob Alfassi avait affirmé le principe de propriété de la Thora, il avait introduit une exception lorsque les textes sacrés étaient rares dans une communauté²¹².

de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6-7 décembre 1999.

²⁰⁷ Traduction proposée par S. DUSOLLIER, « *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique* », Larcier, 2005, 242.

²⁰⁸ S. DUSOLLIER, « *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique* », Larcier, 2005, 242.

²⁰⁹ Les juristes américains sont néanmoins plus à même que les juristes continentaux d'affronter le safe harbor de *fair use* car ils ont l'habitude de manier des concepts adaptatifs tels que le forum non conveniens. Il y a donc une habitude culturelle permettant aux juristes américains de prévoir de façon raisonnable la solution à apporter lors de l'application de l'exception de *fair use*.

²¹⁰ K. CREWS, « *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines* », *Ohio State Law Journal*, Vol. 62 :599, 2001, p. 605.

²¹¹ France : Prades, « *Droit d'auteur et nouvelles exigences du public* », 1992, Thèse Paris XII.

Etats-Unis : P. SAMUELSON, « *When Worlds Collide : Intellectual Property at the Interface Between Systems of Knowledge Creation : Unbundling Fair Uses* », 77 *Fordham L. Rev.* 2537, avril 2009, 2541-2542.

²¹² D. NIMMER, « *Copyright Sacred Text, Technology, and the DMCA* », *Kluwer Law International*, 2003, p. 386-388.

Dans ce cas, ils pouvaient être reproduits librement. L'objectif était donc d'assurer l'accès à la Thora en cas de situation de rareté. L'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ainsi que le test de *fair use* américain répondent, selon des modalités certes très différentes, à la même préoccupation d'assurer l'accès aux connaissances lorsque le marché de la circulation des œuvres n'est pas optimal.

133. Étant donné que les intérêts du public sont pris en compte dans les exceptions, la question s'est posée de savoir s'il s'agit d'un droit ou bien de tolérance. En l'absence de réponse donnée par les réglementations européenne, française et américaine²¹³, la doctrine et la jurisprudence se sont divisées sur la question. Certains ont affirmé qu'il s'agit d'un droit²¹⁴ du public²¹⁵ alors que d'autres considèrent qu'il ne s'agit que de tolérances²¹⁶. Un droit subjectif a, à l'inverse d'un droit objectif, un créancier²¹⁷. Il est fondé sur la possibilité pour le sujet de faire quelque chose ou d'imposer à autrui de faire quelque chose²¹⁸, c'est à dire sur des prérogatives²¹⁹. En matière d'exceptions le public a un créancier en la personne de l'auteur, ce dernier ayant l'obligation de laisser les tiers utiliser son œuvre dans le cadre de la loi. L'arrêt *Mulholland Drive*²²⁰ a cependant écarté l'idée selon laquelle « la copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale ». Étant donné que dans les deux droits les tiers ne pourront saisir le juge pour qu'il oppose une exception à l'auteur, il ne peut être affirmé que les exceptions constituent des droits pour le public. Il ne s'agit que d'excuses à l'utilisation d'une œuvre protégée.

²¹³ En France la loi du 1^{er} août 2006 dite DADVSI n'a pas tranché la question et se contente de se référer au terme « *Exception* ». Aux Etats-Unis la section 107 du Copyright Act ne prend pas position.

²¹⁴ CA Paris, 4^e ch., 22 avril 2005, *Mulholland Drive*, D. 2005, Jur. 1573, note CASTETS-RENAZRD ; C. COLIN, « *Devoir d'auteur* », RIDA, avril 2010, p. 161-165 ; *Bateman v. Mnemonics, Inc.*, 79 F.3d 1532, 1542 n.22 (11th Cir., 1996) : « *Although the traditional approach is to view 'fair use' as an affirmative defense, this writer, speaking only for himself, is of the opinion that it is better viewed as a right granted by the Copyright Act of 1976* » ; *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1260 n.3 (11th Cir. 2001).

²¹⁵ E. DRONE, « *A Treatise on the Law of Property in Intellectual Productions* », Little Borwn & Co., 1879, p. 387.

²¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, *Mulholland Drive II*, Bull. civ. I, n°177, RIDA juillet 2008, p. 215, obs. P. SIRINELLI ; Paris, 20 juin 2007, « *Warner Music* », D., 2007. 2041, note J. DALEAU ; F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », 1101 ; M.B. NIMMER, « *Nimmer on Copyright* », Lexisnexis, §13.05.

²¹⁷ B. Mathieu et M. Verpeaux, « *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux* », LGDJ, Paris, 2002, p. 435.

²¹⁸ D. GUTMANN, « *Droit subjectif* », dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, p. 1680.

²¹⁹ P. ROUBIER, « *Théorie générale du droit* », Dalloz, 1951, p. 253.

²²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n°07-14277.

134. Les exceptions sont donc le résultat d'une recherche d'équilibre entre les auteurs et le public. En matière de liens deux types d'exceptions seront particulièrement pertinents. Les internautes pourront chercher d'écarter l'application du droit d'auteur et du *copyright* lorsqu'ils effectuent des citations (A) ou les revues de presse (B).

A) Les citations

135. Les citations permettent de reprendre pour mieux faire circuler les idées d'un auteur. Il s'agit de la conséquence du principe de la libre circulation des idées. L'absence de protection des idées était considérée naturelle au Moyen-Âge car les connaissances étaient un don de Dieu selon l'adage *scientia donum Dei est, unde vendi non potest*²²¹. Le droit d'auteur était inconnu à cette époque car la question de la création d'œuvres nouvelles ne présentait pas la même urgence que la circulation des œuvres déjà existantes²²². Le paradigme a été renversé depuis cette époque avec l'introduction du *copyright* puis du droit d'auteur mais l'idée d'assurer la circulation des idées nous est parvenue et s'est notamment traduite par la reconnaissance d'un droit à effectuer des citations.

136. La convention de Berne a ainsi introduit l'exception de citation à l'article 10.1. L'exception internationale dénote une prise en compte des intérêts du public et de la liberté d'expression des tiers à l'auteur²²³. Seront licites les citations « tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre ».

²²¹ « La science ne peut être vendue car elle est un don de Dieu ». Traduction par I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 103.

²²² Les chansons de gestes du début du Moyen-Âge, comme la chanson de Rolland, sont le fruit d'une tradition populaire qui ne laisse pas de place à la prééminence d'un auteur. Le 12^e siècle voit le grand retour des textes latins classiques avec les copies et les commentaires de Virgile, Stace et surtout Ovide. Voir A. LAGARDE, L. MICHARD, « *Moyen-Âge* », Bordas. Les quelques auteurs qui émergent individuellement comme Chrétien de Troyes restent relativement rares, d'autant que la création est censée être infusée par Dieu et que l'auteur contemporain est 'un nain juché sur des épaules de géants ». Voir E. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 29 - 30 et 32 - 33.

²²³ C. MASOUYÉ, « *Guide to the Berne Convention* », p. 58, paragraphe 10.2.

137. Le critère de la parution licite ne présente pas de difficulté particulière. Il permet d'interdire le contournement du monopole de l'auteur par le droit de citation qui pourrait vider, au moins en partie, l'œuvre non encore divulguée de sa substance - et donc de sa valeur économique. Les citations d'œuvres non divulguées licitement seront ainsi illicites. La logique de *webring* est donc étendue aux exceptions. Les critères de conformité aux bons usages (1) et de mesure justifiée par le but à atteindre présentent en revanche plus de difficultés (2).

1) Les bons usages

138. La citation doit être conforme aux bons usages et doit être justifiée par le but à atteindre²²⁴. Le critère de la conformité aux « bons usages » a été introduit lors de la révision de Stockholm de 1967²²⁵ réformant la convention de Berne²²⁶. L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle²²⁷ souligne que l'utilisation du pluriel amène à se référer à ce qui est « couramment accepté » et à ce qui est « normalement admissible », ce qui impose une lecture vivante de la convention en fonction du contexte de l'interprétation. Il s'agira donc pour les tribunaux de statuer *in concreto* et en équité en fonction des faits de l'espèce²²⁸. L'interprétation faite par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle n'a cependant qu'une valeur informative et en aucun cas obligatoire. Il ne s'agit donc que d'un guide et les États membres restent libres d'interpréter le critère. Ni la France ni les États-Unis n'ont modifié leurs législations sur ce point.

²²⁴ Article 10.2 de la convention de Berne.

²²⁵ Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971), Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Genève, 1978, p.67.

²²⁶ Article 10.1 de la convention de Berne.

²²⁷ Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971), Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, *ibid.*, p.67.

²²⁸ Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971), Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, *ibid.*, p.67.

139. En droit américain, une modification était inutile car le *safe harbor* de *fair use* permet de statuer *in concreto* et de retenir pour valide ce qui est normalement accepté²²⁹. Le caractère souple du *safe harbor* de *fair use* se situe donc dans la même approche que celle adoptée pour le critère des bons usages.

140. Le droit français n'a pas intégré ce critère en droit interne alors que l'article 5.3(d) de la directive 2001/29/CE l'a intégré. Un ersatz existe néanmoins. En effet, l'article L. 122-5 3° du Code de la propriété intellectuelle énonce que l'auteur ne peut interdire, sous réserve que soient cités le nom de l'auteur et la source « les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ». Les citations doivent en outre être incluses dans une œuvre citante²³⁰ conformément à l'article L. 122-5 du CPI qui se trouve moins restrictif que la directive 2001/29²³¹ qui la limite aux usages critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information en ayant recours à des œuvres déjà publiées. Ce critère n'est pas mentionné par de nombreux pays²³² car il s'agit d'un critère évident étant donné que la citation est « destinée à étayer un propos²³³ ». Le législateur français considère donc que les bons usages sont limités à certains usages limitativement énumérés. Cette approche ne constitue qu'un équivalent partiel du critère de bons usages de la convention de Berne car le législateur français n'a pas intégré la dimension dynamique et évolutive qui était au cœur du critère international. Le droit français se distingue donc du droit international et du droit américain par sa position statique.

141. La jurisprudence française, à l'inverse des juges américains, a eu l'occasion de se saisir de la question du recours à une exception au droit d'auteur pour la création d'une ancre.

²²⁹ G. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, M. CARROLL, « *Copyright Law* », LexisNexis, 9^e édition, 2013, p. 863.

²³⁰ L'œuvre citante n'a cependant pas besoin d'être une œuvre protégée par le droit d'auteur : Voir : CJUE, C-145/10, 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH*, à 130.

²³¹ La directive ne mentionne que la fin de critique ou de revue.

²³² Pour un exemple de pays qui la partage voir l'article 70 de la loi italienne (legge del 22 aprile 1941, n°633).

²³³ A. LUCAS, « *L'exception de citation* », in ALAI, *Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions*, 14-17 septembre 1998, p. 120.

Le Tribunal de Grande Instance de Nancy²³⁴ a ainsi pu retenir la légalité d'ancres constituées de citations d'articles. En l'espèce les ancres reprenaient les premières lignes d'articles de journaux ainsi que les titres et la source. Elles proposaient parfois un résumé de quelques lignes. Le jugement énonce que les liens permettent au journal de « remplir la mission d'information et de pluralisme de la presse ». Cette solution se place dans le sillage de l'arrêt Microfor²³⁵ - dont la solution a ainsi été réintroduite alors qu'elle avait été abandonnée à la suite de l'entrée en vigueur de la directive sur les bases de données²³⁶ - qui avait retenu qu'un index comportant la mention de titres d'œuvres ne porte pas atteinte au droit d'auteur. La Cour de cassation avait ainsi considéré qu'il s'agit de citations justifiées par le caractère d'information de l'œuvre. La très grande majorité des ancres pourra donc bénéficier de l'exception de citation dans la mesure où un site internet pouvant contenir plusieurs ancres d'hyperliens il y a lieu de la qualifier d'œuvre citante. Ce critère traditionnel du droit français a néanmoins été écarté par l'arrêt Painer²³⁷ de la CJUE qui a qualifié de citation un extrait d'une œuvre protégée qui ne se trouvait pas au sein d'une œuvre citante. Cette solution est surprenante car elle ne permet plus de faire le départ entre la simple citation et la contrefaçon d'un extrait, alors que Desbois avait souligné qu'il fallait que l'œuvre citante puisse « survivre à la suppression des citations, conserver après le retrait une physionomie et un intérêt propre²³⁸ ». Il ne restera au propriétaire d'un site internet qu'à prouver un but « critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées », c'est à dire du site internet lui-même. Cela ne devrait pas poser de difficultés particulières étant donné que la très grande majorité des sites internet peuvent se prévaloir d'un objectif d'information. La solution de l'arrêt Painer s'avère donc particulièrement favorable à la création de liens, mais elle ne semble pas partagée par le droit américain²³⁹. Cette différence est logique étant donné que le droit américain ne réfléchit pas en terme de citation mais d'exception de *fair use*. Le droit français adopte ainsi une liste limitative des bons usages dans lesquels est incluse l'information journalistique, ce qui facilitera la création d'ancres.

²³⁴ TGI Nancy, 6 décembre 2010, affaire Dijonscope, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3099 (dernière visite : 7 avril 2014).

²³⁵ Cass. A.P., 30 octobre 1987, n°86-11918.

²³⁶ A. BENSAMOUN, J. GROFFE, « Création numérique », Répertoire de droit civil, octobre 2013, 40.

²³⁷ CJUE, 1^{er} déc. 2011, C-145/10 ; Prop. Intell. 2012, n°42, p. 30, note A. LUCAS.

²³⁸ DESBOIS, Traité, *op. cit.*, n°248.

²³⁹ *Harper & Row, Publrs. v. Nation Enters*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218, 85 L. Ed. 2d 588, 1985 U.S. LEXIS 17, 225 U.S.P.Q. (BNA) 1073, 53 U.S.L.W. 4562, 11 Media L. Rep. 1969 (U.S. 1985).

142. La méthode américaine n'est cependant pas exempte de critique. En effet, le critère flou du *fair use* n'est pas très prévisible. Une tentative de précision de ses contours en matière de bons usages a par conséquent été effectuée. Le *Report of the Register of Copyrights* de 1961²⁴⁰ - sans valeur obligatoire mais qui constitue un indice de la position du droit américain - a retenu que le *fair use* s'applique notamment aux citations d'extraits dans des revues ou dans un but critique aux fins d'illustrations ou de commentaires. Le rapport partage donc la position du droit positif français²⁴¹ et propose une liste suivant une méthode similaire à celle de l'article L. 122-5 du CPI. La prévisibilité des règles en droit français et américain s'avère donc similaire sur ce point.

143. La jurisprudence américaine a suivi cette proposition dans l'arrêt *Craft v. Kobler*²⁴² qui a retenu que le *fair use* peut s'appliquer aux citations limitées d'une œuvre protégée par le *copyright* afin d'illustrer les qualités, l'intelligence, la puissance, la vivacité ou encore l'originalité de l'auteur. Cependant, l'autorisation n'est pas illimitée et, en l'espèce, le nombre, l'importance et la taille des citations dépassaient le seuil de tolérance. La citation doit par conséquent rester limitée tout comme en droit français. Lorsque la citation ne sera pas démesurée une juridiction pourra retenir que le *fair use* s'applique. Le raisonnement pourra être étendu aux citations utilisées pour constituer des ancres.

144. En effet, l'arrêt *Kelly v. Arriba*²⁴³ - qui concernait des images mais dont le raisonnement peut être étendu aux autres œuvres comme l'a retenu l'arrêt *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*²⁴⁴ pour les photographies - a été saisi de cette question et a considéré que

²⁴⁰ Accessible à <http://www.copyright.gov/reports/annual/archive/ar-1961.pdf> (dernier accès: 13/09/2014).

²⁴¹ M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *op. cit.*, p. 502, 610.

²⁴² 667 F. Supp. 120 (S.D.N.Y. 1987).

²⁴³ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 2003 U.S. App. LEXIS 13562, 67 U.S.P.Q.2D (BNA) 1297, Copy. L. Rep. (CCH) P28,633, 2003 Cal. Daily Op. Service 5888 (9th Cir. Cal. 2003).

²⁴⁴ *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*, 954 F. Supp. 2d 282, 2013 U.S. Dist. LEXIS 162198, 108 U.S.P.Q.2D (BNA) 1674, Copy. L. Rep. (CCH) P30,517, 41 Media L. Rep. 2746, 2013 WL 6017130 (S.D.N.Y. 2013).

l'utilisation de la citation est « *transformative*²⁴⁵ » dans la mesure où elle permet d'améliorer l'accès à internet. La reproduction poursuit donc un objectif différent de l'œuvre originale selon l'arrêt. Le critère est donc plus large que celui retenu dans le jugement *Dijonscope*²⁴⁶ qui le limitait à « la mission d'information et de pluralisme de la presse ». Or, le fait que l'œuvre accusée de contrefaçon soit « *transformative* » pèse largement en faveur de la reconnaissance de l'existence d'un *fair use*. En outre une œuvre « *transformative* » est moins susceptible d'avoir un impact négatif sur le marché du demandeur²⁴⁷. Le dommage économique est déterminé conformément à l'impératif kantien²⁴⁸ dans la mesure où, selon les mots de la Cour Suprême, « *one need only show that if the challenged use should become widespread, it would adversely affect the potential market for the copyrighted work*²⁴⁹ ». L'absence de préjudice commercial constitue un critère *primus inter pares*²⁵⁰ dans le test de *fair use*²⁵¹. Or l'utilisation d'une citation afin de constituer l'ancre d'un lien amenant vers l'œuvre originale ne causera généralement pas de dommage au marché du demandeur. Seul le critère du type d'œuvre pèsera en faveur du demandeur s'il s'agit d'une œuvre littéraire. Ainsi, à l'instar des juges français, les juges américains prendront en considération l'intérêt que présente le lien pour l'amélioration du référencement sur internet et considéreront que la reproduction d'une citation est licite. Il en résulte que les droits français et américain adoptent des méthodologies similaires mais que les deux prennent en compte, à des moments différents de la réflexion, un principe général et une liste de situations.

²⁴⁵ Conformément à l'arrêt *Campbell v. Acuff Rose Music* 510 U.S. est « *transformative* » une œuvre qui ne remplace pas l'œuvre originale mais au contraire qui ajoute quelque chose de nouveau, ayant un objectif différent ou une nature différente, et modifiant la première œuvre par une nouvelle expression, une nouvelle signification ou un nouveau message.

²⁴⁶ Voir supra n°141.

²⁴⁷ *Sony Computer Ent., Inc. v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000).

²⁴⁸ L'impératif kantien est une morale par opposition à l'éthique des autres philosophes qui consiste à trouver des moyens afin d'atteindre certaines valeurs telles que le bonheur. Kant affirmait que chaque être humain doit agir seulement en fonction de ce qu'ils voudraient être une loi universelle. Voir É. BLONDEL, « *Chapitre I. Le problème moral ou la morale comme problème* », in *Le problème moral*, Presses Universitaires de France, 2000, p. 7-47.

²⁴⁹ « Il est seulement nécessaire de montrer que si l'utilisation litigieuse était devenant commune, cela affecterait négativement le marché de l'œuvre protégée », *Harper & Row*, 471 U.S. à 568, citant *Sony*, 464 U.S. à 451.

²⁵⁰ Le premier entre ses pairs (traduction libre).

²⁵¹ *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F. 3d 1381 (6th Cir. 1996) (en banc), cert. denied, 520 U.S. 1156 (1997) ; *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters*, 471 U.S. 539, 566, 105 S.Ct. 2218, 2233, 85 L.Ed.2d 588 (1985), citant 3 M. Nimmer, Copyright § 13.05[A], à 13-76 (1984).

145. Il résulte de ces développements que l'exception de citation et son équivalent fonctionnel qu'est l'exception de *fair use* sont très favorables à la création de liens. Le critère de la mesure justifiée par le but à atteindre permettra néanmoins de rééquilibrer la balance entre les droits des auteurs et du public.

2) La mesure justifiée par le but à atteindre

146. L'article 10.1 de la convention de Berne dispose que les citations doivent être justifiées par le but à atteindre. Elle ne précise pas l'autorité en charge d'établir l'équilibre. Le manque de précision de ce critère a eu pour conséquence une absence d'harmonisation des droits français et américain qui sont restés fidèles à leurs approches statique du côté français et souple du côté américain.

147. Les juges ont ainsi retenu une solution particulièrement favorable au développement de l'internet dans l'arrêt Dijonscope²⁵². Ils ont en effet considéré comme constituant de courtes des citations des extraits composés de plusieurs lignes d'articles de journaux. Cette solution ne respecte pas la lettre de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que sont autorisées les « courtes citations ». Le caractère court s'apprécie en effet *in concreto* en fonction de l'œuvre qui est citée²⁵³. Or la citation de plusieurs lignes d'un article de journal constitue une proportion importante qui n'aurait pas dû être considérée comme courte par les juges. Les juges ont donc adopté une lecture très libérale de l'exception de citation en se fondant principalement sur des motifs d'opportunité et ont, par ce biais, effectué une application du critère souple des bons usages. Le droit français présente donc la qualité et le défaut que constitue l'adoption d'un critère flou. Les juges belges ont tranché dans le même

²⁵² TGI Nancy, 6 décembre 2010, affaire Dijonscope, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3099 (dernière visite : 7 avril 2014).

²⁵³ M. DUPUIS, « *Le droit de citation des œuvres et le régime de l'exception pédagogique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2008, 40.

sens dans le jugement Copiepresse²⁵⁴. Les juges se sont donc montrés libéraux et ont adopté une démarche très souple similaire à celle des juges américains et du *fair use*.

148. Il en résulte que la dimension adaptative de l'article 10.1 de la convention de Berne a été intégré par les jurisprudences américaine et européenne alors même que le droit français apparaissait de prime abord statique. Les liens hypertextes ont donc agi comme un révélateur des limites du critère de brièveté auquel doit être privilégié un critère de proportionnalité entre la proportion reproduite et l'intérêt de la reproduction. Cette solution est heureuse en ce qu'elle permet d'améliorer la qualité du référencement. Cependant, elle risque de permettre à des internautes de substituer les ancres aux articles, ce qui renforce la nécessité de trouver d'autres sources de financements pour les créateurs sur internet²⁵⁵.

149. Les détails relatifs au critère de la mesure justifiée ne peuvent en effet être gravés dans le marbre de la loi car elle pourra varier en fonction de chaque situation. Le législateur français - à l'inverse du législateur américain - a pris partiellement position sur cette question en limitant les citations à ces extraits courts. Le législateur américain n'a pas défini la citation et a laissé la jurisprudence déterminer la longueur de la citation. La jurisprudence²⁵⁶ a pu retenir que la reproduction de l'intégralité d'une œuvre ne pèse que légèrement contre le *safe harbor* de *fair use*. Il sera donc possible de retenir que la citation intégrale d'une œuvre constitue un usage équitable d'une œuvre. Ainsi, alors que le droit français adopte une approche rigide en retenant que la citation doit être courte, le droit américain laisse aux juges le soin de déterminer si la longueur de la citation peut être justifiée par d'autres intérêts. Les juges pourront donc adopter des solutions convergeantes avec celle en vigueur en France et permettre à des internautes de reproduire plusieurs lignes de l'article lié. Les deux droits semblent donc converger sur ce point.

²⁵⁴ TI Bruxelles, 5 et 22 septembre 2006, Copiepresse c. Google, Inc., RLDI 2006/20, n°599 : « Il convient de préciser que le texte suivant le titre de l'article ne présente pas [...] une 'courte description de l'article' mais constitue une reprise littérale des premières lignes de celui-ci, tel qu'il se retrouve sur le site d'origine ».

²⁵⁵ Voir infra n°845 s.

²⁵⁶ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 U.S. LEXIS 19, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 224 U.S.P.Q. (BNA) 736, 52 U.S.L.W. 4090, 55 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (U.S. 1984).

150. La mesure justifiée par le but à atteindre a donc évolué et a fini par prendre un tournant technique depuis la démocratisation des terminaux numériques et de l'internet²⁵⁷. Les systèmes juridiques sont ainsi gagnés par une course - sans doute perdue d'avance - à l'adaptation technologique. Ce changement d'approche a eu pour conséquence d'amener les législateurs et les juges à ne plus placer la question de l'accès à l'œuvre au centre de la réflexion mais l'accès à des contenus et à des informations. Ce changement de perspective a fait perdre une partie de la légitimité du droit d'auteur qui est perçu comme une entrave à la circulation des idées.

151. Or, tant que le débat se focalise sur l'application du droit d'auteur et du *copyright* à des nouveautés technologiques, les droits des auteurs se réduiront comme peau de chagrin car une démocratie ne peut soutenir une entrave à la circulation des idées. Il nous semble dès lors nécessaire d'introduire une unique exception technologique qui permettrait de distinguer entre les nécessités techniques - qui seraient autorisées - et les simples commodités qui ne justifieraient pas une limitation du droit d'auteur. La souplesse de ce critère aurait pour conséquence une grande adaptabilité et, concomitamment, une certaine imprévisibilité du droit qui en constitue le pendant.

152. Les solutions française et américaine devraient par conséquent souvent converger. Cependant, les raisonnements adoptés sont différents et le droit français assure une meilleure sécurité juridique en écartant les facteurs d'incertitudes des critères adoptés. Ce clivage se retrouve en matière de revues de presse.

B) Les revues de presse

²⁵⁷ En effet, les dernières exceptions introduites dans le CPI et le *Copyright Act* s'appliquent aux nouvelles technologies. La directive 2001/29/CE n'a introduit comme seule exception obligatoire que celle relative à la copie transitoire.

153. Les créateurs de liens peuvent en outre constituer des revues de presse²⁵⁸. L'article 10 bis(2) de la Convention de Berne reconnaît l'exception de revue de presse qui vise à contribuer à l'accès du public à la culture²⁵⁹. Le droit français, à l'inverse du droit américain qui se cantonne à l'exception de *fair use*, prévoit explicitement cette exception²⁶⁰. Cependant, le Code de la propriété intellectuelle ne la définit pas. La jurisprudence²⁶¹ a retenu qu'il s'agit d'une « présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement ».

154. En France, le jugement Dijonscope²⁶² a écarté l'exception de revue de presse car les extraits ne traitaient pas d'un même thème ni d'un même événement²⁶³. Les juges n'ont cependant pas écarté par principe l'application de l'exception de revue de presse pour la création d'ancres. Il converge donc sur ce point avec le droit américain qui permettra aux internautes de constituer une revue de presse par application de l'exception de *fair use*. En effet, la revue de presse aura pour résultat de créer une œuvre nouvelle - donc transformative - et ne devrait *a priori* pas réduire le marché des auteurs des articles mais plutôt stimuler la vente des articles. Il n'en irait autrement que si l'extrait de l'article est assez long pour se substituer à l'œuvre. Si les revues de presse reproduisent l'intégralité des œuvres qui sont au cœur de la protection du *copyright*, cela ne devrait généralement pas faire obstacle à l'application de l'exception étant donné que les deux critères précédents - qui sont prépondérants - font pencher la balance en faveur de l'exception de *fair use*.

155. La revue de presse se distingue en effet de l'anthologie par l'effort de comparaison et de synthèse de son auteur²⁶⁴. Dès lors, en France comme aux Etats-Unis²⁶⁵, une revue de

²⁵⁸ L. 122-5 3°(b) du Code de la propriété intellectuelle.

²⁵⁹ R. PRADES, « *Intérêt du public et droit d'auteur* », Thèse, Paris XII, 1999, p. 67.

²⁶⁰ Article L. 122-5 3°(b) du Code de la propriété intellectuelle.

²⁶¹ Cass. crim., 30 janv. 1978 : D. 1979, p. 583, note J. Le Calvez ; Gaz. Pal. 1978, 2, p. 466 ; RTD com. 1979, p. 456, obs. A. Françon ; CA Paris, 4e ch., 25 mars 1982 : RIDA avr. 1982, p. 170. – L. Riedinger, De la licéité des revues de presse d'entreprise : Gaz. Pal. 1990, 2, doct. p. 54).

²⁶² TGI Nancy, 6 décembre 2010, affaire Dijonscope, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3099 (dernière visite : 7 avril 2014).

²⁶³ Il s'agit cependant d'un jugement de Tribunal de Grande Instance qui ne reflète peut-être pas la position de la Cour de cassation sur la question.

²⁶⁴ CA Paris, 25 mars 1982 : D. 1983, somm. comm. p. 97, obs. Colombet.

presse pourra bénéficier d'une exception si elle respecte ce critère. Ainsi, une série de liens recopiant servilement des articles constituera une contrefaçon. Il donc est nécessaire dans les deux droits que la revue de presse procède d'une explication ou d'un commentaire²⁶⁶. Ces critères devraient être facilement mobilisables, ce qui renforcera la liberté de créer les ancres des liens. Cette liberté de créer des ancres n'est limitée que par le triple test.

II) La limitation du champ d'application des exceptions par le triple test

156. Afin d'harmoniser les systèmes juridiques autour de principes universels, le test des trois étapes a été introduit par la convention de Berne²⁶⁷ à l'article 9(2)²⁶⁸. Une exception est ainsi autorisée lorsqu'elle est limitée à des cas spéciaux²⁶⁹, qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre - c'est à dire qu'elle n'empêche pas l'auteur de retirer des bénéfices de son œuvres²⁷⁰ - et qu'elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Le troisième critère fait l'objet d'une difficulté étant donné que le triple test a été proposé en langue anglaise par le Royaume-Uni sous l'expression « *does not unreasonable prejudice* » alors que la version française - qui constitue la version officielle - a traduit cette notion par l'expression « ne cause pas un préjudice injustifié ». Il y a une division entre les langues latines et la langue anglaise - et donc une harmonisation internationale manquée - car la version espagnole²⁷¹ a adopté la même approche que la version française. Ainsi, alors que la version anglaise autorise un préjudice minimal - sorte d'exception *de*

²⁶⁵ A contrario : *L.A. Times v. Free Republic*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5669, 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 1453, Copy. L. Rep. (CCH) P28,075, 28 Media L. Rep. 1705 (C.D. Cal. Mar. 31, 2000).

²⁶⁶ *L.A. Times v. Free Republic*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5669, 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 1453, Copy. L. Rep. (CCH) P28,075, 28 Media L. Rep. 1705 (C.D. Cal. Mar. 31, 2000), 994.

²⁶⁷ Le test des trois étapes a été introduit lors de la Conférence de révision de Stockholm en 1967. Voir M. FICSOR, « How much of what ? The 'Three-Step Test' and its Application in two Recent WTO Dispute Settlement Cases », RIDA, avril 2002, 192, p. 111-113.

²⁶⁸ « Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

²⁶⁹ C'est à dire limité à un but précis. S. RICKETSON, « *The Berne Convention : 1886-1986* », 1987, Sweet & Maxwell, §9.6.

²⁷⁰ Report of the Panel, United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, 15 juin 2000, para. 6.180.

²⁷¹ La version espagnole de l'article 9.2 a eu recours à l'expression « *perjuicio injustificado* ».

minimis - la version française impose une justification²⁷² du dommage. Or, le préjudice raisonnable peut être interprété d'un point de vue quantitatif, alors que la justification implique un fondement juridique.

157. Le test doit être mené dans l'ordre des critères énoncés mais s'interprète de façon globale²⁷³. Il se trouve traditionnellement limité au droit de reproduction²⁷⁴. Il a par la suite été repris à l'article 13²⁷⁵ de l'Accord ADPIC de 1994 ainsi qu'à l'article 10 du traité de l'OMPI qui l'ont étendu, dans les mêmes termes, au droit de représentation. La directive 2001/29/CE l'a introduit à l'article 5.5²⁷⁶. Les différentes normes postérieures à la dernière réforme de la convention de Berne ont toutes adopté la même définition du test des trois étapes.

158. Le test des trois étapes est donc devenu une réglementation constante en droit d'auteur international. Son interprétation doit par conséquent respecter les normes d'interprétation de la convention de Vienne sur le droit des traités²⁷⁷. Les États membres de la convention de Berne et du traité de l'OMPI, dont la France et les États-Unis, sont donc tenus de limiter le champ d'application de leurs exceptions. Les deux droits n'ont cependant pas correctement intégré le test en droit interne.

159. En effet, le législateur français n'a introduit qu'un test en deux étapes à l'article L. 122-5-9° du Code de la propriété intellectuelle²⁷⁸. Le triple test limite ainsi les exceptions aux

²⁷² C. GEIGER, D.J. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, « *The Three-Step-Test Revisited : How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law* », 2014, *American University International Law Review*, vol. 29, Issue 3, p. 584-585.

²⁷³ M. FICSOR, « *Le test des trois étapes : pourquoi on ne signe pas la Déclaration de Munich* », in les exceptions au droit d'auteur, Dalloz, 2012, p. 56.

²⁷⁴ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 2228.

²⁷⁵ « Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit ».

²⁷⁶ « Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ».

²⁷⁷ Convention de Vienne sur le Droit des Traités, 23 mai 1969, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf (dernière visite : 13/08/2013).

²⁷⁸ Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

cas où il n'y a pas d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et où aucun préjudice injustifié n'a été causé à l'auteur. Le critère des cas spéciaux se trouve ainsi écarté²⁷⁹. Le droit d'auteur français ne conserve donc que deux critères redondants²⁸⁰. En effet, l'exploitation anormale, c'est à dire qui risque de créer une concurrence économique²⁸¹, d'une œuvre portera forcément préjudice à l'auteur. Le droit français a cependant intégré le critère des cas spéciaux. Le Conseil Constitutionnel²⁸² a en effet rappelé que le test des trois étapes s'applique aux exceptions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle uniquement. Le droit français respecte par conséquent les trois conditions du test des trois étapes et n'encourt pas de sanction par le panel de l'OMC comme cela avait été le cas pour les Etats-Unis²⁸³ qui n'ont pas introduit de test des trois étapes.

160. Une autre distinction a été opérée par le droit français en ce qu'il oppose le test non seulement au législateur - conformément à l'obligation qu'a le législateur de respecter les conventions internationales²⁸⁴ - mais également aux juges²⁸⁵.

161. La solution française détonnait car elle opérerait un contrôle plus large que celui proposé par la convention de Berne ainsi que par l'accord ADPIC qui ne prévoyaient l'opposabilité du test des trois étapes qu'au législateur. Le traité OMPI sur le droit d'auteur a cependant modifié cette approche en prévoyant son opposabilité au législateur²⁸⁶ ainsi qu'au juge national²⁸⁷. L'article 10 du traité prévoit en effet l'intégration du test dans les législations nationales ainsi que son application par les Parties contractantes. Étant donné que seul le juge

²⁷⁹ Le législateur français a en effet considéré que cette obligation lui était destinée. Voir F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 1131.

²⁸⁰ C. CARON, « *Droit d'auteur et droits voisins* », Litec, 2^e édition, 2009, p. 298, 355.

²⁸¹ Décision du Groupe spécial, para. 6.179, citant Document S/1 : Convention de Berne, propositions de révision des dispositions relatives au droit d'auteur (article 1 à 20), préparées par le Gouvernement de la Suède avec le concours des BIRPI, p. 42 ; M. FICSOR, « *How Much of What ? The Three-Step test and its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases* », RIDA, 192, avril 2002, p. 139.

²⁸² Décision n° 2006-540 DC du 27 juill. 2006, 32.

²⁸³ Report of the Panel, United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, 15 juin 2000.

²⁸⁴ Article 55 de la Constitution de 1958.

²⁸⁵ P.-Y. Gautier, « *L'élargissement des exceptions, contrebalancé par le test des trois étapes* », *Comm., com. élec.*, nov. 2006, p. 9.

²⁸⁶ Article 10.1 du traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996.

²⁸⁷ Article 10.2 du traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996.

peut appliquer une norme, l'article 10.2 s'adresse directement aux juges²⁸⁸. Dès lors, l'Union Européenne et les États-Unis - qui doivent respecter leurs engagements internationaux conformément à l'adage *pacta sunt servanda* - doivent prévoir l'application du test des trois étapes par les juges²⁸⁹.

162. Le Conseil Constitutionnel français²⁹⁰ a conféré une valeur constitutionnelle à cette obligation. Il a en effet retenu que les mesures techniques de protection et d'information doivent « être entendues comme n'interdisant pas aux auteurs ou aux titulaires de droits voisins de recourir à des mesures techniques de protection limitant le bénéfice de l'exception à une copie unique [...] dans les cas particuliers » du test des trois étapes. Le Conseil ne s'est prononcé que sur les mesures techniques de protection et d'information mais il nous semble que si il était saisi des autres exceptions il n'aurait pas de raison d'adopter une solution différente. L'utilisation du terme « entendu » souligne l'applicabilité du test par les juges car il signifie que le test doit être interprété. Or seul un juge peut interpréter la loi. La jurisprudence a pris acte de cette obligation et la Cour de cassation²⁹¹ a fait application de l'article 5.5 de la directive 2001/29/CE pour retenir que la copie privée d'un DVD constitue une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

163. Le test des trois étapes pose néanmoins le problème du manque de prévisibilité. Or, les règles sanctionnant pénalement le droit d'auteur doivent être prévisibles. Le test des trois étapes n'est cependant pas prévisible - à cause de son caractère malléable et du manque de jurisprudence - et atteint par conséquent à la sécurité juridique²⁹². Il y a donc lieu d'écarter son application en matière pénale. Cette situation d'insécurité juridique est d'autant plus grave en France que les juristes français n'ont pas, à l'inverse des juristes américains, l'habitude de manier des concepts flous. Les États-Unis ont coupé court à cette difficulté en rejetant l'introduction le test des trois étapes en droit interne.

²⁸⁸ S. DUSSOLIER, « *L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes* », IRDI., 2005, p. 214-215.

²⁸⁹ C. GEIGER, « *La transposition du test des trois étapes en droit français* », D. 2006 2164.

²⁹⁰ Conseil Constitutionnel, décision n°2006-540, 27 juillet 2006.

²⁹¹ Cass. 1re civ. 28 févr. 2006, D. 2006, AJ p. 784, obs. J. DALEAU.

²⁹² C. CARON, « *Les exceptions. L'impact sur le droit français* », Propriétés Intellectuelles, Janvier 2002, p. 26.

164. Le droit américain adopte en effet, avec l'exception de *fair use*, une approche divergente. Lors de l'adhésion des Etats-Unis au traité OMPI la question du respect du triple test par le droit américain n'a même pas été soulevée²⁹³ alors même que la logique du test de *fair use* est de permettre l'utilisation équitable d'une œuvre par le public et non pas de limiter le champ d'application des exceptions. Le *fair use* ne vise donc pas à protéger les auteurs contre l'utilisation déraisonnable de leurs œuvres, mais à assurer au public le droit d'utiliser les œuvres dans un cadre loyal, ce qui constitue le paradigme inverse²⁹⁴. Les deux approches étant complètement différentes²⁹⁵ il ne peut être conclu que le droit américain respecte son obligation d'intégrer le triple test en droit interne. Les Etats-Unis se trouvent donc en situation de violation de leurs obligations internationales.

165. Malgré cela, il est peu probable que les Etats-Unis modifient leur position. En effet, un litige est intervenu, devant l'Organisation Mondiale du Commerce, entre l'Union Européenne et les Etats-Unis²⁹⁶ au sujet de l'exception de la section 110(5)(A) du *Copyright Act* qui autorise la représentation d'œuvres musicales dans les lieux de commerce. L'Union Européenne a retenu que l'exception de la section 110(5)(A) est trop large et qu'elle viole par conséquent le triple test. L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) a tranché en ce sens et a laissé aux Etats-Unis jusqu'au 27 juillet 2001²⁹⁷ afin de conformer leur législation interne avec cette disposition. Cependant, les Etats-Unis ont préféré payer des dommages et intérêts aux États membres de l'OMC afin de compenser les pertes induites par le système de licence²⁹⁸, plutôt que de conformer la législation interne au test des trois étapes. Il est ainsi très peu probable que les Etats-Unis introduisent un triple test dans leur législation nationale et ce, d'autant plus qu'il aurait pour effet de renforcer les prérogatives des titulaires de *copyright* au détriment du public et des auteurs en puissance. Pire, la somme payée par les Etats-Unis à l'Union Européenne a servi pour les dépenses de colloques relatifs au droit d'auteur. Les auteurs n'en ont pas bénéficié alors que cette somme aurait pu participer au financement de projets culturels. Les auteurs européens n'ont donc pas vu leur situation

²⁹³ M. Leaffer, « *Understanding Copyright Law* », LexiNexis, 4^{ème} édition, 2005, p. 512.

²⁹⁴ A. LUCAS, « *Pour une interprétation raisonnable du triple test ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou* », Auteurs & Média, 2009/3, p. 227 ; F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 1137.

²⁹⁵ P. GOLDSTEIN, « *Fair Use in Context* », 31 *Columbia Journal of Law & Arts*, 2007-2008, p. 433.
²⁹⁶ United States-Section 110(5) of the U.S. Copyright Act: Report of the Panel, WT/DS/160/R (15 juin 2000).

²⁹⁷ R.A. Gorman, J.C. Ginsburg, « *Copyright – Cases and Materials* », *op. cit.*, p. 704.

²⁹⁸ R.A. Gorman, J.C. Ginsburg, « *Copyright – Cases and Materials* », *op. cit.*, p. 704.

s'améliorer aux Etats-Unis et n'ont pas bénéficié de la condamnation américaine. Il nous semble par conséquent nécessaire de modifier cette règle et d'autoriser l'utilisation du montant des amendes au financement de projets culturels et artistiques lorsque l'amende est prononcée par une juridiction tiers aux États en cause comme peut l'être le panel de l'OMC.

166. Le droit américain n'ajoute donc aucune restriction ni incertitude supplémentaire pour les créateurs d'ancres alors que le droit français introduit une situation d'insécurité juridique relative dans la mesure où l'analyse du triple test est complexe et peu prévisible pour les internautes.

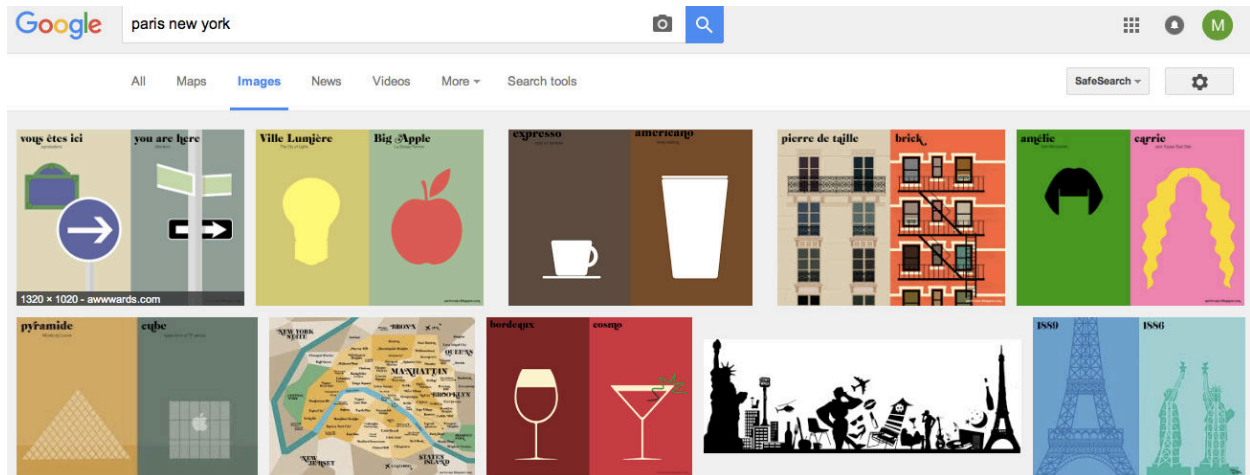
167. Il résulte de ces développements que les droits français et américain ont su, chacun à leurs manières et à des degrés différents, s'adapter afin de ne pas freiner le développement de l'internet. Cette volonté d'encourager l'innovation a été étendue aux œuvres graphiques.

Sous-Section 2 : Le régime dérogatoire applicable aux moteurs de recherche d'images

168. Les murs d'images constituent des outils efficaces dans le cadre de recherches. Les moteurs de recherche reproduisent les œuvres qu'ils référencent grâce à des *spiders*. Cette reproduction constitue une simple facilité pour les moteurs de recherche et en aucun cas une nécessité imposée par la technique. Néanmoins, eu égard à l'intérêt que ces outils de recherches présentent, les droits français et américain ont reconnu le principe de leur légalité (Paragraphe 1) tout en en l'encadrant (Paragraphe 2) afin d'assurer le respect des intérêts des auteurs.

Paragraphe 1 : La légalité des murs d'images

169. Les moteurs de recherche effectuent de nombreuses copies d'œuvres afin de constituer les ancres. Ils ont recours à des *spiders* qui cherchent notamment des images sur la toile. Les copies effectuées sont ensuite réduites sous la taille de vignettes et présentées sur des murs d'images²⁹⁹ comme dans l'exemple suivant :



170. Les algorithmes sont par conséquent à l'origine d'une amélioration sans précédent de l'accès aux informations et à la culture. Ils permettent néanmoins le référencement d'un grand nombre de copies illicites. Le droit à la culture se trouve donc en même temps violé dans sa dimension auctoriale et renforcée dans son accessibilité pour le public. Cette situation d'illégalité à grande échelle risque de mettre en péril la survie des moteurs de recherche.

171. La reproduction par les moteurs de recherche n'est pas exclue du monopole de l'auteur dans les deux systèmes juridiques et les droits communs ont vocation à s'appliquer. En effet, lors des discussions sur le projet de réforme français portant création d'une nouvelle exception au monopole de l'auteur pour les commissaires priseurs utilisant des images des œuvres mises en vente³⁰⁰, les moteurs de recherches se sont faits entendre afin de bénéficier

²⁹⁹ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934, 2002 U.S. App. LEXIS 1786, 61 U.S.P.Q.2D (BNA) 1564, Copy. L. Rep. (CCH) P28,393, 2002 Cal. Daily Op. Service 1151, 2002 Daily Journal DAR 1531 (9th Cir. Cal. 2002).

³⁰⁰ Le projet a introduit l'article L. 122-5, 3° du Code de la propriété intellectuelle relatif à l'exception en matière de reproduction d'œuvres d'art dans les catalogues de vente judiciaire. Voir HADOPI, « *Chantier exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins - synthèse des contributions reçues* », p. 10, accessible à : http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Synthese_des_contributions.pdf (dernier accès: 26/12/2015).

eux aussi d'une exception pour les vignettes. Le législateur n'a cependant pas retenu cette proposition d'exception. Ce débat n'a pas eu lieu aux Etats-Unis mais, conformément au principe de neutralité technologique³⁰¹, le *copyright* s'applique aux reproductions effectuées par les moteurs de recherche. L'utilisation d'une image afin de constituer une vignette implique par conséquent l'application du droit d'auteur³⁰² et du *copyright*³⁰³ et nécessite donc l'obtention d'une autorisation préalable du titulaire des droits.

172. La jurisprudence américaine a été la première à être saisie de cette question avec l'arrêt *Kelly v. Arriba*³⁰⁴. En l'espèce, des images protégées par le *copyright* avaient été reproduites par un moteur de recherche pour son mur d'image. La reproduction étant l'une des prérogatives conférées par le *Copyright Act* aux titulaires de droits la création de murs d'images devrait être interdite.

173. Les juges ont cependant appliqué l'exception de *fair use* alors que les juges français étaient tenus d'appliquer les principes traditionnels du droit d'auteur français et ne pouvaient écarter le monopole que dans le cas des exceptions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle mais aucune ne semblait pertinente. Aux Etats-Unis les juges ont en revanche retenu dans l'arrêt *Kelly* que la reproduction s'avère *transformative* car elle assure une fonction différente de celle initialement pensée pour les œuvres en permettant le référencement. L'expression œuvre *transformative* ne recouvre pas exactement le sens que la doctrine française lui a conféré car il n'est en effet pas nécessaire de créer une œuvre nouvelle. Il est simplement nécessaire que l'œuvre *transformative* modifie l'objectif et l'utilisation de l'œuvre, sans se contenter de la remplacer³⁰⁵. Le caractère *transformative* de la reproduction pèse en faveur du *fair use*. En outre, la réduction effectuée était de faible

³⁰¹ Voir n°54.

³⁰² La seule exception réside dans la reproduction dans un catalogue de vente aux enchères organisée par un officier public ou ministériel. Article L. 122-5 3° du Code de la propriété intellectuelle.

³⁰³ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934, 2002 U.S. App. LEXIS 1786, 61 U.S.P.Q.2D (BNA) 1564, Copy. L. Rep. (CCH) P28,393, 2002 Cal. Daily Op. Service 1151, 2002 Daily Journal DAR 1531 (9th Cir. Cal. 2002).

³⁰⁴ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934, 2002 U.S. App. LEXIS 1786, 61 U.S.P.Q.2D (BNA) 1564, Copy. L. Rep. (CCH) P28,393, 2002 Cal. Daily Op. Service 1151, 2002 Daily Journal DAR 1531 (9th Cir. Cal. 2002).

³⁰⁵ C'est à dire qu'elle modifie l'objectif et l'utilisation de l'œuvre et qu'elle ne se contente pas de la remplacer. Voir *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994); P.N. LEVAL, « *Toward a Fair Use Standard* », mars 1990, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1105.

résolution. Il a ainsi été considéré qu'elle fait obstacle à une utilisation des vignettes par les internautes et ne permettrait pas de compromettre le marché de l'auteur. Il existe donc un équilibre entre le droit des auteurs de ne pas être spoliés de leurs œuvres et des créateurs automatiques de liens d'innover. Pourtant, le *safe harbor* de *fair use* vise traditionnellement à établir un équilibre entre les intérêts des différents auteurs pour leur permettre de créer des œuvres nouvelles³⁰⁶, et non pas un équilibre entre les intérêts des auteurs et d'autres agents économiques. Le Second *Circuit*³⁰⁷ a adopté une solution plus rigoureuse en retenant que le *fair use* ne permet pas de copier une œuvre protégée pour la mettre dans un autre contexte, mais sans que cela ne modifie *a priori* la solution de l'arrêt Kelly. Il faut en effet voir un message nouveau dans l'œuvre³⁰⁸, ce qui n'est pas le cas lorsqu'une œuvre est utilisée pour constituer une vignette. Cette souplesse est inconnue du droit français car il ne revient traditionnellement pas aux juges d'établir un équilibre entre les différents intérêts en présence.

174. L'arrêt *Perfect 10*³⁰⁹ a néanmoins soulevé la question de la validité de cet argument lorsque la résolution est suffisante pour une reproduction sur un téléphone portable. L'arrêt n'a cependant pas retenu que cet argument était déterminant. La nature des œuvres, qui en tant que photographies sont au cœur de la protection du *Copyright Act*, ne constitue pas un élément pesant de façon déterminante en faveur du titulaire des droits. La reproduction intégrale des œuvres étant nécessaire en l'espèce, il a été retenu que cela était indifférent pour le test de *fair use*. Il s'en suit qu'une reproduction qui ne s'avérerait pas nécessaire risquerait de ne pas bénéficier de l'exception de *fair use*. Enfin, la reproduction des œuvres ne cause pas de préjudice économique au titulaire des droits car elle a pour conséquence d'attirer des internautes vers son site.

175. Ne disposant pas d'un système souple d'exceptions, la Cour d'appel de Paris³¹⁰ a retenu que la société Google avait commis une violation du droit d'auteur via son application Google image. En effet, la société s'est abstenue de mettre un terme à la reproduction des

³⁰⁶ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013) .

³⁰⁷ *TCA TV Corp. v. McCollum*, No. 16-134-cv, 2016 U.S. App. LEXIS 18333 (2d Cir. Oct. 11, 2016).

³⁰⁸ *TCA TV Corp. v. McCollum*, No. 16-134-cv, 2016 U.S. App. LEXIS 18333 (2d Cir. Oct. 11, 2016).

³⁰⁹ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007).

³¹⁰ CA Paris, 4 février 2011, Google c. Au-féminin.com et al., RG n°09/21941.

œuvres protégées. *Dura lex, sed lex...* La Cour de cassation a fait preuve d'une plus grande précision dans l'arrêt Auféminin du 12 juillet 2012³¹¹.

176. Les juges ont tout d'abord rejeté l'argument de la société Google qui consistait à arguer que le régime de *caching* avait vocation à s'appliquer à leur système. La Cour de cassation lui a opposé que la réduction des images sous forme de vignettes faisait obstacle à ce régime qui nécessite une absence totale de modification des contenus. Son argumentaire relatif à son statut d'hébergeur s'est avéré plus pertinent. En effet, la société Google stocke - c'est à dire reproduit - les œuvres en dehors des exceptions au droit d'auteur et notamment du droit de citation³¹². Dès lors que la société reproduit des œuvres protégées sans intervention directe elle bénéficiera du régime de responsabilité limitée. Ainsi, seul le régime des hébergeurs au sens de la directive e-commerce³¹³ est applicable aux murs d'images. La Cour de cassation a donc retenu qu'à la suite de la réception d'une lettre de mise en demeure les propriétaires de murs d'images doivent retirer les œuvres qu'ils ont reproduites. Il ne s'agit cependant pas d'un régime d'*opt in* car les œuvres n'auraient pas dû être reproduites dès le début. Un équilibre a ainsi été établi entre les droits des auteurs et l'incitation à créer un nouveau service de recherche.

177. La solution française diverge donc de celle prise en Allemagne où les juges n'ont pas eu recours aux dispositions de la directive e-commerce dans une situation similaire. En effet, la Cour fédérale de Justice allemande³¹⁴ a relevé que le service de moteur de recherche, qui utilise des images sous forme de vignettes, bénéficie d'une autorisation implicite du titulaire du droit d'auteur. La licence implicite sera opposable dès lors que l'auteur a mis ses œuvres à disposition sur internet sans mesures techniques empêchant l'indexation automatique ni l'affichage par des moteurs de recherches. L'arrêt introduit ainsi une logique d'*opt out*³¹⁵ en

³¹¹ Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n°11-15165, 11-15188.

³¹² Cass. civ. 1^e, 7 nov. 2006, n°05-17165 : « la reproduction intégrale d'une œuvre de l'esprit, quel que soit son format, ne peut s'analyser comme une courte citation » ; L. CASTEX, « De l'exploitation des images dans le cadre d'un service de recherche sur l'internet », RLDI, 2011, 71.

³¹³ Directive 2000/31/CE.

³¹⁴ Cour Fédérale de Justice d'Allemagne, 29 avril 2010, aff. I ZR 69/08, p. 11-12, accessible à www.bundesgerichtshof.de

³¹⁵ L. CASTEX, « De l'exploitation des images dans le cadre d'un service de recherche sur l'internet », RLDI, 2011, 71.

contradiction avec l'article 5.2 de la convention de Berne³¹⁶ et avec le droit français³¹⁷. Les juges allemands ont ainsi considéré que la demanderesse présentait une demande abusive car elle n'avait pas placé de balise dans le code source de ses images afin d'interdire le référencement et qu'elle profitait ainsi de l'amélioration du référencement. La solution allemande est cependant contraire à l'article 8.3 de la convention de Berne qui dispose que le droit d'auteur est protégé sans formalité. Or, avec ce raisonnement, les auteurs ne jouiront de leurs droits que s'ils suivent une procédure de protection de leurs œuvres. La solution française doit donc être privilégiée en Europe à moins que les États membres n'introduisent une exception pour les ancres.

178. Il n'est cependant pas forcément nécessaire d'aboutir à une modification législative. Il est en effet tout à fait concevable que les propriétaires de moteurs de recherche créent des formulaires d'adhésions leur permettant de référencer et de reproduire les œuvres que les auteurs auront mentionnés. Cet argument avait été soulevé par la Société des auteurs des arts visuels et de l'image dans un litige les opposant à la société Google³¹⁸. Ce régime d'*opt in* permettrait aux auteurs d'obtenir une rémunération pour le référencement et le stockage de leurs œuvres. Les gouvernements pourraient réunir les moteurs de recherche et faire pression sur eux comme a pu le faire le gouvernement français avec la société Google afin de créer un fonds pour la presse. Il est cependant peu probable que le gouvernement américain aille en ce sens et pour l'heure les chancelleries européennes sont restées relativement timorées, à l'exception notable de l'Espagne et de la France³¹⁹.

179. Les droits français et américain divergent donc sur l'appréhension du fonctionnement des murs d'images. Ils convergent néanmoins pour interdire la possibilité d'agrandir les images référencées.

³¹⁶ Article 5.2 de la convention de Berne.

³¹⁷ F. MACREZ, « *L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ?* », D., 2012, p. 749.

³¹⁸ CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 26 janv. 2011, SAIF c/ Stés Google France et Google Inc., n° 08/13423, www.juriscom.net ; RLDI 2011/68, n° 2244, obs. Costes L.

³¹⁹ Voir infra n°908 s.

Paragraphe 2 : Les limites à la légalité des murs d'images

180. Les moteurs de recherche proposent généralement une fonctionnalité permettant de visualiser les images qu'ils référencent sur leurs murs en taille réelle. Cela permet aux internautes de prendre connaissance d'une œuvre sans avoir besoin de se rendre sur le site d'origine. La particularité juridique des moteurs de recherche d'images est que les résultats présentés coïncident avec les ressources référencées³²⁰.

181. Cette situation s'avère pénalisante pour les auteurs car elle détourne une partie des flux qui leurs étaient destinés vers les moteurs de recherche alors même qu'elle n'incite pas à innover. En l'absence d'une incitation à l'innovation, les régimes de responsabilité limités perdent leur sens aussi bien aux Etats-Unis qu'en France. L'internaute n'a par conséquent pas besoin de se rendre sur les sites référencés afin de prendre connaissance des œuvres.

182. L'arrêt Kelly³²¹ a nuancé, pour les murs d'images, l'approche très libérale qui avait adoptée. Il a retenu que la possibilité de prendre connaissance de l'œuvre dans son format original constitue une violation du *copyright* de l'auteur. Le défendeur a en effet eu un rôle actif dans la présentation des œuvres et (1) l'utilisation des œuvres n'améliore pas la qualité du moteur de recherche, (2) le défendeur n'a pas ajouté d'expression nouvelle aux œuvres en les plaçant simplement dans un lien cadre, (3) la reproduction intégrale des images n'a pas été jugée légitime et (4) la représentation intégrale des œuvres a pour conséquence de retirer l'intérêt pour les internautes de se rendre sur le site internet du défendeur, ce qui cause un dommage économique à Kelly. L'utilisation légale des œuvres est par conséquent limitée au référencement sur les murs d'images et toute utilisation en dehors de ce cadre ne jouira pas de l'exception de *fair use*. L'intérêt d'agrandir les œuvres n'est donc pas assez important pour justifier le préjudice à l'auteur. Le test de *fair use* permet ainsi de distinguer entre les simples commodités et les utilisations nécessaires. Le droit français adopte sans surprise une solution similaire.

³²⁰ Th. MAILLARD, « *Le(s) statut(s) des moteurs de recherche* », Dalloz IP/IT, avril 2016, n°4, p. 180.

³²¹ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934, 2002 U.S. App. LEXIS 1786, 61 U.S.P.Q.2D (BNA) 1564, Copy. L. Rep. (CCH) P28,393, 2002 Cal. Daily Op. Service 1151, 2002 Daily Journal DAR 1531 (9th Cir. Cal. 2002).

183. La Cour de cassation³²² a en effet retenu que la responsabilité de la société défenderesse est engagée car elle permettait de procéder à un « agrandissement, au-delà et indépendamment des strictes nécessités d'une transmission ». La Cour de cassation converge donc, bien que sur un fondement différent car elle a eu recours à la LCEN, avec le 9^e Circuit américain sur la prise en considération de la stricte nécessité d'une transmission. La qualification d'hébergeur n'est pas non plus opposable étant donné que les images présentées sont référencées par des robots se trouvant sous le contrôle de la société propriétaire du moteur de recherche, à son initiative et sans sollicitation préalable de l'internaute³²³. Cette solution a été confirmée par la jurisprudence postérieure³²⁴.

184. La qualification de *caching* ou d'hébergeur tout comme l'exception de *fair use* doivent donc être écartées pour les murs d'images permettant l'agrandissement des images qu'ils stockent³²⁵. Les solutions française et américaine ne surprennent pas car la possibilité d'agrandissement des œuvres limite fortement le monopole des auteurs. Les deux systèmes ont donc introduit des régimes de protection visant à inciter à l'innovation, quitte à circonscrire les droits des auteurs. Ils convergent également sur le rejet du droit de représentation - et de ses équivalents fonctionnels en droit américain que sont le droit de *performance* et de *display* - car aucun arrêt n'a retenu qu'une ancre violait ces prérogatives.

185. Le monopole des auteurs se trouve donc largement maintenu malgré les exceptions de plus en plus importantes. Les ancres constitueront donc rarement des sources de revenus pour les auteurs, mais elles permettent d'assurer l'accès à la culture des internautes.

³²² Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n°11-15165, 11-15188.

³²³ Th. MAILLARD, « *Le(s) statut(s) des moteurs de recherche* », Dalloz IP/IT, avril 2016, n°4, p. 181.

³²⁴ TGI Paris, 17^e ch., 6 novembre 2013, Max M. c. Google France, Google Inc., rejetant la qualité de service d'hébergement du service Google Images car il avait la connaissance et le contrôle sur les informations stockées.

³²⁵ P. SIRINELLI, « *Chronique de jurisprudence* », RIDA, octobre 2012, 234, p. 533.

Chapitre 2 : La protection des intérêts du public grâce aux ancres

186. Le droit d'auteur et le *copyright* conservent les stigmates d'approches technicistes qui ont profondément marqué leurs contours. L'Union Européenne est allée plus loin que les Etats-Unis dans ce mouvement techniciste en établissant une réglementation *ad hoc* des bases de données qui a vocation à s'appliquer notamment aux ancres de liens (Section 1).

187. La France est en revanche allée plus loin que les Etats-Unis dans la conception romantique du droit d'auteur en conférant des droits moraux qui auront vocation à s'appliquer aux hyperliens (Section 2).

Section 1 : La création d'une base de données ou d'une *compilation* par les liens

188. Les bases de données de liens s'avéreront particulièrement utiles pour les internautes afin qu'ils ne se perdent pas dans le dédale de l'internet. Il est fait recours aux bases de données dans tous les domaines d'activité. Elles s'avèrent être des outils indispensables à la recherche, à la culture et à la science. Les bases de données sont au carrefour de nombreux intérêts économiques, scientifiques et culturels et sont de la plus haute importance pour les sociétés occidentales³²⁶. L'accès aux bases de données est donc fondamental pour les sociétés de la connaissance. Concomitamment, les producteurs de bases de données ont besoin d'un régime juridique leur permettant d'assurer un retour sur investissement afin de continuer la création et le développement des bases de données. Les internautes et les producteurs ont donc des intérêts en conflit.

189. Ce conflit interroge sur le contour à donner au droit d'auteur et au *copyright*. En effet, les contenus des bases de données peuvent n'être que des informations brutes non protégeables. Le risque est ainsi de favoriser le monopole économique des créateurs de bases

³²⁶ National Research Council, « *Committee for a Study on Promoting Access to Scientific and Technical Data for the Public Interest, a Question of Balance : Private Rights and the Public Interest in Scientific and Technical Databases* », The National Academies Press, 1999, accessible à <http://www.nap.edu/books/0309068258/html/> (dernier accès : 8/08/2015).

de données et de limiter ainsi l'accès aux informations. Une société mettant un prix sur l'information instaure de ce fait un frein à leur libre circulation, ce qui risque d'entraîner un appauvrissement intellectuel ainsi qu'une forte limite à la recherche³²⁷. Un juste équilibre doit être trouvé entre la protection des intérêts économiques et la juste rémunération des investissements financiers et humains d'un côté, et la libre circulation des idées et des informations de l'autre.

190. La fonctionnalité des hyperliens constitue en revanche une aubaine pour les chercheurs et les créateurs de bases de données qui y trouvent un moyen supplémentaire de lier des bases de données entre elles³²⁸. Cela permet d'améliorer l'accès aux informations. Les liens se trouvent donc mêlés au conflit entre la libre circulation des informations - dans la mesure où ils facilitent leur accès - et les intérêts économiques liés à la constitution des bases de données car ils peuvent causer une perte de revenus pour le producteur. Les hyperliens permettent donc la création de bases de données numériques et peuvent également constituer des bases de données.

191. La convention de Berne³²⁹ avait déjà intégré la nécessité de la protection des anthologies dès 1886³³⁰ qui constituent une forme de base de données. Cette solution pouvait apparaître satisfaisante à la fin du 19^e siècle mais l'avènement du numérique et le développement de la société de la connaissance ont provoqué un regain d'intérêt pour la protection des bases de données. Les accords ADPIC³³¹ ont ainsi permis en 1994 la protection des bases de données à l'échelle mondiale. Le traité ADPIC ne change pas la substance de la

³²⁷ P. SAMUELSON, « *Challenges in Mapping the Public Domain - Threats and Opportunities* », 66 *Law & Contemp. Probs.* 147, hiver-printemps 2003 ; S. DUSSOLIER, « Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public », OMPI, 30 avril 2010, p. 14.

³²⁸ National Research Council, « *Committee for a Study on Promoting Access to Scientific and Technical Data for the Public Interest, a Question of Balance : Private Rights and the Public Interest in Scientific and Technical Databases* », The National Academies Press, 1999, 34, accessible à <http://www.nap.edu/books/0309068258/html/> (dernier accès : 8/07/2015).

³²⁹ Article 2.5 de la convention de Berne : « les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils ».

³³⁰ E. BATALLER I RUIZ, « *El Derecho Sui Generis sobre Bases de Datos – Génesis, Evolución y Perspectivas* », Thomson Reuters, 2009, p. 53.

³³¹ Article 10.2 de l'accord ADPIC : « les compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes ».

convention de Berne mais ses dispositions s'avèrent plus précises en ce qu'elles disposent explicitement qu'une base de données numérique peut être protégée.

192. Par la suite, en 1996, le traité OMPI a inclus la protection des compilations et des bases de données. Le critère de protection était l'originalité et aucun régime dérogatoire n'était prévu. Ainsi, le mouvement international de protection des bases de données s'avère limité par le recours au critère de l'originalité alors que de nombreuses bases de données ne font pas preuve d'originalité et ne pourront donc pas bénéficier de la protection par le droit d'auteur. L'OMPI a par conséquent annoncé qu'elle allait continuer ses travaux afin de proposer un traité international relatif à la protection des bases de données³³² et ce, malgré l'échec d'un accord en 1996³³³ et en 2002³³⁴ dû notamment à l'opposition des cercles scientifiques. Les États membres - dont la France et les États-Unis - sont donc pour le moment simplement tenus d'appliquer le droit d'auteur aux compilations originales.

193. La règle de l'originalité est comprise de façon relativement similaire³³⁵ en Europe et aux États-Unis. Le critère de protection est l'empreinte de la personnalité³³⁶ en droit européen alors que le droit américain applique le critère de l'originalité³³⁷ - qui se définit comme la création indépendante dotée au moins d'un *quantum* modeste de créativité³³⁸. La différence d'approche n'a que de rares conséquences³³⁹. Les juges donc rencontrent des difficultés

³³² OMPI Doc. CRNR/DC/88, 20 décembre 1996.

³³³ OMPI, « Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », CRNR/DC/100, 20 décembre 1996, p. 1.

³³⁴ Lors de la session de 2002 il a été fait remarqué que l'introduction d'une protection sui generis serait superflue étant donné que d'autres mécanismes juridiques permettent d'assurer la réservation des bases de données et qu'une telle protection freinerait le développement des pays du Sud. Voir OMPI, « Étude sur la protection des bases de données non originales », SCCR/7/3, 13-17 mai 2002. Les sessions suivantes des 7 et 9 juin 2004 et des 21 et 23 novembre 2005 n'ont pas permis de trouver un accord.

³³⁵ K. HARIANI, A. HARIANI, « *Analyzing 'Originality'*, in *Copyright Law : Transcending Jurisdictional Disparity* », 51 IDEA 491, 2011.

³³⁶ CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, Infopaq : Comm. com. électr. 2009, comm. 97, C. Caron ; JCP G 2009, n° 39, note L. Marino ; Propr. intell. 2009, n° 33, p. 378, obs. V.-L. Bénabou ; RIDA 2010, n° 226, p. 401, obs. P. Sirinelli.

³³⁷ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 111 S.Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (1991).

³³⁸ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 111 S.Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (1991).

³³⁹ Pour la divergence sur la protection des titres en France et l'absence de protection aux États-Unis voir n°110 s.

similaires dans l'application du droit d'auteur et du *copyright* à cause des particularités des bases de données³⁴⁰. Face à cette difficulté, les jurisprudences ont réagi de façons différentes.

194. En Europe, la CJUE³⁴¹ a introduit un critère unique - en retenant le même critère de l'originalité dans les directives 91/250, 96/9, 2001/29/CE et 2006/116³⁴² - pour les œuvres des beaux arts et les bases de données comme l'a fait l'arrêt *Feist*³⁴³ aux Etats-Unis³⁴⁴.

195. Bien qu'ils soient particulièrement bas, les seuils d'originalité font obstacle à la protection de nombreuses bases de données. L'union Européenne a par conséquent instauré - à l'inverse des États-Unis - un régime *ad hoc* de protection des bases de données visant à mettre fin aux distorsions dans le commerce entre les États membres et à protéger les intérêts financiers des investisseurs ainsi que ceux des utilisateurs³⁴⁵. Elle visait aussi à compenser l'abandon de la théorie de la *sweat of the brow* en Angleterre qui assurait la protection des bases de données³⁴⁶. L'article 1.2 directive définit la base de données comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière ». La directive a été transposée en droit français dans la loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998. L'article L. 112-3 alinéa 2³⁴⁷ du Code de la propriété intellectuelle a repris quasiment mot pour mot les termes de la directive. Cette définition est très large et pourrait avoir pour

³⁴⁰ A. LUCAS, « « Droits des producteurs de bases de données », JCl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1650, 17 mai 2015, 11.

³⁴¹ CJCE, 4^e ch., 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S Danske Dagblades Forening*.

³⁴² CJCE, 4^e ch., 16 juillet 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S Danske Dagblades Forening*, 35.

³⁴³ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358, 1991 U.S. LEXIS 1856, 18 U.S.P.Q.2D (BNA) 1275, 59 U.S.L.W. 4251, Copy. L. Rep. (CCH) P26,702, 91 Cal. Daily Op. Service 2217, 121 P.U.R.4th 1, 91 Daily Journal DAR 3580, 18 Media L. Rep. 1889, 68 Rad. Reg. 2d (P & F) 1513 (U.S. 1991).

³⁴⁴ Pour la jurisprudence américaine en revanche trois éléments sont réunis, à savoir l'assemblage d'éléments préexistants, de faits ou de données ; la sélection, la coordination ou l'arrangement de ces éléments et la création par sélection, coordination, arrangement, d'une œuvre originale. Le second élément est considéré comme le critère clé.

³⁴⁵ Commission européenne, « *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases* », 12 décembre 2005, p.4, accessible à http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf (dernière visite: 7/07/2014).

³⁴⁶ P.J. CARDINALE, « *Sui Generis Database Protection : Second Thoughts in the European Union and What it Means for the United States* », 6 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 157, printemps 2007, 157-158.

³⁴⁷ « On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

conséquence de placer toutes les bases de données dans le giron de la directive. Le législateur européen a cependant introduit un critère supplémentaire.

196. La protection *sui generis* n'est accordée qu'aux bases de données qui sont le fruit d'un investissement substantiel de la part du producteur. L'investissement doit être financier, matériel ou humain et doit s'avérer substantiel³⁴⁸. Il s'agit donc d'un droit de économique³⁴⁹, portant sur l'interdiction de l'extraction ou de la réutilisation du contenu de la base³⁵⁰, et visant à protéger les investissements³⁵¹ des producteurs de la base de données et non pas des éléments qu'elle contient. Cette approche est étrangère au droit commun du droit d'auteur ainsi qu'au *copyright* américain. La directive 96/9/CE introduit donc une logique nouvelle qui renverse des siècles d'évolution du droit d'auteur. En effet, la lettre de Louis XVI du 6 septembre 1776³⁵² retenait que l'acte créatif est prééminent par rapport à l'investissement financier et les droits français et américain se sont inscrits dans cette approche. Le droit *sui generis* des bases de données constitue donc une excroissance surprenante du droit d'auteur tendant vers les droits de propriété industrielle³⁵³. C'est la raison pour laquelle la réglementation *sui generis* a été placée, au sein du Code de la propriété intellectuelle, à la fin du livre sur le droit d'auteur comme une transition vers les droits de propriété industrielle. Le législateur italien a adopté une approche philosophiquement similaire en plaçant les dispositions relatives à la protection *sui generis*³⁵⁴ à la suite de celles concernant le droit commun du droit d'auteur³⁵⁵ et avant les articles concernant notamment les mesures techniques de protection³⁵⁶.

³⁴⁸ Article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle ; M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *op. cit.*, p. 200, 208.

³⁴⁹ Commission des Communautés Européennes, « Livre vert : Le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information », 19 juillet 1995, Com (95) 382 final, 84.

³⁵⁰ Article L. 341-1 s. du Code de la propriété intellectuelle.

³⁵¹ C. LE GAL, N. MARTIN, « *Droit des bases de données et parasitisme* », RLDI, janvier 2006, n°339, p. 13.

³⁵² F. Rideau « *Commentary on the La Fontaine case (1761)* », in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently & M. Kretschmer, 2008.

³⁵³ La réglementation *sui generis* a par ailleurs été placée, au sein du Code de la propriété intellectuelle, à la fin du livre sur le droit d'auteur comme une transition vers les droits de propriété industrielle.

³⁵⁴ *Titolo II bis - Disposizioni sui diritti del titolare di una banca di dati* (artt. 102-bis - 102-ter).

³⁵⁵ *Titolo I - Disposizioni sul diritto d'autore* (artt. 1 - 71-decies) *Titolo II* (artt. 72 - 102).

³⁵⁶ *Titolo II ter - Misure tecnologiche di protezione. Informazioni sul regime dei diritti* (artt. 102-quater - 102-quinquies).

197. Les Etats-Unis ont en revanche connu une évolution opposée au droit européen. En effet, alors qu'ils protégeaient initialement les œuvres dont la création était le fruit d'une « *sweat of the brow*³⁵⁷ » comme au Royaume-Uni - c'est à dire des efforts de l'auteur sans considération pour l'originalité - l'arrêt *Feist*³⁵⁸ a introduit le critère de l'originalité pour la protection des œuvres et a par conséquent écarté la théorie de la sueur du front. Le critère de l'originalité est désormais considéré comme un fondement constitutionnel. Le droit européen a donc connu un mouvement inverse à celui du droit américain en limitant initialement la protection aux œuvres originales puis en ajoutant une autre forme de protection aux bases de données indépendamment de leur originalité. En effet, suite à l'introduction d'un critère harmonisé de l'originalité, le législateur européen a voulu ne pas faire perdre toute protection aux créations protégées dans les pays de *common law* par cette théorie³⁵⁹. Il ne s'agit cependant pas d'un équivalent exact étant donné que le seuil de protection de la directive européenne s'avère plus élevé que celui de la *sweat of the brow*.

198. Cette divergence entre les droits européen et américain n'est pas prête de se résorber. Certains projets ont tenté d'introduire en droit américain des réglementations permettant de protéger plus largement les bases de données. Le premier projet dit HR 354³⁶⁰ a été introduit par le *House Judiciary Committee* par le député Coble en 1999 et visait à interdire les utilisations pouvant causer des dommages au marché du producteur ou à des marchés dérivés. Le second projet est dit HR 1858³⁶¹ a été introduit par le député Bliley en 1999 et visait à autoriser toutes les utilisations de bases de données à l'exception des usages commerciaux en situation de concurrence directe avec une base de données originale. Le Congrès a rejeté les deux propositions de lois. Il est peu probable qu'un changement intervienne malgré la condition de réciprocité que la directive Européenne³⁶² a introduit pour la protection des bases

³⁵⁷ « La sueur du front » (Traduction libre).

³⁵⁸ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358, 1991 U.S. LEXIS 1856, 18 U.S.P.Q.2D (BNA) 1275, 59 U.S.L.W. 4251, Copy. L. Rep. (CCH) P26,702, 91 Cal. Daily Op. Service 2217, 121 P.U.R.4th 1, 91 Daily Journal DAR 3580, 18 Media L. Rep. 1889, 68 Rad. Reg. 2d (P & F) 1513 (U.S. 1991).

³⁵⁹ Commission européenne, « *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases* », 12 décembre 2005, p.9, accessible à http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf (dernière visite: 7/07/2014).

³⁶⁰ *Collections of Information Antipiracy Act*, 19 janvier 1999.

³⁶¹ *Consumer and Investor Access to Information Act*, 19 mai 1999.

³⁶² Article 11.1 de la directive 96/9/CE.

de données. Les Etats-Unis ne reproduiront pas pour les bases de données ce qu'ils ont fait pour la durée de la protection des œuvres³⁶³ lorsqu'ils ont copié le modèle européen³⁶⁴.

199. Les différents régimes de protection se limitent cependant au contenu de la base de données. La protection est accordée à la contribution du producteur de la base de données et les contenus préexistants à la base de données bénéficient ainsi d'une double protection par le droit *sui generis* et par le droit d'auteur s'il s'agit d'œuvres marquées par l'empreinte de la personnalité de leurs auteurs. C'est ainsi l'arrangement qui est protégé et non le contenu³⁶⁵ qui reste la propriété de l'auteur original³⁶⁶. Cela permet de ne pas permettre d'appropriation du travail d'autrui ni de créations ou de données relevant du domaine public. Cela étant, bien que les producteurs de bases de données ne bénéficient d'aucun droit de propriété sur les contenus qu'ils intègrent, ils jouissent d'un contrôle sur l'accès aux œuvres.

200. Certains sites internet proposent des listes de liens organisées qui sont le fruit d'investissements substantiels et qui peuvent également faire preuve d'originalité. Ces listes peuvent bénéficier d'une protection (Sous-Section 1). Leur utilisation par des tiers sera par conséquent limitée (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : La création manuelle ou automatique d'une liste de liens

201. Lors de la rédaction de la convention de Berne en 1886 la question n'était pas encore soulevée de savoir si une entité autre qu'humaine pouvait bénéficier d'un droit de propriété intellectuelle. Le droit d'auteur, le droit *sui generis* et le *copyright* s'appliquent donc, selon des critères différents, aux créations humaines et par conséquent aux listes de liens créées manuellement (Paragraphe 1).

202. Le développement de formes d'intelligences artificielles avec la création d'algorithmes oblige à repenser le rapport à la création dans la mesure où les créateurs automatiques de liens

³⁶³ *Copyright Term Extension Act*.

³⁶⁴ M. LANDAY, « *Fitting United States Copyright Law Into The International Scheme : Foreign And Domestic Challenges To Recent Legislation* », 23 Ga. St. U. L. Rev. 847, été 2007, 859.

³⁶⁵ L. Lee Stapleton, « *E-Copyright Law Handbook* », Aspen Publishers, 2003, § 10.02[B].

³⁶⁶ Article 3 de la directive 96/9/CE ; 17 U.S.C. §201(c).

sont en mesure d'établir des listes raisonnées de liens (Paragraphe 2). L'application du droit d'auteur, du droit *sui generis* ainsi que du *copyright* pose ici plus de difficultés. Le droit est cependant réfractaire à l'idée qu'une entité non humaine puisse jouir de droits.

Paragraphe 1 : La constitution manuelle d'une liste d'ancres

203. Les bases de données peuvent bénéficier en Europe et aux États-Unis de la protection par le droit d'auteur et le *copyright* (I). En revanche, le droit *sui generis* est limité aux bases de données produites sur le territoire européen (II). Les deux protections sont cumulables mais elles s'appliquent à des éléments différents.

I) La protection d'une base de données par le droit d'auteur et le *copyright*

204. Les juges français et américains ont eu l'occasion de se prononcer sur la protection d'une base de données par le droit d'auteur et il ont pu protéger ces créations lorsqu'elles s'avéraient originales.

205. Le droit européen applique le droit d'auteur aux œuvres qui « constituent une création intellectuelle propre à leur auteur³⁶⁷ » et a donc adapté le critère de l'originalité aux bases de données. Les bases de données bénéficient donc d'une conception minimaliste³⁶⁸ de l'originalité. La méthode contraste avec celle adoptée aux États-Unis car la jurisprudence a établi le standard de l'originalité dans l'arrêt *Feist*³⁶⁹ concernant la protection des bases de données. Il n'y a donc pas de distinction entre le régime de protection des œuvres relevant du droit commun et les bases de données. Le droit européen requière par conséquent des auteurs

³⁶⁷ Article 3 de la directive 96/9/CE.

³⁶⁸ G. KOUMMANTOS, « *Les bases de données dans la directive communautaire* », RIDA 1/1997, p. 93.

³⁶⁹ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358, 1991 U.S. LEXIS 1856, 18 U.S.P.Q.2D (BNA) 1275, 59 U.S.L.W. 4251, Copy. L. Rep. (CCH) P26,702, 91 Cal. Daily Op. Service 2217, 121 P.U.R.4th 1, 91 Daily Journal DAR 3580, 18 Media L. Rep. 1889, 68 Rad. Reg. 2d (P & F) 1513 (U.S. 1991).

d'apporter la preuve de l'existence d'un apport intellectuel³⁷⁰, c'est à dire un effort personnalisé dépassant la mise en œuvre d'une logique contraignante³⁷¹ ». Le critère est donc assez similaire à celui retenu dans l'arrêt Feist du niveau minimal de créativité. La convergence souligne la nécessité d'adapter le régime applicable pour les bases de données qui ne constituent que la petite monnaie du droit d'auteur³⁷².

206. Dès lors, si une liste de liens est originale, elle se verra appliquer les protections du droit d'auteur³⁷³ ou du *copyright*³⁷⁴. Les jurisprudences des deux pays vont en effet dans ce sens. La Cour de cassation a retenu dans l'arrêt Xooloo³⁷⁵ qu'une liste d'adresses URL peut être protégée par le droit d'auteur lorsque leur sélection est le fruit de « choix éditoriaux personnels ». Les juges ont donc appliqué le critère des choix arbitraires, conformément à la jurisprudence traditionnelle en matière de bases de données, afin de retenir qu'une liste est protégée par le droit d'auteur. Or, étant donné qu'un hyperlien est constitué d'une adresse URL, il est possible de procéder à une analogie et de retenir qu'une liste de liens constitue une liste d'adresses URL. Il en résulte qu'une liste de liens peut être protégée par le droit d'auteur dès lors qu'elle est le fruit de choix éditoriaux. Le seuil de protection est tellement bas qu'il inclut des œuvres qui sont loin de celles auxquelles avait pensé le législateur révolutionnaire. Il nous semble en effet difficile de défendre l'idée qu'une liste de liens puisse constituer la propriété la plus sacrée à laquelle se référait Le Chapelier. La solution sera similaire en droit américain, ce qui posera moins de difficulté étant donné que le *copyright* n'a pas intégré de dimension jusnaturaliste. L'arrêt *Key Publications, Inc. v. Chinatown Today Publishing Enterprises, Inc.*³⁷⁶ a retenu qu'une liste de coordonnées de sociétés se trouvant dans le quartier Chinatown à New York s'avérait originale car elle était le fruit de choix arbitraires³⁷⁷.

³⁷⁰ CA Paris, 4e ch., 15 janv. 1997 : JurisData n° 1997-022369 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 2014, n°12-27691.

³⁷¹ A. LUCAS, « *Droit des producteurs des bases de données* », 1^{er} mars 2016, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1650, 11.

³⁷² C. BERNAULT, « *Objet du droit d'auteur* », Jurisclasseur propriété littéraire et artistique, fasc. 1135, 59.

³⁷³ M. VIVANT, « *La protection des liens hypertextes* », Lamy droit du numérique, 2015, 2268.

³⁷⁴ 49 Fed. Comm. L.J. 731 ; Matt Jackson, « *Linking Copyright to Home Pages* », 49 FED. COMM. L.J. 731, 1997, 742.

³⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 2014, n° de pourvoi : 12-25900.

³⁷⁶ *Key Pubs., Inc. v. Chinatown Today Publ'g Enters.*, 945 F.2d 509, 1991 U.S. App. LEXIS 22250, 20 U.S.P.Q.2D (BNA) 1122, Copy. L. Rep. (CCH) P26,804, 19 Media L. Rep. 1302 (2d Cir. N.Y. 1991).

³⁷⁷ Le Deuxième Circuit utilise le terme de *judgment*.

Il en ira de même lorsqu'une liste de liens est le fruit d'une sélection arbitraire³⁷⁸. Les droits français et américain convergent donc sur le principe de la protection des bases de données de liens dès lors qu'il existe un degré minimal d'originalité dans la composition.

207. Cette solution permet aux internautes d'interdire la reproduction et la représentation de leurs bases de données ou de leurs *compilations* par des tiers. Cela n'empêche cependant pas d'utiliser les listes de liens étant donné que le droit d'auteur et le *copyright* n'interdisent que des actes de reproduction et de représentations - ou leurs équivalents fonctionnels en droit américain - et n'empêchent pas la lecture d'une œuvre. L'application du droit de la propriété littéraire et artistique constituera en revanche une difficulté pour les internautes souhaitant reproduire les bases de données. Les exceptions de citation³⁷⁹ et de revue de presse permettront cependant de reproduire un lien ou un petit groupe de liens. Cela facilitera le référencement des pages et donc des œuvres sur internet.

208. Les pages seront d'autant plus facilement accessibles que les internautes bénéficieront de listes ciblées autour de thématiques précises qui leur permettront de ne pas se perdre dans les milliards de pages que comprend la toile. Eu égard à l'accroissement exponentiel de la toile, il est nécessaire d'inciter les internautes à créer des bases de données ou des compilations de liens. Les régimes de protection par le droit d'auteur et le *copyright* doivent donc être approuvés.

209. Cette convergence des deux systèmes sécurise les internautes qui ne se trouvent confrontés qu'à une seule règle. Il n'en ira pas de même pour les bases de données protégées par le droit *sui generis*.

II) La protection par le droit *sui generis*

210. Les Etats-Unis ont refusé³⁸⁰, à l'inverse de l'Union Européenne, d'introduire une réglementation *sui generis* des bases de données. Il était pourtant possible de l'introduire en se

³⁷⁸ M. JACKSON, « *Linking to Copyright Homepages* », 49 Fed. Comm. L.J. 731, avril 1997, p. 755.

³⁷⁹ Article 10 de la convention de Berne.

³⁸⁰ Voir le rejet des projets HR 354 et HR 1858.

fondant non pas sur la *Copyright Clause* de la Constitution mais sur la *Commerce Clause*³⁸¹ étant donné que la protection du *copyright* est fondée sur le critère d'originalité depuis l'arrêt Feist. La Cour Suprême ne devrait *a priori* pas s'opposer à une telle réglementation dès lors qu'elle est justifiée par le Congrès par un intérêt impérieux³⁸². La Cour Suprême est en général assez accueillante et ne devrait pas opposer de difficultés particulières. Malgré les faibles difficultés auxquelles serait confronté le législateur américain il est très peu probable qu'il vote une réglementation similaire à celle en vigueur au sein de l'Union Européenne.

211. En effet, il a été constaté que la directive a un effet économique limité - voire inexistant³⁸³. Elle n'aurait en effet constitué qu'un feu de paille sans conséquence durable³⁸⁴. En outre, la protection d'une base de données par un droit *sui generis* comparable à celui introduit au sein de l'Union Européenne pourrait s'avérer contraire au premier amendement de la Constitution des Etats-Unis protégeant la liberté d'expression³⁸⁵. Enfin, les risques pesant sur la dissémination des informations scientifiques rebutent la doctrine américaine³⁸⁶.

212. Il n'est cependant pas évident que la protection *sui generis* européenne représente un frein plus important à l'accès aux informations que les protections techniques ou les montages contractuels des créateurs de bases de données américaines. Au contraire, le critère d'extraction substantielle des données s'avère plus favorable au public que la conception stricte des mesures techniques que ce même public ne peut contourner. Les producteurs de bases de données disposaient donc sans doute de moyens juridiques à leur disposition plus efficaces encore afin d'assurer la protection de leurs intérêts avant même l'introduction de la directive 96/9/CE. La divergence avec le droit européen, et par conséquent le droit français, est donc profonde, étant donné que le droit américain n'a pas concédé un droit hybride entre

³⁸¹ Le Congrès américain a déjà fondé la réglementation relative à la protection des artistes interprètes sur la Commerce clause. Voir D. OLIAR, « Constitutional Challenges To Copyright : Resolving Conflicts Among Congress' Powers Regarding Statutes Constitutionality : The Case of Anti-Bootlegging Statutes », 30 Colum. J.L. & Arts 467, printemps 2007.

³⁸² « Compelling » (traduction libre). Voir T.J. SLATTERY, « The Dormant Commerce Clause : Adopting A New Standard And A Return To Principle », 17 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 1243, 1259.

³⁸³ Commission Européenne, « First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases », 12 décembre 2005, p. 5.

³⁸⁴ S. E. TROSON, « *Sui generis Database Legislation : a Critical Analysis* », Yale Journal of Law & Technology, 2005.

³⁸⁵ Patent and Trademark Office Report, « Report on Recommendations from the April 1998 Conference on Database Protection and Access Issues », juillet 1998, accessible à <http://www.uspto.gov/ip/events/database/dbase498.jsp> (dernier accès: 2/11/2014).

³⁸⁶ S. E. TROSON, « *Sui generis Database Legislation : a Critical Analysis* », Yale Journal of Law & Technology, 2005.

le droit d'auteur et la propriété industrielle qui n'a pas fait ses preuves. Néanmoins, la rigidité des conditions d'application du droit *sui generis* permettent de limiter ces différences.

213. En effet, dans la saga M6, le Tribunal de Grande Instance³⁸⁷ de Paris, puis la Cour d'appel de Paris³⁸⁸, ont retenu que la liste de liens menant vers des vidéos n'était pas le fruit d'un investissement substantiel. Les juges ont retenu que les bases de données qui sont le fruit d'investissements concernent la création et la maintenance des sites, et non pas la « mise en œuvre des tâches de sélection, d'indexation, de tri par genre, de classement par date, horaire ou titre, et plus généralement d'organisation et de mise à jour », ne jouissent pas de la protection *sui generis*. Les juges se sont donc écartés du premier état³⁸⁹ de la jurisprudence qui ne distinguait pas entre les investissements relatifs à la création des éléments de la base de données et ceux concernant l'organisation de la base.

214. La solution de la saga M6 s'avère néanmoins classique car elle reprend le raisonnement que la CJCE a adopté dans ses quatre arrêts du 9 novembre 2004³⁹⁰. Les juges avaient retenu que les investissements au sens de la directive sur les bases de données concernent « la recherche d'éléments existants [...] et leur rassemblement », et non pas leur création³⁹¹. Cette solution permet d'établir un seuil de protection relativement élevé en écartant les investissements dédiés à la création de contenus. Cela permet de n'attribuer un droit qu'aux bases qui sont le fruit d'un véritable effort de création. On retrouve ici une approche inspirée de la théorie de la *sweat of the brow* bien que le seuil de protection soit plus élevé que dans l'ancien état du droit anglais³⁹².

³⁸⁷ TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 18 juin 2010, *legalis*.

³⁸⁸ CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 27 avril 2011, *legalis*.

³⁸⁹ CA Paris, 4^e ch., 20 mars 2002 : PIBD 2002, III, p. 331 ; TGI Paris, 3^e ch., 25 avr. 2003 : D. 2003, p. 2819, obs. C. Le Stanc.

³⁹⁰ CJUE, 9 novembre 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd. c. William Hill Organization Ltd.* ; C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Organismos Pronostikon* ; C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus AB* ; C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB*.

³⁹¹ CJUE, 9 novembre 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd. c. William Hill Organization Ltd.*, point 31. Voir également CJCE, 4^e ch., 9 octobre 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH c. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, 47.

³⁹² Pour une explication de la théorie de la *sweat of the brow* anglaise voir C. HANDIG, « *The 'Sweat of the Brow' is not enough ! - more than a blueprint of the European Copyright Term 'Work'* », *European Intellectual Property Review*, 2013.

215. Les droits français et américain convergent donc partiellement étant donné que le droit *sui generis* requière un seuil relativement élevé d'investissement, ce qui écartera de la protection un nombre important de bases de données.

216. Malgré ce seuil de protection relativement élevé, le Tribunal de commerce de Paris³⁹³ a, dans l'affaire dite Xooloo, eu l'occasion de retenir qu'une liste d'adresses URL constituait une base de données. La solution aura vocation à s'étendre aux liens étant donné qu'ils sont composés d'une adresse URL. En l'espèce une liste dite blanche relevait les sites autorisés aux mineurs. Le Tribunal a retenu que l'investissement financier s'élevait à plusieurs millions de francs et incluait un investissement humain à hauteur de 1.959.000 francs. L'arrêt souligne que l'investissement était aussi qualitativement important en raison des efforts de promotions effectués, de la chaîne de traitement des données, du travail de classement et de tri. L'investissement humain, financier et intellectuel s'avéraient donc substantiels. Cette solution est cohérente avec les termes larges de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 qui permettent d'inclure tous les types de base de données.

217. Les juges français pourront donc, lorsqu'ils seront confrontés à des bases de données de liens, s'inspirer du jugement Xooloo ainsi que de la jurisprudence allemande qui applique également la directive 96/9/CE relative au droit *sui generis*. En effet, le Tribunal de Première Instance de Cologne³⁹⁴ a eu l'occasion de se prononcer, dans l'arrêt Kidnet.de v. Babynet.de, sur la question de la protection par le droit *sui generis* des bases de données lors de la constitution d'une liste de liens. Il a été retenu que le critère de l'investissement substantiel avait été respecté dans la mesure où le créateur de la base de liens avait contrôlé et vérifié des pages liées et que l'ensemble des liens constituait une base de données protégeable. Le droit allemand a donc appliqué la protection du droit *sui generis* à une base de données composée de liens. Les États membres de l'Union Européenne appliquent par conséquent la protection *sui generis* aux bases de données composées de liens. Cette solution est cohérente avec la directive 96/9/CE dans la mesure où elle est indifférente aux contenus des bases de données³⁹⁵ et peut par conséquent inclure des adresses URL ou des liens. La consultation de l'internet

³⁹³ TC Paris, 19^e ch., 17 décembre 2009, Xooloo c. Optenet Center, Optenet, France Telecom, legalis, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2825 (dernier accès 2/11/2014).

³⁹⁴ Landgericht Köln, Aug. 25, 1999, accessible à http://www.netlaw.de/urteile/lgk_14.htm.

³⁹⁵ M. VIVANT, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », Recueil Dalloz, 1995, p. 197.

n'est donc pas limitée par le droit *sui generis*. Les droits européen et américain n'ont donc pas limité l'accessibilité des contenus sur internet.

218. La protection des bases de données constituée manuellement ne soulève *in fine* que des questions d'application du droit commun du droit d'auteur et du *copyright* ainsi que du droit *sui generis* à l'internet. La protection de listes constituées par un algorithme soulève en revanche des problématiques nouvelles.

Paragraphe 2 : La création automatique d'une liste d'ancres

219. Les moteurs de recherches créent en permanence des listes de liens en fonction des recherches effectuées par les internautes. Une liste est donc créée par le renseignement de mots clés qui indiquent à l'algorithme du moteur de recherche quels éléments chercher. Les recherches sont effectuées en fonction de plusieurs critères tels que l'historique des recherches de l'internaute ou la popularité des recherches. Le droit commun du droit d'auteur et du *copyright* ne protègent pas de telles listes (I) mais le droit *sui generis* ainsi que le droit de la responsabilité délictuelle pourront avoir vocation à les protéger (II).

I) L'absence de protection des listes constituées par des algorithmes en droit commun

220. Lors de la rédaction de la convention de Berne en 1886 il paraissait évident que seule une personne humaine pouvait créer une œuvre. Le développement des algorithmes soulève désormais la question de la définition de l'auteur et de l'extension de cette notion aux machines et aux algorithmes.

221. La création d'une liste de lien par un algorithme ne satisfait pas aux critères d'originalité du droit d'auteur ni du *copyright*. Un algorithme est en effet incapable d'effectuer des choix arbitraire indépendamment des commandements techniques auxquels ils

sont soumis. Il y a donc lieu de déduire des critères de protection du droit d'auteur qu'un algorithme ne peut être un auteur. Cette solution irait dans le sens de l'arrêt rendu par le 15 janvier 2015³⁹⁶ par la première chambre civile de la Cour de cassation qui a retenu que seule une personne physique peut être l'auteur d'une œuvre. Il y a donc lieu de retenir que seule une personne humaine peut être auteur d'une œuvre. Le droit américain présente l'avantage, par rapport au droit européen, d'avoir explicitement pris position sur cette question. En effet, le *Copyright Office* a retenu à la section 306 de son *compendium*³⁹⁷ - qui n'a certes pas valeur obligatoire - que le *copyright* ne peut naître que sur la tête d'êtres humains. La section 313.2 du *compendium* exclue en outre expressément du *copyright* les résultats des activations des machines ou des procédés mécaniques qui opèrent sans aucune créativité provenant d'une personne humaine. Une liste de liens créée par un algorithme ne pourra donc pas être protégée par le *copyright*. La solution américaine - qui converge vers celle en vigueur en France - présente néanmoins l'avantage de la clarté et permet de limiter l'application du droit aux êtres humains.

222. Il nous semble que cette solution n'aura pas vocation à être modifiée malgré l'amélioration des capacités cognitives des machines. En effet, certaines sont d'ors et déjà capables d'apprendre par elles-mêmes. Il est donc possible qu'un algorithme finisse par créer une liste de liens originale. Cependant, le droit vise à réglementer les relations interpersonnelles entre des êtres humains. Or, les algorithmes ne servent qu'à renforcer ces relations et ne les substituent pas. Il n'y a donc pas lieu de considérer que leurs créations originales naîtront dans leurs mains mais dans celles de leurs propriétaires. La seule question qui restera à trancher - et à laquelle nous répondons par la négative - sera de savoir si nous souhaitons conférer des droits aux machines³⁹⁸.

223. Les algorithmes n'ont pas encore de personnalité leur permettant de créer des œuvres originales ce qui exclut par principe l'application du droit d'auteur et du *copyright*. En revanche, le droit *sui generis* sur les bases de données n'a pas introduit un tel critère et pourrait s'avérer plus accueillant.

³⁹⁶ Cass. civ. 1^e, 15 janvier 2015, n°13-23566.

³⁹⁷ U.S. Copyright Office, « *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* », 3^e édition, 22 décembre 2014.

³⁹⁸ Pour un avis contraire : Voir A. BENSOUSSAN, « *Droit des robots : science-fiction ou anticipation ?* », D. 2015, 1640.

II) La protection des listes de liens

224. Les moteurs de recherche peuvent protéger les résultats produits par les algorithmes par le droit *sui generis* (A) ainsi que par le droit civil (B).

A) La protection des listes de liens par le droit *sui generis*

225. Dès lors que le *copyright* américain ne s'applique pas à une œuvre créée par un algorithme, aucune autre protection ne permettra à quiconque de la réserver. Au sein de l'Union Européenne en revanche aucune règle ne s'oppose *a priori* à ce que les producteurs de bases de données jouissent du droit *sui generis*.

226. Aucun arrêt n'a cependant tranché la question de l'application du droit *sui generis* à la liste de résultats proposée par un moteur de recherche. Certains auteurs³⁹⁹ considèrent que la liste est trop aléatoire pour être considérée comme un arrangement jouissant de la protection *sui generis*. C'est ainsi le critère de l'organisation systématique des liens qui ferait défaut. D'autres auteurs⁴⁰⁰ ont en revanche retenu que la constitution d'une liste de liens par un moteur de recherche pourra jouir de la protection de la directive en fonction de la substantialité des travaux de développement des algorithmes permettant de proposer les liens.

227. Cependant, les jurisprudences européenne⁴⁰¹ et française⁴⁰² ont rappelé que les investissements doivent porter sur la vérification du contenu de la base de données et sur le contrôle de l'exactitude des éléments recherchés. Les investissements ne doivent concerner

³⁹⁹ M. MAUREEN BROWN, « *Database Protection in a Digital World* », *Richmond Journal of Law and Technology* », vol. VI, 1999.

⁴⁰⁰ A. STROWEL, N. IDE, « *Liability with Regard to Hyperlinks* », *VLA Journal of Law & the Arts*, été 2001.

⁴⁰¹ CJCE, 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE 'OPAP* ; CJCE, 9 novembre 2004, aff. C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab* ; CJCE, 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a. c. William Hill Organization Ltd*.

⁴⁰² CA Paris, Pôle 5, chambre 2, 23 mars 2012, n°10/11168, *Ryanair c. Opodo*.

que la recherche et la collecte d'informations d'une part et la structuration de la base de données d'autre part⁴⁰³. Or, les moteurs de recherches ne permettent que la collecte ainsi que la structuration de données. Ils ne sont pas capables de vérifier les données qu'ils référencent et ils n'ont aucun intérêt à le faire étant donné que les régimes de responsabilité qui leur sont conférés en Europe et aux Etats-Unis reposent sur l'ignorance du contenu des pages référencées. Les investissements réalisés afin de constituer un moteur de recherche ne bénéficient donc pas de la protection *sui generis*. L'algorithme n'est en outre pas protégé par le droit *sui generis* mais par le droit des logiciels dont le régime ne présente pas de particularité pour les hyperliens.

228. La protection *sui generis* ne s'applique donc pas aux résultats des moteurs de recherche, qui pourront néanmoins recourir au droit civil afin de protéger leurs intérêts.

B) La protection des listes de liens par le droit civil

229. En effet, les sociétés propriétaires de moteurs de recherches peuvent poursuivre les tiers reproduisant leurs résultats sur le fondement du parasitisme en droit français ainsi que du *tort de trespass* aux États-Unis. Ces deux fondements reposent sur des conceptions différentes. Le parasitisme du droit français sanctionne traditionnellement une forme de concurrence déloyale lorsque la relation entre les parties est de nature commerciale et relève des agissements parasitaires lorsque les parties ne sont pas en situation de concurrence⁴⁰⁴. Cette distinction a été abandonnée et les deux fondements ont été fusionnés. Le *tort de trespass* en revanche sanctionne le fait d'interférer ou de s'immiscer dans la possession par autrui d'une chose⁴⁰⁵.

⁴⁰³ CJUE, 9 novembre 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd. c/ William Hill Organization Ltd.* ; C444/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Organismos Pronostikon* ; C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus AB* ; C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB* ; CA Versailles, 14e ch., 17 févr. 2010 : JurisData n° 2010-001403 ; Comm. com. électr. 2010, comm. 83, 2e esp., note C. Caron.

⁴⁰⁴ Y. PICOD, Y. AUGUET, N. DORANDIEU, « *Concurrence déloyale* », Dalloz répertoire de droit commercial, octobre 2010, 196.

⁴⁰⁵ Section 217 of the *Restatement (Second) of Torts*: “A trespass to chattel may be committed by intentionally (a) dispossessing another of the chattel, or (b) using or intermeddling with a chattel in the possession of another”, *Restatement (Second) of Torts* § 217 (1965) ; R.A. EPSTEIN, « *Trespass Torts And Self-Help For An Electronic Age* », 44 *Tulsa L. Rev.* 677, été 2009, 678.

230. Le droit français protège donc contre une interaction négative avec le marché alors que le droit américain assure la protection de la propriété sans se préoccuper des questions économiques. Ces deux régimes s'appliquent indifféremment aux liens manuels et automatiques. Cependant, étant donné que les premiers peuvent obtenir assez facilement une protection par le droit d'auteur, le *copyright* voire le droit *sui generis* n'auront pas besoin de recourir au droit de la responsabilité civile qui n'intervient qu'en l'absence de droit. En revanche, les créateurs de liens automatiques pourront recourir à ces deux fondements.

231. La jurisprudence française sanctionnera donc le créateur automatique de liens qui « se placer[ait] dans le sillage d'un autre en profitant indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis, résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité, indépendamment de tout risque de confusion⁴⁰⁶ ». Il en ira ainsi lorsqu'un moteur de recherche tire indûment profit des investissements et de la renommée d'un autre moteur de recherche alors même qu'il n'existerait pas de risque de confusion. La situation est différente aux Etats-Unis où ce n'est pas l'impression donnée aux internautes qui sera prise en compte.

232. L'arrêt eBay⁴⁰⁷ du District Nord de Californie a en effet retenu que malgré le caractère ouvert du moteur de recherche, qui est accessible à tous les internautes, il s'agit d'un serveur privé dont l'utilisation est sujette à l'autorisation du propriétaire lorsque celui-ci a le pouvoir d'en limiter l'accès, notamment par la voie contractuelle. Ce qui importe c'est la simple possibilité et non pas l'effectivité d'une relation contractuelle. Le *tort* de *trespass* pourra dans ce cas être constitué. Il s'agit de l'hypothèse où la responsabilité du défendeur est engagée lorsqu'il ou elle a, sans autorisation, pénétré sur ou utilisé la propriété d'autrui et ce de façon volontaire. L'arrêt eBay a retenu que ce *tort* est constitué lorsque le défendeur interfère volontairement et sans autorisation avec un droit que le demandeur a sur son ordinateur et lorsque l'utilisation faite par le défendeur cause un dommage au demandeur⁴⁰⁸. Or, le défendeur a utilisé un programme automatique pour se connecter à la base de données de la société eBay et a continué à mener son activité de *crawl* même après que le demandeur lui a demandé d'y mettre un terme. Il est également nécessaire qu'un dommage soit constitué, ce qui sera le cas lorsque l'utilisation de la chose d'autrui diminue sa qualité, sa valeur ou

⁴⁰⁶ Cass. com., 20 septembre 2016, n°14-25131.

⁴⁰⁷ *eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058, 1060 (N.D. Cal. 2000).

⁴⁰⁸ *Itano v. Colonial Yacht Anchorage*, 267 Cal. App. 2d 84, 90, 72 Cal. Rptr. 823 (1968).

l'utilisation que l'on peut en faire⁴⁰⁹ - bien que le préjudice soit immatériel. En l'espèce la consommation de bande passante ainsi que l'utilisation de la capacité du serveur ont été considérées comme constitutive d'un préjudice. Même si l'existence d'un préjudice économique n'a pas été apportée, le simple fait que la capacité du serveur soit diminuée et que la bande passante soit partiellement utilisée par le défendeur permet de constituer le dommage. Ainsi, l'utilisation ponctuelle par un moteur de recherche et autorisée mais pas l'utilisation systématique⁴¹⁰. Or, les moteurs de recherches peuvent interdire l'utilisation de données qu'ils produisent par des concurrents⁴¹¹. Ce critère permet au droit américain d'arriver en pratique à des résultats assez similaires à ceux du droit français qui sanctionne les tiers se plaçant dans le sillage du demandeur.

233. La différence d'approche entre les deux systèmes est assez classique. Le droit américain adopte une approche techniciste et pragmatique alors que la jurisprudence française s'émancipe plus souvent de la dimension technique - par nature contingente et évolutive - pour réfléchir en terme de relations interpersonnelles. Le droit français interdit donc de présenter des résultats de façon à ce que le créateur automatique de liens se place dans le sillage d'un tiers, alors que le droit américain sanctionne l'aspect technique consistant pour atteindre ce résultat à utiliser la bande passante du créateur automatique de liens. L'approche française est moins pragmatique mais elle présente l'intérêt d'être plus universelle et de pouvoir s'appliquer à d'autres technologies ou à des technologies nouvelles, alors que les juges américains devront comprendre une technologie nouvelle avec le risque d'erreur et donc d'imprévisibilité de la règle que cela implique

234. Les moteurs de recherche disposent donc de recours fondés sur la responsabilité civile afin de se protéger des utilisations importantes par des tiers. La situation d'exclusivité qui résulte de ces solutions ne constitue cependant pas *a priori* un frein au développement à l'accès à la culture. En effet, les internautes peuvent utiliser les listes proposées par les moteurs de recherches sans que leur responsabilité ne puisse être engagée. Seuls seront interdits les actes parasitaires ou les utilisations des moteurs de recherche à l'origine d'un préjudice dans la jouissance de l'algorithme. Nous verrons dans des développements

⁴⁰⁹ *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions*, 962 F. Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997).

⁴¹⁰ *Thrifty Tel v. Bezenek*, 46 Cal. App. 4th 1559, 1566 (1996), 1070.

⁴¹¹ N. ELKIN-KOREN, « *Let the Crawlers Crawl : On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing* », *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, automne 2001.

postérieurs que le droit des contrats pourra également venir en aide aux propriétaires de bases de données en ligne. Cela leur conférera un autre type de protection sur leurs créations.

235. Les possibilités de protection des bases de données d'ancres s'avèrent assez larges pour les créateurs manuels de liens et beaucoup plus réduites pour les créateurs automatiques de liens. Néanmoins, lorsqu'une base de données est protégée, son utilisation par des tiers sera encadrée.

Sous-Section 2 : l'utilisation d'une liste protégée

236. Lorsqu'une base de données est constituée, le droit des tiers à l'extraction est encadré (Paragraphe 1). En cas de violation de ces règles les contrefacteurs engagent leur responsabilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les conditions d'utilisation d'une liste protégée

237. La différence de conceptions entre le droit européen et le droit américain débouche logiquement sur des approches différentes de la question de l'extraction des éléments d'une liste de liens. Les conditions varieront selon que le droit d'auteur français, le *copyright* américain, ou le droit *sui generis* européen s'appliquent.

238. Lorsqu'une base de données sera protégée par le droit d'auteur ou le *copyright*, les tiers ne pourront pas la reproduire en dehors des exceptions fermées de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ou de la section 107 du *Copyright Act* qui propose une conception ouverte des exceptions. La reproduction dans le cadre d'une citation ou d'une revue de presse sera par conséquent possible. Néanmoins, les possibilités de réutilisation par des tiers s'avèrent relativement limitées.

239. Il en ira différemment pour les bases de données protégées par le droit *sui generis*. En effet, le droit *sui generis* permet une appropriation si importante que le législateur européen l'a fortement limitée en définissant l'extraction de façon certes large mais en limitant son champ d'application. L'extraction a été définie par la CJUE⁴¹² comme « tout acte consistant (...) à s'approprier (...), sans le consentement de la personne qui a constitué la base de données, les résultats de son investissement, privant ainsi cette dernière de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement ». Cet acte n'a pas à être matériel et peut être simplement intellectuel⁴¹³. L'extraction est donc constituée par une inspiration et non pas uniquement une simple aspiration⁴¹⁴. La protection accordée par le droit *sui generis* marque donc le passage d'un paradigme du droit d'auteur fondé que la protection de la forme à une protection de la nouveauté. En effet, lorsqu'un producteur s'inspirera d'une base de données ancienne il commettra une violation du droit *sui generis* indépendamment de la question de la reprise de la forme. La directive 96/9/CE a donc intégré, dans un régime relevant du droit d'auteur, un critère traditionnellement limité au droit des brevets⁴¹⁵. Le droit américain ne pourra jamais intégrer une telle protection - sauf à imaginer une intervention législative très peu probable⁴¹⁶ - car l'arrêt Feist a retenu que le critère de protection par le *copyright* est l'originalité.

240. Eu égard à l'intérêt pour le public d'accéder aux informations contenues dans une base de données, les deux systèmes ont intégré une marge de tolérance face à la contrefaçon. En effet, l'extraction des contenus des bases de données protégées par le droit *sui generis* est autorisée dès lors qu'elle porte sur un élément ne s'avérant pas substantiel. Le caractère substantiel peut être quantitatif⁴¹⁷ ou qualitatif⁴¹⁸. Le droit européen va donc plus loin dans la limitation du monopole avec le critère de substantialité que le droit américain ne le fait.

⁴¹² CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a. c/ William Hill Organization Ltd*, 51.

⁴¹³ CJCE, 9 octobre 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH c/ Albert-Ludwig-Universität Freiburg*.

⁴¹⁴ C. CASTETS-RENARD, « La protection des bases de données chahutée », RLDI, mai 2009, 49.

⁴¹⁵ Article L. 611-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁴¹⁶ Une telle loi devrait se fonder sur la *Commerce Clause* et non pas sur la *Copyright Clause* de la Constitution.

⁴¹⁷ Le caractère quantitativement substantiel s'apprécie par rapport au volume de la base de données. Voir CJCE, 9 novembre 2004, C-203/02, *British Horseracing Board c. W. Hill*, n° 70-71.

⁴¹⁸ Le caractère qualitatif sera le résultat d'un « investissement important « lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction et/ou de réutilisation ». Voir CJCE, 9 novembre 2004, C-203/02, *British Horseracing Board c. W. Hill*, n° 70-71.

241. En effet, le *copyright* américain retient que la reproduction d'une partie « *constituent*⁴¹⁹ » - c'est à dire importante pour l'œuvre - requiert l'autorisation de l'auteur⁴²⁰. Il y a lieu de conclure qu'une reproduction qui ne sera pas *constituent* n'engagera pas la responsabilité du copieur car elle sera *de minimis*. Il s'agit d'une originalité du *copyright* américain qui est rejeté en droit d'auteur français. Les seuils de substantialité européenne et de *constituent* américain seront établis au cas par cas dans chaque affaire, ce qui rend difficile toute comparaison des niveaux de protection. Cependant, le seuil *constituent* est plus bas que celui de caractère substantiel du droit *sui generis*.

242. Dans les deux systèmes, les protections des bases de données donnent donc lieu à des régimes de propriété particuliers autorisant une violation acceptable par les tiers - sauf lorsqu'elles protégées par les droits d'auteur européen et français. Il ne s'agit donc pas de droits de propriété absolus mais du résultat de la recherche d'un équilibre entre les intérêts du producteur ou de l'auteur d'un côté et du public de l'autre. Lorsque cet équilibre est rompu par un internaute le droit du producteur de la base de données sera violé.

Paragraphe 2 : La violation des droits sur les bases de données et les compilations

243. Les droits français et américain saisissent de façons différentes la question de la protection des bases de données en appliquant le droit *sui generis* et le droit d'auteur pour le premier, et le droit commun du *copyright* pour le second. Étant donné que les intérêts protégés sont différents les sanctions ne peuvent que diverger.

244. L'Union Européenne s'est abstenue de déterminer les sanctions applicables lors de l'extraction d'une base de données. La directive européenne 96/9/CE confie en effet aux États membres la tâche de « prévoir des sanctions appropriées en cas d'extraction et/ou de réutilisation non autorisées du contenu d'une base de données⁴²¹ ». La directive précise seulement que les sanctions applicables en cas de violation du droit *sui generis* doivent être

⁴¹⁹ Constitutive (traduction libre).

⁴²⁰ *Harper & Row*, 471 U.S., at 548. ; *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 111 S.Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (1991).

⁴²¹ Considérant 57 de la directive 96/9/CE.

différentes de celles encourues en cas de violation du droit commun du droit d'auteur. La directive entérine ainsi le fait qu'il s'agit d'intérêts différents. Le droit américain ne connaît évidemment pas cette distinction car il applique le droit commun du *copyright*.

245. À ce titre, le droit français a introduit des sanctions civiles et pénales pour la violation des droits *sui generis*⁴²². Les sanctions civiles de la violation du droit *sui generis* ne sont pas précisées et il y a donc lieu d'appliquer les règles de droit commun en réparant l'intégralité du préjudice conformément aux règles de droit commun⁴²³. Le dommage sera donc réparé intégralement sans que le producteur de la base de données ne puisse s'enrichir. Le droit américain adopte une approche similaire en appliquant les sanctions de droit commun du *copyright*. Les ayants-droits peuvent par conséquent demander des dommages et intérêts équivalents au préjudice subi ainsi que les profits du défendeur⁴²⁴. Le droit américain s'écarte néanmoins du droit français dans la mesure où il autorise les dommages et intérêts « *statutory*⁴²⁵ » qui consistent en une somme allant de 750 dollars⁴²⁶ pour une violation involontaire à 150.000 dollars⁴²⁷ pour une violation volontaire du *copyright*. De tels montants seraient prohibés en droit français⁴²⁸ car ils permettent au demandeur de s'enrichir. Les sanctions civiles du droit américain s'avèrent donc plus dissuasives qu'en droit français. Outre les sanctions civiles, les droits français et américain ont établi des mesures pénales.

246. Les sanctions pénales ne protègent cependant pas l'intégralité du droit *sui generis* en droit français. L'article L. 343-4 du Code de la propriété intellectuelle ne sanctionne que la violation des dispositions de l'article L. 342-1 relatif à l'interdiction de l'extraction et de la réutilisation. Or, étant donné que les normes pénales sont d'interprétation stricte, les sanctions n'ont pas vocation à s'appliquer à l'article L. 342-2 du Code de la propriété intellectuelle. Cet article concerne uniquement l'extraction ou la réutilisation répétée ou systématique de contenus de la base de données. Cette dernière infraction ne relève donc que des sanctions civiles. Les sanctions pénales ne concernent par conséquent que l'extraction substantielle

⁴²² En matière de violation des droits *sui generis* les juridictions judiciaires ou administratives peuvent être saisies. Voir l'article L. 331-1 et L. 343-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁴²³ M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations – 2 Responsabilité civile et quasi contrats* », PUF, 2^e édition, 2010, p. 371.

⁴²⁴ 17 U.S.C. 504(b).

⁴²⁵ Légaux (traduction libre).

⁴²⁶ 17 U.S.C. §504(c)(1).

⁴²⁷ 17 U.S.C. §504(c)(2).

⁴²⁸ Cass. 2e civ. 4 juill. 1990, Bull. civ. II, no 166.

effectuée en une seule fois. Cette solution nous paraît injustifiée car la dangerosité pour le producteur de base de données est la même que l'extraction substantielle soit effectuée en une seule ou en plusieurs fois.

247. Les peines pour la violation de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle s'élèvent à trois ans de prison et de 300.000 euros d'amende depuis la loi du 9 mars 2004⁴²⁹ et sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500.000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée. Ces peines sont les mêmes qu'en matière de droit voisins⁴³⁰, ce qui souligne la confusion du régime juridique des bases de données.

248. Le champ d'application des sanctions pénales en droit américain est en revanche plus limité qu'en droit français. En effet, même si le contrefacteur encourt une peine de six ans d'emprisonnement - soit le double de la peine française - il existe une série de critères limitant l'application des sanctions pénales. Ainsi, la personne déclarée coupable d'avoir reproduit ou distribué au cours d'une période de 180 jours une ou plusieurs copies d'œuvre protégée par le *copyright* d'une valeur égale ou supérieure à 1.000 dollars ou la distribution d'une œuvre en cours de préparation en vue d'une distribution commerciale, en la téléchargeant sur un réseau d'ordinateur accessible au public, si cette personne savait ou aurait du savoir que l'œuvre était destinée à une distribution commerciale⁴³¹. Le but lucratif n'a pas d'incidence sur la qualification de *misdemeanor*⁴³² alors que le droit français prend en compte cette dimension dans l'appréciation de la violation du droit *sui generis*⁴³³. Or la distribution de parties d'une *compilation* ou de l'intégralité peut constituer une distribution au sens de la section 506 U.S.C. et à ce titre le contrefacteur encourt une peine de 6 ans d'emprisonnement. Le droit pénal américain s'appliquera donc moins souvent que le droit pénal français mais, lorsque tel sera le cas, il se montrera plus dur. Nous verrons dans des développements postérieurs qu'en pratique les juges y ont très peu recours⁴³⁴. Le droit français adopte donc une politique pénale globalement plus ferme que le droit américain car il est d'application plus large. Le droit américain vise en revanche à dissuader les tiers plutôt par le recours à des sanctions civiles.

⁴²⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁴³⁰ Article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle.

⁴³¹ 17 U.S.C. 506.

⁴³² Il s'agit d'une infraction punie de façon moins sévère que les felonies en droit pénal américain.

⁴³³ Considérant n°39 de la directive 96/9/CE.

⁴³⁴ Voir n°1453 s.

249. Les internautes pourront donc reproduire des listes de liens dès lors que l'extraction ne porte pas sur des parties substantielles. À défaut, leur responsabilité pourra être engagée à des degrés divers en France et aux États-Unis. La méthode américaine, qui consiste à condamner financièrement tout en limitant le plus possible le recours à l'incarcération, doit être approuvée. Néanmoins, une approche plus proportionnée, sur le modèle européen, apparaît nécessaire et ce, afin de ne pas rendre une condamnation pour extraction fautive tout à fait injuste.

250. Les réglementations relatives à la protection des bases de données visent donc, selon des moyens très divers, à encourager la création de bases de données. Le dynamisme de la création de bases de données permet au public - et notamment aux internautes - de bénéficier d'un accès facilité aux œuvres. L'accès à la culture se trouve donc globalement renforcé par la réglementation relative aux bases de données, d'autant plus que le droit *sui generis* européen a introduit le critère de substantialité de l'extraction qui permet aux internautes d'en extraire une partie. L'accès à la culture est donc facilité par les bases de données. Cependant, la facilité de l'accès perdrait de son intérêt si les œuvres étaient présentées hors contexte. Le droit moral va permettre aux internautes d'accéder à des œuvres intellectuellement sécurisées.

Section 2 : Les droits moraux

251. L'histoire anglaise du *copyright* constitue une influence commune - bien que moins importante en France⁴³⁵ - aux droits français⁴³⁶ et américain. Cependant, à la suite de cette origine commune, les deux systèmes ont profondément divergé.

⁴³⁵ La loi du 19 juillet 1793 relative à la propriété littéraire et artistique dispose en effet à l'article 6 que les auteurs doivent « déposer deux exemplaires à la bibliothèque nationale ou au cabinet des estampes de la république » de tout « ouvrage, soit de littérature soit de gravure ». À défaut, aucune action en contrefaçon ne sera recevable.

⁴³⁶ Voir le discours de Le Chapelier, 13 janvier 1791 : « La plus sacrée, la plus intime de toutes les propriétés est celle des écrivains sur leurs œuvres... il faut que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse disposer du produit de leur génie... Voilà ce qui s'opère en Angleterre pour les auteurs et le public » ; P. GAUDRAT, Fasc. Propriété littéraire et artistique, 1210, 3 juillet 2001, 13.

252. Les droits moraux constituent une invention relativement récente dans la mesure où ils remontent au 19^e siècle⁴³⁷. Il ne s'agit cependant pas d'une invention *ex nihilo* car un mouvement remontant à l'Antiquité grecque, qui a certes connu des ruptures, assure la protection du nom de l'auteur en le sacralisant. En effet, l'accaparement de l'œuvre d'autrui aux fins d'en tirer un mérite illégitime était considéré comme une action déshonorante⁴³⁸. L'œuvre de l'auteur était ainsi déjà considérée comme sa chose⁴³⁹. L'appropriation de l'œuvre n'était pas punie afin d'assurer les intérêts patrimoniaux de l'auteur mais dans le but de respecter l'intérêt de l'auteur à établir une liaison entre lui et son œuvre. Cette interdiction de l'appropriation de l'œuvre d'autrui ressemble à notre droit de paternité actuel⁴⁴⁰. La défense des auteurs a ainsi commencé en Grèce avec la protection du droit moral de paternité.

253. Cette protection a cependant disparu au cours du Moyen-Âge. En effet, l'apposition du nom de l'auteur sur son œuvre était perçue comme de la vanité qui était réprimandée par l'Église⁴⁴¹. Le paradigme médiéval s'est trouvé écarté à la Renaissance. En effet, au 16^e siècle, l'avocat Marion écrivait que « les Hommes, les uns envers les autres par un commun instinct reconnaissent tant chacun d'eux en son particulier, être seigneur de ce qu'il invente et compose⁴⁴² ». Le droit moral, considéré comme une prérogative naturelle des Hommes, a donc commencé à émerger dans sa forme moderne à cette époque. Le 14 septembre 1761, un arrêt du Conseil de Louis XVI⁴⁴³ dispose qu'il existe un lien intime entre l'auteur - en l'occurrence La Fontaine - et son œuvre. À la même époque les 13 colonies américaines avaient des préoccupations autres que la culture. L'indépendance en 1783 n'a pas fondamentalement changé le paysage culturel américain et le besoin de protéger le lien entre l'auteur et son œuvre ne s'est pas avéré aussi pressant. La production intellectuelle était en effet principalement tournée vers des œuvres utilitaires dans lesquelles la protection spirituelle de l'auteur se fait moins sentir. Au lendemain de leurs révolutions, et malgré un mouvement

⁴³⁷ S. STRÖMHOLM, « *Le droit moral de l'auteur, en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé* », P.A. Norstedt & Söners, 1967, p. 117 S.

⁴³⁸ M. CAILLEMER, « *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes* », Durand, 1866.

⁴³⁹ E. POUILLET, « *Propriété littéraire et artistique et du droit de représentation* », Marchal et Billard, 1894, p. 4, 1.

⁴⁴⁰ Article 6bis de la convention de Berne ; article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁴⁴¹ D'autant que les créations artistiques étaient considérées comme émanant de Dieu. Voir E. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 45.

⁴⁴² CL. COLOMBET, « *Propriété littéraire et artistique* », Précis Dalloz, 8^e édition, p. 2, 4.

⁴⁴³ F. Rideau « *Commentary on the La Fontaine case (1761)* », *op. cit.*

de fond en France⁴⁴⁴, aucun des deux systèmes ne reconnaissaient juridiquement aucun droit moral bien que l'idée commençait à germer dans le corps social français.

254. La protection juridique des droits moraux n'a en effet été reconnue en France qu'au 19^e siècle à la suite d'une évolution complexe de la conception du lien entre l'auteur et son œuvre. Ce sont la jurisprudence⁴⁴⁵ et la doctrine⁴⁴⁶ françaises qui ont construit - influencées par le courant romantique - un régime de protection des prérogatives morales des auteurs. La jurisprudence a adopté une démarche casuistique et a tout d'abord reconnu l'existence de prérogatives précises avant de systématiser l'ensemble sous le vocable de droits moraux⁴⁴⁷. Le droit d'auteur français a étendu sa conception des droits moraux de l'auteur en incluant le droit de paternité, le droit de divulgation, de retrait ainsi que le droit à l'intégrité de l'œuvre⁴⁴⁸. Ce mouvement a ainsi abouti à l'achèvement d'une théorie dualiste française du droit d'auteur avec l'arrêt dit Lecoq⁴⁴⁹. Les systèmes français et américain ont fortement divergé à partir de cette époque.

255. Le droit français se place ainsi dans une conception inspirée de la philosophie hégélienne⁴⁵⁰ de la propriété en ce qu'elle est pensée par le philosophe allemand comme l'expression de la personnalité. Le droit français perçoit les prérogatives morales comme une émanation de la personnalité de l'auteur⁴⁵¹. Étant donné que les droits moraux sont des droits

⁴⁴⁴ Les lois révolutionnaires françaises des 13-19 janvier 1791 (relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales) et des 19-24 juillet 1793 (relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales) ne mentionnaient en effet que des droits d'exploitation patrimoniaux.

⁴⁴⁵ S. DE GORQUETTE D'ARGOEUVES, « *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire* », Dalloz, 1926, p. 66 s.

⁴⁴⁶ S. STRÖMHOLM, « *Le droit moral de l'auteur, en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé* », *op. cit.*, p. 150 s.

⁴⁴⁷ P. SIRINELLI, « *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats* », Thèse, Université Paris 2, 18 décembre 1985, p. 6.

⁴⁴⁸ Seuls les logiciels ne jouissent que de la conception a minima. Voir à ce titre l'article L. 121-7, 1^o du Code de la propriété intellectuelle : « sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut :

1^o S'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2^o de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation ;

2^o Exercer son droit de repentir ou de retrait ».

⁴⁴⁹ Cass. civ., 25 juin 1902, « Lecoq », D., 1903-I-5, obs. A. Colin et concl. Baudouin, S. 1902-I-305, obs. Lyon-Caen ; Annales, 1903, p. 126, obs. Claro (Paris, 1^{er} février 1900, S., 1900-2-101, obs. Saleilles).

⁴⁵⁰ F. HEGEL, « *The Philosophy of Right* », 1820, Oxford University Press, 51.

⁴⁵¹ Cass. civ. 1^e, 10 mars 1993, D., 1994, p. 78, obs. A. Françon.

de l'Homme ils sont perpétuels, imprescriptibles⁴⁵² et inaliénables⁴⁵³. Les droits moraux français sont en outre universalistes et à ce titre les auteurs étrangers originaires de pays n'assurant aucune protection des prérogatives morales jouissent des dispositions des articles L. 121-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle⁴⁵⁴ en France. Un auteur américain jouira par conséquent de la protection de ses droits moraux en France bien qu'ils n'existent pas aux États-Unis. Néanmoins, et contrairement aux dispositions de la convention de Berne, le droit français protège l'œuvre et non pas l'auteur⁴⁵⁵. Les droits moraux sont donc concomitamment des droits des auteurs et du public car l'œuvre est au centre de leurs relations.

256. Le droit moral est en effet né afin de protéger les intérêts intellectuels des auteurs⁴⁵⁶ et - par voie de conséquence - les intérêts culturels liés aux œuvres⁴⁵⁷. Le respect de ces intérêts permet au public d'accéder à l'œuvre tel que l'auteur l'a conçue. Cette prérogative est ainsi liée à la dimension culturelle du droit d'auteur. En effet, le droit d'auteur n'est pas sanctionné lorsque le caprice d'un artiste n'est pas respecté mais dès lors qu'un intérêt social a été violé⁴⁵⁸.

257. Cette approche française est néanmoins menacée par la conception consumériste de la Commission Européenne qui considère que le droit moral de l'auteur devra être harmonisé en

⁴⁵² Article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle : « Il (le droit moral) est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

⁴⁵³ Article L. 121-1, al. 2 du Code de la propriété intellectuelle : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre.

Ce droit est attaché à sa personne.

Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

⁴⁵⁴ Voir article L. 111-4 du Code de la propriété intellectuelle : « Sous réserve des dispositions des conventions internationales auxquelles la France est partie, dans le cas où, après consultation du ministre des affaires étrangères, il est constaté qu'un Etat n'assure pas aux œuvres divulguées pour la première fois en France sous quelque forme que ce soit une protection suffisante et efficace, les œuvres divulguées pour la première fois sur le territoire de cet Etat ne bénéficient pas de la protection reconnue en matière de droit d'auteur par la législation française.

Toutefois, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité ni à la paternité de ces œuvres » (nous soulignons).

⁴⁵⁵ F. POLLAUD-DULIAN, RTD Com. 7 juin 2011, 01, p. 107.

⁴⁵⁶ RAULT, « Le contrat d'édition en droit français », Dalloz, 1927, p. 335.

⁴⁵⁷ P. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique – 1^o propriété des créateurs », Dalloz, Répertoire de droit civil, octobre 2014, 571.

⁴⁵⁸ É. SILZ, « *Notion juridique de droit moral de l'auteur* », Revue trimestrielle de droit civil, n^o2, 1933, p. 351.

tenant compte « des intérêts des consommateurs⁴⁵⁹ » au lieu de s'intéresser au public en tant que pluralité culturelle. La Commission s'inscrit dans cette montée en puissance du public en tant que groupe de consommateurs et écarte ainsi la dimension intellectuelle du public. Nous pensons que la Commission fait fausse route car cette approche ne reflète pas ce que peuvent être les attentes des publics européens. Ils sont en effet, grâce à leurs histoires, particulièrement sensibles à la dimension culturelle et intellectuelle des œuvres. En outre, réduire les œuvres à une fonction économique en niant leur dimension humaine ne participe pas de l'unité européenne. Enfin, l'unité européenne par le commerce a montré ses limites, et il est donc nécessaire de viser désormais une unité par la culture comme ont pu le faire Victor Emanuel ou Garibaldi en Italie au moment de l'Unité italienne.

258. Les droits moraux français sont parmi les plus étendus au monde. En effet, la protection n'est pas uniforme au sein même de la famille des droits continentaux qui se divisent entre les théories monistes et dualiste⁴⁶⁰. Cette division est suprenante dans la mesure où les droits moraux sont le fruit de la théorie personnaliste d'Hegel qui prône l'inaliénabilité des caractéristiques constituant l'essence de l'être et la conscience de soi⁴⁶¹.

259. La différence entre les droits français et américain est également le résultat des différences de traditions religieuses entre la tradition protestante anglo-saxonne et les traditions chrétiennes continentales. En France notamment, la religion catholique a fondé son prestige notamment sur le soutien aux arts⁴⁶², alors qu'aux États-Unis la tradition protestante puritaine considère les activités artistiques comme étant éloignées de Dieu⁴⁶³ et n'accorde qu'une protection minimale aux activités artistiques⁴⁶⁴. Cette distinction n'est pas la seule explication car l'Angleterre a été le premier pays à reconnaître le droit moral dans l'arrêt *Millar v Taylor*⁴⁶⁵ mais la solution a été écartée par l'arrêt *Donaldson v. Beckett*⁴⁶⁶ avant d'y

⁴⁵⁹ Communication sur le suivi du livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'information, 15 novembre 1996 : Com. 1996, 568/3, p. 27.

⁴⁶⁰ Le droit allemand notamment a adopté une théorie moniste du droit d'auteur par opposition à la théorie dualiste française qui permet une meilleure protection des prérogatives morales. Voir S. NÉRISSON, « *Le droit moral de l'auteur décédé en France et en Allemagne* », IRPI, 2003, n°4.

⁴⁶¹ F. HEGEL, « *The Philosophy of Right* », 1820, Oxford University Press, 66.

⁴⁶² Lors de la Contre-Réforme le Vatican a fortement soutenu la création artistique.

⁴⁶³ D. ROSEN, « *Artists Moral Rights : A European Evolution, An American Revolution* », *Cordozo Arts & Entertainment Law Journal*, 1983, 155 - 167.

⁴⁶⁴ M. BOUDREAU, « *Les rapports entre religion et droit, l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains* », Thèse Montpellier 1, 2000, p. 8.

⁴⁶⁵ (1769) 98 E.R. 201 Court of King's Bench at 252-253.

⁴⁶⁶ 1 E.R. 837; (1774) 2 Bro. P.C. 129.

revenir au 20^e siècle⁴⁶⁷. Le Royaume-Uni s'est donc montré hésitant mais il a fini par intégrer les droits moraux. Il y a donc une particularité américaine à cause de la conception très ostère développée outre-Atlantique en matière d'art par les *Pilgrim Fathers*.

260. En outre, depuis l'arrêt *Wheaton*⁴⁶⁸, le droit américain a tourné le dos à l'approche jusnaturaliste de la doctrine de la première moitié du 19^e siècle⁴⁶⁹ pour embrasser une approche positiviste. En effet, l'arrêt *Wheaton* a été rendu à la suite de l'arrêt *Gibbons v. Ogden*⁴⁷⁰ qui a retenu une approche positiviste du droit des brevets qui sont conçus pour faciliter le commerce inter-étatique. Or, le droit des brevets et le *copyright* tirent tous les deux leur origine de la même clause constitutionnelle. Dès lors, il aurait été incohérent que la jurisprudence adopte d'une part une approche jusnaturaliste tournée vers la protection d'une figure fantasmée de l'auteur, et de l'autre une conception commerciale limitée aux brevets⁴⁷¹. Les droits moraux risquant, d'un point de vue américain, de limiter les échanges commerciaux, il n'y a pas lieu de les introduire.

261. Le manque d'universalisme des droits moraux a laissé des traces dans la convention de Berne - à laquelle le Royaume-Uni était déjà partie en 1887 - dont l'article 6bis⁴⁷² a adopté une conception minimaliste. La convention de Berne ne protège pas les prérogatives morales portant sur le lien entre l'auteur et son œuvre, mais n'assure que le respect du nom et de l'honneur de l'auteur. Ainsi, alors que le droit français applique la protection des droits moraux à l'œuvre, la convention de Berne la limite à l'auteur. Le droit moral français constitue donc un droit de propriété intellectuelle *ad hoc* alors que la convention de Berne introduit un droit personnel.

⁴⁶⁷ Sections 77 à 89 du Copyright, Designs and Patents Act 1988.

⁴⁶⁸ *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 8 L. Ed. 1055, 1834 U.S. LEXIS 619 (U.S. 1834).

⁴⁶⁹ G.T. CURTIS, « A Treatise on the Law of Copyright in Books, Dramatic and Musical Compositions, Letters and Other Manuscriptis, Engraving and Sculpture, as Enacted and Administered in England and America With Some Notices of the History of Literary Property », 1847.

⁴⁷⁰ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 6 L. Ed. 23, 1824 U.S. LEXIS 370, 9 Wheat. 1 (U.S. 1824).

⁴⁷¹ J. GINSBURG, « Une Chose Publique ? The Author's Domain and the Public Domain in Early British, French and US Copyright Law », *The Cambridge Law Journal*, 2006, p. 636 s.

⁴⁷² 1. « Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ».

262. Les Etats-Unis ont donc traditionnellement rejeté le droit moral. Ils n'ont introduit, au niveau fédéral⁴⁷³, qu'une protection minimale des droits moraux dans le *Visual Artists Rights Act*⁴⁷⁴ afin de conformer le droit américain à la convention de Berne. Cette loi assure aux auteurs d'œuvres des beaux arts la protection de leurs droits à la paternité et au respect de leurs œuvres originales tant qu'ils n'effectuent pas plus de 200 copies numérotées⁴⁷⁵, que l'œuvre n'a pas été créée en tant que *work made for hire*⁴⁷⁶ - c'est à dire une œuvre créée par un salarié dont les droits sont automatiquement transférés à l'employeur - ni dans un but publicitaire, ni dans le cadre d'une « *electronic publication*⁴⁷⁷ ». La nouvelle protection est donc fortement réduite comparée au régime français qui se veut jusnaturaliste. Elle n'a sans doute pas vocation à s'appliquer aux œuvres créées sur support numérique car la liste mentionnée se réfère à des œuvres sur un support matériel. La conception étroite du droit moral aux États-Unis a néanmoins été acceptée par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle dont le président a affirmé devant le Congrès américain que les Etats-Unis

⁴⁷³ Certains Etats fédérés assurent une protection des droits moraux des auteurs. Ainsi la Californie⁴⁷³ protège les auteurs contre des altérations ou des destructions de leurs œuvres. En outre, la section 987(a) énonce que la protection des droits moraux des auteurs constitue aussi un intérêt public.

L'Etat de New York⁴⁷³ quant à lui a focalisé sa protection sur le préjudice à la réputation de l'artiste à cause d'une altération, un « defacement », une mutilation ou une autre modification de forme. Le comportement en soi n'est pas puni mais plutôt la représentation de l'œuvre sous une forme modifiée dès lors que l'œuvre pourrait raisonnablement être attribuée à l'auteur.

Néanmoins les réglementations des États fédérés n'ont vocation à s'appliquer que dans la mesure où elles assurent la protection d'intérêts différents de ceux couverts par le *Visual Artists Rights Act*⁴⁷³. Les droits couverts par le VARA subissent en effet une « *preemption*⁴⁷³ » si les œuvres concernées correspondent à la définition de « *visual work of arts*⁴⁷³ » ou que les droits sont équivalents à ceux de la section 106A⁴⁷³. Dès lors, les lois des États fédérés ne peuvent se substituer au VARA afin d'assurer la protection du droit à la paternité et du droit au respect⁴⁷³. Le champ d'application des législations des États fédérés ne fera donc pas l'objet de notre étude.

⁴⁷⁴ Pub. L. 114-38.

⁴⁷⁵ U.S.C. 17, 101.

⁴⁷⁶ Les *works made for hire* sont des œuvres créées par des salariées. Leur liste est limitée à un certain type d'œuvres comme les traductions ou encore les atlas. Voir L. A. ZAKOLSI, « *Works made for hire, generally – Specially ordered or commissioned works* », 18 Am. Jur. 2d, Copyright and Literary Property, août 2014, §63.

⁴⁷⁷ La notion de *electronic publication* n'est pas définie mais le *Copyright Act* définit la notion de publication à la section 101 comme la « *distribution of copies or phonorecords of a work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending. The offering to distribute copies or phonorecords to a group of persons for purposes of further distribution, public performance, or public display, constitutes publication. A public performance or display of a work does not of itself constitute publication* » (distribution de copies ou d'enregistrements sonore d'une œuvre au public par vente ou un autre type de transfert de propriété ou par la location à durée déterminée ou non. L'offre de distribution de copies ou d'enregistrements sonores à un groupe de personnes dans le but d'une distribution future, une représentation publique, ou une reproduction suivie d'une représentation, constitue une publication. Une représentation ou une reproduction suivie d'une représentation ne constituent pas en elles-mêmes une publication (traduction libre)). Il faut dès lors comprendre que la version électronique de ces communications est désignée par le VARA.

n'avaient pas besoin de modifier leur droit afin d'adhérer à la convention de Berne⁴⁷⁸. Les membres de la Convention de Berne ont ainsi fermé les yeux sur la conception minimaliste américaine afin que les Etats-Unis adhèrent à la convention. Les Etats-Unis ont donc pu, grâce à l'importance de leur économie et de leur secteur culturel, ne pas adhérer aux principes quasi universels⁴⁷⁹ que constituent les droits moraux. Cette situation fragilise la Convention de Berne qui vise pourtant à assurer un haut niveau de protection⁴⁸⁰ aux auteurs.

263. Un second mouvement d'unification international du droit d'auteur lors de l'adhésion aux accords de Marrakech⁴⁸¹ créant l'Organisation Mondiale du Commerce, et traitant notamment du droit d'auteur dans l'accord dit ADPIC⁴⁸², n'a pas permis de rapprocher les deux droits sur ce point. Les droits moraux ont en effet été écartés⁴⁸³. Certains auteurs affirment que les Etats-Unis ont réussi à faire admettre un « droit d'auteur d'entreprise⁴⁸⁴ » car, sans droits moraux, la conception jusnaturaliste moderne du droit d'auteur se trouve désavouée. Il nous semble que ces considérations civilistes ne prennent pas en compte l'objet de l'Organisation Mondiale du Commerce qui n'est pas de protéger les prérogatives morales des auteurs mais d'encourager le commerce international⁴⁸⁵. Les droits moraux n'avaient donc pas leur place dans l'accord ADPIC car ils ne présentent pas d'intérêt pour le commerce des œuvres. Les droits moraux ne sont pas interdits mais simplement laissés en dehors du champ d'application du traité⁴⁸⁶. Cette exclusion a néanmoins laissé intact le droit moral français qui

⁴⁷⁸ S. Rep. (BCIA), p. 10.

⁴⁷⁹ Seuls l'Afghanistan, l'Angola, le Burundi, le Cambodge, l'Érythrée, l'Éthiopie, l'Iran, l'Iraq, les Maldives, le Myanmar, l'Ouganda, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, Saint-Marin, Sao Tomé-et-Principe, les Seychelles, la Sierra Leone, la Somalie et le Turkménistan ne sont pas membres de la convention de Berne.

⁴⁸⁰ OMPI, « *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* », 1978, p. 7.

⁴⁸¹ Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994.

⁴⁸² Annexe 1 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994.

⁴⁸³ L'article 9 de l'accord ADPIC énonce en effet que les dispositions de l'article 6bis de la convention de Berne, relatif aux droits moraux, n'ont pas vocation à être opposées à un État partie à l'accord.

⁴⁸⁴ A. KEREVER, « *Les clauses à risque de la nouvelle convention* », colloque Lyon 2, Petites Affiches, 11 janvier 1995, p. 43.

⁴⁸⁵ Voir CA Paris, 1^{er} févr. 1989, RIDA, 142, oct. 1989, p. 301, note P. Sirinelli.

⁴⁸⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 2239.

aurait autrement subi une modification par sa rencontre avec les traditions juridiques de *copyright*⁴⁸⁷ et par la dimension mercantile du traité.

264. Une seconde explication justifie l'absence de droits moraux par la volonté de ne pas réduire la liberté contractuelle des auteurs. Le droit américain a en effet refusé l'introduction des droits moraux en se fondant sur une approche hégélienne du droit de propriété. Hegel considérait en effet que le droit de propriété était une condition de la liberté et que toute limite au premier constituerait une limite à la seconde⁴⁸⁸. Or, le droit moral réduirait le droit de propriété des auteurs et des tiers en ce qu'il interdirait⁴⁸⁹ certaines clauses et par conséquent certains engagements contractuels, alors qu'il confère au contraire des droits aux auteurs que ceux-ci sont libres de négocier. Il n'y a donc pas une limite à la liberté contractuelle mais l'introduction de prérogatives supplémentaires dans les mains des auteurs qui pourront faire l'objet d'un contrat. L'absence de droits moraux est donc en grande partie le fruit d'une incompréhension du système.

265. Les droits français et américain connaissent donc le paroxysme de leurs divisions en matière de droits moraux. Cependant, le *Copyright Office* réfléchit actuellement à l'introduction d'un droit de paternité en droit américain⁴⁹⁰. Cela permettrait au droit américain de respecter les dispositions de l'article 6bis de la convention de Berne relatives au droit de paternité⁴⁹¹. La question a suscité un regain d'intérêt étant donné que certains processus technologiques ont pour effet de retirer les métadonnées qui peuvent contenir des données identifiant l'auteur⁴⁹². Cependant, étant donné que la Directrice du *Copyright Office* a été

⁴⁸⁷ Y. GAUBIAC, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'accord de Marrakech instituant l'organisation », RIDA, octobre 1995, p. 39 et 45.

⁴⁸⁸ F. LOIRET, « La propriété privée et le contrat selon Hegel », Philosophie, 2004, accessible à <http://www.francoisloiret.com/#!La-propriété-privée-et-le-contrat-selon-Hegel/c1q8z/555c45e00cf2adc1ad4646a6> (dernier accès: 29/06/2015).

⁴⁸⁹ J.L. SCHROEDER, « Unnatural Rights : Hegel and Intellectual Property », 60 U. Miami L. Rev. 453, juillet 2006.

⁴⁹⁰ Copyright Office, « Authors, Attribution, And Integrity : Examining Moral Rights In The United States », 8 Geo. Mason J. Int'l Com. L., 2016, vol. 8, 1.

⁴⁹¹ J. GINSBURG, « The Most Moral Of Rights : The Right To Be Recognized As The Author Of One's Work », Geo. Mason. J. Int'l. Commercial L., 11 juillet 2016.

⁴⁹² J. GINSBURG, « The Most Moral Of Rights : The Right To Be Recognized As The Author Of One's Work », *ibidem*.

licenciée⁴⁹³ - peut-être à la suite de pressions effectuées par la société Google⁴⁹⁴ - il n'est pas sûr que ces travaux continueront.

266. Une telle convergence serait sans doute pertinente car les droits moraux permettent deux types de sécurité. Les droits de divulgation et de paternité permettent d'établir une liaison avec l'auteur au moment où il décide d'offrir son œuvre au public, assurant ainsi la sécurité des sources sur internet (Paragraphe 1). La seconde sécurité est assurée par le droit d'intégrité qui permet la construction d'un internet intellectuellement sûr où les œuvres ne sont pas présentées dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'ancre face au droit de divulgation et de paternité

267. La divergence entre les deux systèmes est surprenante car la sacralisation de l'auteur constitue pourtant un intérêt intellectuel pour les chercheurs et le public. En effet, le droit de divulgation (I) permet à l'auteur de contrôler les modalités de la première communication de son œuvre qui peuvent être riches de sens.

268. En outre, l'apposition du nom d'un auteur sur une œuvre (II), offre des clés de lecture du travail effectué en permettant de la contextualiser. Il est ainsi plus facile de comprendre les évolutions intellectuelles et artistiques à partir de la Renaissance, où les auteurs signaient leurs œuvres, qu'au Moyen-Âge où ils ne mentionnaient que rarement leurs noms. Le droit moral présente donc un intérêt intellectuel pour le public car il permet de comprendre l'origine des œuvres ainsi que leur objectif intellectuel.

I) Le droit de divulgation de l'œuvre

⁴⁹³ A.F. ABBOTT, « *Copyright Chief's Dismissal Sends Bad Signal To Creatives* », The Hill, 31 octobre 2016.

⁴⁹⁴ A. ORLOWSKI, « *Exit Through The Gift Shop ? US Copyright Chief Was Assigned To Shop Till, Tweeting* », the Register, 26 octobre 2016.

269. Le droit de divulgation consiste à réserver à l'auteur le choix des modalités de la communication de son œuvre au public⁴⁹⁵. Le terme de divulgation vient du latin *vulgus* qui signifie la foule⁴⁹⁶. Il s'agit donc d'un droit tourné vers la relation entre l'auteur et son public, alors que les droits patrimoniaux se limitent à des considérations économiques.

270. Cette prérogative n'est pas mentionnée dans la convention de Berne. Les États membres n'ont donc pas l'obligation de l'introduire en droit interne. L'adhésion des États-Unis à la convention de Berne n'a par conséquent pas permis aux droits français et américain de converger sur cette prérogative. Les États-Unis n'ont donc pas eu besoin d'intégrer le droit de divulgation dans le *Visual Artists Rights Act*⁴⁹⁷. La question de l'application du droit de divulgation oppose donc les systèmes protecteurs des prérogatives morales des auteurs, c'est à dire les droits continentaux, et les systèmes protecteurs des intérêts économiques des auteurs que sont les États-Unis et l'Union Européenne.

271. Le droit français connaît le droit de divulgation depuis l'arrêt Whistler⁴⁹⁸ du 14 mars 1900 dont la solution a été confirmée dans l'arrêt Camoin du 6 mars 1931⁴⁹⁹. Le législateur l'a consacré dans la réforme de 1957⁵⁰⁰. Depuis la codification de 1992, le droit de divulgation a été intégré à l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce que « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre ». Il y est précisé que « l'auteur détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celles-ci ». L'auteur de son vivant a le droit discrétionnaire⁵⁰¹ de décider des modalités de la divulgation de son œuvre⁵⁰². Le droit de divulgation consiste donc à communiquer son œuvre à la foule.

272. L'auteur d'une œuvre peut donc, en France, décider des modalités de divulgation de ses œuvres. Les auteurs américains ne jouissent pas de prérogatives similaires mais ils pourront recourir à un équivalent fonctionnel en opposant leurs droits patrimoniaux. Les

⁴⁹⁵ Article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, [l'auteur] détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ».

⁴⁹⁶ P.Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 201, 190.

⁴⁹⁷ 17 U.S.C. 106(A).

⁴⁹⁸ Cass. civ., 14 mars 1900, Eden c. Whistler, D. 1900, 1, p. 497, note M. PLANIOL.

⁴⁹⁹ CA Paris, 6 mars 1931, « Les grands arrêts de la propriété intellectuelle », Dalloz, 2003, n°8, comm. Gleize et Lacour.

⁵⁰⁰ Article 19 de la loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

⁵⁰¹ Trib. civ. Seine, 10 juillet 1946, Rouault c. Volland », D., 1947, p. 98, obs. Desbois.

⁵⁰² Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 2005, Le Groumellec c. Binoche », Bull. civ. I, n°457, p. 383 ; F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 790.

auteurs pourront en effet opposer les droits qu'ils tiennent de la section 106 du *Copyright Act* lorsqu'un tiers communique l'œuvre au public en opposant notamment le droit de *performance* ou de *display*. Ainsi, là où le droit français permet d'opposer les droits patrimoniaux et moraux, le droit américain n'offre que des prérogatives patrimoniales. Cette limitation du droit américain a des conséquences dans l'étendue de cet équivalent fonctionnel. Les auteurs ne pourront pas s'opposer en droit américain à une divulgation qu'ils n'auraient pas souhaitée par un cessionnaire de leurs œuvres alors qu'ils en auront la possibilité en droit français.

273. La doctrine française s'est opposée sur la question de savoir si le droit de divulgation s'épuise à la suite de la première divulgation⁵⁰³. En cas de réponse positive les auteurs conserveraient le droit de déterminer les conditions de communication d'une œuvre au public sur un nouveau medium. La jurisprudence a été incertaine sur la question, retenant parfois la thèse de la divulgation limitée aux modes de divulgation acceptés par l'auteur⁵⁰⁴ ou la thèse de l'épuisement sans réserve⁵⁰⁵. Cependant, l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 11 décembre 2013⁵⁰⁶ que le droit de divulgation s'épuise « par le premier usage qu'en fait l'auteur ». Un hyperlien ne procède donc pas à la divulgation à un public nouveau. Cette solution est logique dans la mesure où l'internet constitue un espace unique il n'y a pas lieu de considérer qu'il puisse y avoir de semi-divulgation⁵⁰⁷ une fois que l'œuvre a été téléchargée en ligne. Le principe de la semi-divulgation doit par conséquent être écarté. Le droit français autorise donc les créateurs d'ancres à reproduire une œuvre déjà présente sur internet sans avoir à solliciter l'autorisation de divulguer l'œuvre. Aucun arrêt français n'est venu préciser cette position en matière d'ancres de liens, mais il est tout à fait probable que les juges hexagonaux trancheront dans le sens de l'absence de violation du droit de divulgation dès lors qu'elle a déjà été divulguée sur internet. Cette approche nous paraît philosophiquement juste car, bien qu'elle fasse fi des différences culturelles au sein d'une société, elle présente l'avantage de postuler le caractère universaliste de la culture et s'avère par là même démocratique.

⁵⁰³ P. Sirinelli, « *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats* », *op. cit.*, p. 26 et s. : l'épuisement est limité aux modes de divulgations acceptés par l'auteur ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, « *Droit d'auteur* », *op. cit.*, p. 383, 454 : retient que le droit de divulgation s'épuise à partir du fait matériel de publication.

⁵⁰⁴ CA Paris, 4^e ch., 23 juin 2000 : Prop. intell., n°1, 2001, p. 60, obs. Lucas.

⁵⁰⁵ CA Paris, 4^e ch., 14 février 2001 : Prop. intell., n°1, 2001, p. 64, obs. Lucas.

⁵⁰⁶ Cass. civ. 1^e, 11 décembre 2013, n°11-22522 et 11-22031.

⁵⁰⁷ Lucas A., « *Droit d'auteur et numérique* », *op. cit.*, p. 235.

274. La jurisprudence belge, dont les solutions sont souvent proches de celles retenues en France, a eu l'occasion de se pencher sur cette question. En effet, le tribunal de grande instance de Bruxelles a statué en référé - juge de l'évidence - dans une affaire opposant la société Google et la société Copiepresse⁵⁰⁸. Il a jugé que la société Google ne viole pas le droit de divulgation lorsqu'elle utilise les œuvres de la société Copiepresse, dans la mesure où elles se trouvent déjà sur le web. Internet serait donc un espace commun et unique sur lequel il n'est pas possible de divulguer plusieurs fois. Les droits français et belge limitent donc le droit de divulgation à un usage unique sur chaque medium. Étant donné que le droit de divulgation peut constituer une limite au droit à la culture du public en ce qu'il limite la circulation des œuvres, cette solution doit être approuvée car elle limite un contrôle disproportionné sur les œuvres. Les systèmes protecteurs des seuls droits patrimoniaux arrivent à une solution similaire mais selon un raisonnement différent. Une œuvre divulguée sur internet est considérée comme ayant été communiquée à l'ensemble des internautes et ne souffre aucune divulgation ultérieure. Néanmoins, l'approche européenne n'est pas complètement opposée à celle en vigueur aux Etats-Unis, elle s'avère seulement plus nuancée.

275. La jurisprudence américaine adopte une approche uniquement patrimoniale mais elle a quand même eu l'occasion de rejeter la notion de semi-divulgation. Il a ainsi été retenu dans l'arrêt *Harper & row, Publishers, Ins. v. Nation Enters*⁵⁰⁹ que « *under ordinary circumstances, the author's right to control the first public appearance of his undissemated expression will outweigh a claim of fair use*⁵¹⁰ ». L'arrêt a ainsi retenu que la publication régulière par extraits des mémoires du président Ford, qui étaient sur le point d'être publiées, constituait une contrefaçon car elle ne bénéficie pas de l'exception de *fair use* à cause de l'absence de publication de l'œuvre. L'approche diffère profondément de celle adoptée en droit français. En effet, le droit américain sanctionne la reproduction de l'œuvre et adopte une lecture plus

⁵⁰⁸ TI Bruxelles, 5 sept. 2006, n° 2006/9099/A ; voir Jacob J. et Dumont L., « *Google face aux éditeurs de presse belges* », RLDI, 21, 2006, 640 ; P. Van den Bulck, « *Google 'Actualités' : l'adaptation belge de la défaite de Goliath* », RLDI, 22, 2006, n° 681.

⁵⁰⁹ *Harper & row, Publishers, Ins. v. Nation Enters*, 471 U.S. 539, 555 (1985).

⁵¹⁰ « En temps normal, le droit de l'auteur à contrôler la première apparition au public de son expression gardée secrète fera obstacle à une demande d'application de l'exception de fair use » (traduction libre).

rigide de l'exception de *fair use* au lieu de sanctionner en soi la divulgation sans l'autorisation de l'auteur.

276. Les auteurs pourront en outre rechercher l'application du droit de *distribution* afin d'obtenir un équivalent limité au droit de divulgation. Ce droit permet à l'auteur de contrôler la première vente ou le premier transfert de titularité de son œuvre, par location ou par prêt⁵¹¹. Il a ainsi été retenu que viole le droit de distribution l'internaute qui rend accessible au public une copie non autorisée par son auteur en permettant aux internautes de la télécharger⁵¹². Les auteurs pourront donc s'opposer à ce qu'un internaute crée une ancre à partir d'une œuvre qu'ils n'ont pas encore distribuée. Il ne s'agit cependant pas d'une alternative exacte au droit de divulgation car le droit américain ne divise pas entre les publics et ne connaît donc pas la notion de semi-divulgation⁵¹³. Le droit de distribution ne sera en pratique que rarement opposable. Il serait en effet nécessaire de créer l'ancre reproduisant l'œuvre non encore distribuée - ce qui sera rarement le cas - avant que la page liée ne la reproduise. Cette hypothèse aura rarement l'occasion de s'appliquer en pratique. Les droits patrimoniaux américains n'offrent donc pas une protection aussi large que le droit de divulgation français.

277. Il en résulte que les droits français, européen et américain, même s'ils abordent la question à partir d'angles différents, considèrent l'internet comme un espace unique⁵¹⁴ et assurent à l'auteur une forme de contrôle sur la première communication de son œuvre au public. La mise en ligne d'une œuvre sur internet épuise donc le droit de l'auteur d'interdire son utilisation par des tiers sur ce medium. Le créateur d'une ancre pourra par conséquent utiliser une œuvre mise en ligne sur internet sans violer le droit de divulgation. En revanche, si l'œuvre n'a pas été mise en ligne, la reproduction constituera une violation du droit de divulgation en France alors qu'elle sera autorisée aux Etats-Unis. Le public français sera également privilégié dans sa compréhension des œuvres grâce au droit de paternité.

⁵¹¹ « *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* ».

⁵¹² *Playboy Ents. v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints*, 118 F.3d 199 (4th Cir. 1997).

⁵¹³ D. CANTOR, « *How Many Guests May Attend a Wedding Reception Before Ascap Shows Up ? Or, What Are the Limits of the Definition of Perform 'Publicly' Under 17 U.S.C. 101 ?* », 27 Colum. J.L. & Arts 79, automne 2003.

⁵¹⁴ Le droit européen distingue cependant entre l'internet ouvert et les espaces à accès limité.

II) Ancre et droit de paternité

278. Le respect du nom de l'auteur est apparu *de facto* au début de la Renaissance. Dans un premier temps, le nom de l'auteur était déterminé par l'usage et n'était pas toujours mentionné. Cependant, au 16^e siècle, le nom de l'auteur prend une dimension plus officielle notamment grâce à l'invention de l'imprimerie qui en assure une présentation stéréotypée⁵¹⁵. La technique a donc favorisé l'établissement d'un lien entre l'auteur et son œuvre. Le nom est dès cette époque perçu comme un moyen d'appréhension de l'œuvre. Ainsi, de nombreux auteurs mentionnent leur appartenance géographique ainsi que leurs traits de caractères qui peuvent changer en fonction du public auquel ils s'adressent. Les auteurs, et notamment Érasme⁵¹⁶, prennent conscience à cette époque de leur paternité et commence ainsi à germer une conception de ce qui est devenu le droit moral de paternité⁵¹⁷. Néanmoins, le droit de paternité a attendu plusieurs siècles avant d'être juridiquement protégé.

279. Il a notamment bénéficié d'une reconnaissance internationale en 1928 lors de la révision de Rome de la convention de Berne. L'article 6bis de la convention de Berne fait donc obligation aux États membres de respecter le droit de paternité des auteurs. Les droits français et américain sont donc tenus d'inclure le droit de paternité des auteurs. Cependant, les droits français et américain divergent profondément sur cette question.

280. Le droit français a adopté, à l'inverse du droit américain qui ne le reconnaît toujours pas, une conception *jusnaturaliste* du droit de paternité. Il est considéré en France comme un droit inné⁵¹⁸ de l'auteur lié à son acte de création intellectuelle. Le droit français se place donc, à la différence du droit américain, dans le sillage de Kant. L'auteur avait en effet relevé dans « De l'illégitimité de la contrefaçon des livres⁵¹⁹ » que « l'écrit d'un autre est un discours d'une personne et celui qui l'édite ne peut parler au public qu'au nom de cet autre, et il ne peut dire de lui-même autre chose sinon que l'auteur tient au public le discours suivant par

⁵¹⁵ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 48.

⁵¹⁶ Dans sa traduction du nouveau Testament Érasme a tenu à mentionner son nom. Voir ÉRASME, « *Correspondances* », lettre 373.

⁵¹⁷ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 49.

⁵¹⁸ A. et H.-J. LUCAS, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », Litec, 2^e édition, 2001, p. 327, n°402.

⁵¹⁹ E. KANT, « *De l'illégitimité de la contrefaçon des livres* », in *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, édition Auguste Durand, 1785.

son intermédiaire ». Il y a donc chez Kant l'idée qu'une œuvre véhicule un message qui est propre à son auteur que nul ne peut s'approprier. La paternité de l'œuvre était donc déjà perçue comme l'origine intellectuelle de l'œuvre qui ne pouvait être trahie par des tiers à l'auteur. Le respect de la paternité d'une œuvre se justifie donc vis à vis de l'auteur - qui jouit d'un *jus personalissimum*⁵²⁰ - mais également du public. Le droit de paternité de l'auteur bénéficie en effet au public dans la mesure où il peut prendre connaissance d'un discours sans erreur sur son origine, ce qui s'avère souvent fondamental dans la compréhension d'une œuvre. Le droit américain se place en revanche dans une dynamique économique et en aucun cas jusnaturaliste.

281. Le droit américain ne reconnaît traditionnellement aucune protection pour les droits moraux et notamment pour le droit de paternité. Ce rejet des prérogatives morales, issu en partie d'une traduction malheureuse en *moral rights*⁵²¹ - qui laisse entendre que ces droits ont une dimension morale - a notamment justifié la réticence du législateur américain à ratifier la convention de Berne. En outre, la faible reconnaissance des droits moraux dans le VARA est en partie due au fait que le *copyright* ne constitue pas - à l'inverse du droit français - un droit de l'Homme mais un droit d'inspiration positiviste⁵²². Enfin, le *copyright* américain tient son fondement de la même clause constitutionnel⁵²³ que le droit des brevets, ce qui implique une confusion entre les philosophies des deux droits faisant obstacle à la reconnaissance des droits moraux. Le champ d'application du VARA est par conséquent limité à celui établi par le Congrès.

282. La jurisprudence américaine n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'applicabilité du *Visual Artists Rights Act* à l'internet. Une partie de la doctrine américaine⁵²⁴ considère néanmoins qu'il y a lieu d'appliquer ses dispositions à l'internet en se fondant sur l'arrêt *Carter v. Helmsley-Spear, Inc.*⁵²⁵ qui a retenu que le *Visual Artists Rights Act* s'applique aux indépendamment du support de l'œuvre. L'arrêt s'est ainsi fondé sur un rapport de la Chambre des Représentants relatif au *Visual Artists Rights Act*⁵²⁶ retenant que le medium était

⁵²⁰ E. KANT, « De l'illégitimité de la contrefaçon des livres », *op. cit.*, p. 274.

⁵²¹ R. ROSENTHAL K WALL, « *Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible ?* », *Vanderbilt Law Review*, janvier 1985, note 6.

⁵²² *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 8 L. Ed. 1055, 1834 U.S. LEXIS 619 (U.S. 1834).

⁵²³ U.S. Const. art. I, §8, cl. 8.

⁵²⁴ N. BROWN, « *VARA Rights Get Second Life* », *Journal of High Technology Law*, 2011.

⁵²⁵ *John Carter v. Helmsley-Spear, Inc.*, 71 F.3d 77 (2d Cir. 1995).

⁵²⁶ H.R. REP. NO. 101-514, at 11 (1990).

sans importance et que les fichiers numériques, notamment des peintures, pouvaient jouir de la protection du droit moral. Le *Visual Artists Rights Act* ne pourra cependant pas s'appliquer à des reproductions d'une œuvre matérielle car il ne s'applique qu'aux originaux. La lecture libérale d'une partie de la doctrine américaine est sans doute erronée car les œuvres susceptibles de bénéficier de la protection sont toutes matérielles - ce qui devrait faire obstacle à leur protection par le VARA sur internet - et parce que le législateur de l'époque n'avait certainement pas pensé étendre l'application de la loi au numérique. Or, cette réglementation est particulièrement détaillée. Il doit par conséquent être retenu que la liste des critères de protection est exhaustive et doit être comprise strictement. Les auteurs américains devront donc chercher des équivalents fonctionnels aux droits moraux français dans les prérogatives patrimoniales de la section 106 voire dans le *Lanham Act* relatif au droit des marques.

283. Les deux droits divergent d'autant plus que le droit français a adopté une approche globale du droit de paternité en y incluant tous les attributs de la personnalité. Ainsi, le corollaire du droit au nom est établi à l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle qui établit le droit au respect de la qualité de l'auteur. Il ne s'agit pas de « jugements subjectifs laudatifs⁵²⁷ », mais de références à la condition sociale et juridique de l'auteur tels que les titres⁵²⁸, grades, distinctions ou les fonctions présentes ou passées⁵²⁹. Le droit américain n'assure aucune protection de la condition sociale et juridique des producteurs et *a fortiori* des auteurs. La divergence ne pouvait être plus grande entre les deux systèmes.

284. Ainsi, ce ne sont pas simplement deux droits qui s'offrent à l'examen, mais plus généralement deux philosophies de la création, de la culture et de la place de l'auteur dans la société. Le créateur de lien peut violer le droit de paternité de l'auteur en s'abstenant de la mentionner (A) ou en mentionnant une paternité erronée (B).

A) L'absence de mention du nom de l'auteur

⁵²⁷ P. SIRINELLI, Lamy droit des médias et de la communication : Lamy 2000, n°124-155.

⁵²⁸ CA Paris, 27 septembre 1996 : D. 1997, somm. p. 94, obs. Colombet.

⁵²⁹ T. com. Seine, 2 avril 1951 : D. 1951, jurisprudence p. 343.

285. L'absence de mention du nom de l'auteur reçoit un traitement différent pour les liens manuels (1) et automatiques (2), alors que les préjudices pour l'auteur et le public sont similaires dans les deux cas.

1) Les liens créés manuellement

286. Le droit de paternité vise à assurer le respect du « lien naturel⁵³⁰ » qui existe entre l'œuvre et son auteur. Or, le lien de paternité doit être compréhensible pour le public qui est également le bénéficiaire de ce droit. Il en résulte que la mention du nom de l'auteur doit se trouver à proximité immédiate de l'œuvre afin que la liaison soit évidente. Malgré l'avantage culturel que cela représente pour le public, les droits français et américain divergent quant à l'existence d'un principe d'accessibilité immédiate de l'information quant à l'auteur ou à l'origine.

287. En effet, le droit français accorde une protection élevée du droit de filiation entre l'auteur et son œuvre et impose par conséquent un principe d'accessibilité immédiate du nom à partir de l'œuvre. L'approche est centrée sur l'auteur et les intérêts du public des œuvres. En droit américain en revanche, la section 43(a) du *Lanham Act* - relatif au droit des marques - se limite à une protection des consommateurs et non pas du public compris comme une pluralité intellectuelle, sans considération pour l'auteur. Il ne sanctionne donc que les mentions erronées relatives à l'origine matérielle - et non pas intellectuelle - de l'œuvre. En outre, il n'impose pas d'obligation positive d'information quant à l'origine du produit. Ainsi, alors que le droit français protège positivement le droit de paternité, le droit américain se contente de sanctionner les mentions ayant pour conséquence de tromper les consommateurs. Le droit français protège donc le droit des auteurs et du public, alors que le droit américain assure le respect des intérêts des consommateurs.

288. Cette distinction s'explique par le fait - outre les raisons que nous avons rappelées précédemment⁵³¹ - qu'au moment du vote de la Constitution américaine la majorité des

⁵³⁰ C. DOUTRELONT, « *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* », Bruylant, 1997, p. 207, 290.

⁵³¹ Voir n°258 s.

œuvres créées aux Etats-Unis n'étaient pas fortement empreintes de la personnalité de leurs auteurs puisque la majorité des œuvres étaient éducatives ou civiques⁵³². La situation a néanmoins changé et la production artistique américaine est désormais fortement marquée par la personnalité des auteurs au même titre que les œuvres françaises et européennes. Il nous semble donc que la réduction du public à un ensemble de consommateur n'est plus pertinente et que le droit américain devrait introduire un droit de paternité plus large que les *ersatz* du *Lanham Act* et du *VARA*.

289. L'avantage pour l'accès à la culture que confère le droit de paternité a été souligné par la jurisprudence française. En effet, dans un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 6 juin 2008⁵³³ concernant des photographies exposant Carla Bruni, les juges ont retenu que le lien violait le droit de paternité de l'auteur car son nom n'était « pas accessible depuis l'affichage de la photographie litigieuse », mais uniquement depuis « un article illustré par cette photographie ». Les juges ont donc sanctionné l'éloignement entre l'œuvre et l'ancre menant vers le nom de l'auteur. L'ancre du lien menant au nom de l'auteur doit par conséquent se trouver à proximité de l'œuvre. Cette rigidité des juges se justifie sur l'internet car il est plus facile que dans le monde analogique de présenter le nom de l'auteur près de son œuvre. Ainsi, alors qu'il est compréhensible de ne pas écrire le nom de l'auteur d'une pièce de théâtre sur le devant de la scène, il serait critiquable de ne pas le mentionner à proximité immédiate de la vidéo protégée car cela ne gêne pas la visualisation de l'œuvre. La jurisprudence n'a pas à faire preuve de souplesse quand la mention du nom de l'auteur à proximité de son œuvre ne soulève pas de difficulté technique. En outre, l'absence de mention du droit de paternité ne constitue qu'une simple commodité pour les créateurs de sites internet et non pas une nécessité technique assurant une meilleure circulation des œuvres ainsi qu'une baisse des coûts. Il est donc relativement aisé de respecter les prérogatives des auteurs et il n'y a donc pas lieu de limiter le champ d'application du droit de paternité.

290. Ce principe de proximité est inconnu en droit américain car la création d'un lien vers l'origine du produit n'est pas obligatoire. En outre, si un lien est établi entre un produit et son origine, l'internaute n'aura pas l'obligation de placer l'ancre à proximité immédiate de l'image du produit dès lors que cela ne crée pas un risque de confusion. Le droit américain

⁵³² J. GINSBURG, « *A Tale of Two Copyrights* », *Tulane Law Review*, 64 (5), may 1990, 1001.

⁵³³ TGI Paris, 6 juin 2008, 3^e ch., 2^e section, n° de RG : 08/05391, Legalis.

n'aborde donc pas la question en terme de droit des auteurs mais d'interdiction de tromper les consommateurs. Le droit américain ne rejoint donc que très partiellement le droit français.

291. Le *copyright* pâtit de l'approche mercantile du droit américain qui n'oblige pas à relier une œuvre à un auteur. L'approche française nous semble préférable car elle permet aux auteurs de voir leur droit au nom respecté, et elle assure au public l'accès à une information directe sur l'origine intellectuelle des œuvres⁵³⁴. La comparaison entre les deux systèmes permet donc de souligner que les droits moraux ne protègent pas que les intérêts des auteurs mais également ceux de la société. En effet, l'absence de mention de l'auteur ne permet pas de connaître la source intellectuelle de l'œuvre, ce qui fait obstacle à une compréhension globale du contexte philosophique d'une œuvre et ne renforce pas la sécurité des sources sur internet. Le droit de paternité est donc irrigué d'une fonction sociale renforçant l'accès à la culture que le droit américain n'a pas saisie.

292. La solution américaine nous apparaît dès lors injustifiée car elle n'assure pas une meilleure circulation des œuvres et n'incite pas à la création d'œuvres nouvelles. Le droit américain pourrait par ailleurs aller plus loin que le droit français dans la mesure où il n'a pas adopté un paradigme jusnaturaliste lui permettant de régler tout conflit entre droit de paternité et intérêt du public en faveur de ce dernier - ce qui s'avère protecteur du droit à la culture - alors que le droit français résoudrait un tel conflit en faveur des auteurs. La dimension sociale du droit français n'est donc pas une couche constituante du droit de paternité mais une éclosion des racines jusnaturalistes. Le public américain peut cependant souvent se référer à la mention de *copyright* afin de connaître l'auteur de l'œuvre.

293. La mention de *copyright*⁵³⁵, traditionnellement utilisée aux Etats-Unis alors qu'elle est inconnue du droit français, n'assure cependant qu'une protection imparfaite du droit de paternité tel qu'il est conçu en France. Elle a perdu son caractère obligatoire aux Etats-Unis depuis le *Berne Convention Implementation Act*⁵³⁶. Les auteurs américains continuent néanmoins à recourir à la mention pour les avantages qu'elle offre aux auteurs⁵³⁷, notamment

⁵³⁴ J. GINSBURG, « *The Most Moral Of Rights : The Right To Be Recognized As The Author Of One's Work* », Geo. Mason. J. Int'l. Commercial L., 11 juillet 2016.

⁵³⁵ De type « © nom de l'auteur année. »

⁵³⁶ Berne Convention Implementation Act, Pub. L. 100-568, 31 octobre 1988.

⁵³⁷ Copyright Office, « *Copyright Notice* », Circular 3, février 2013, accessible à <http://www.copyright.gov/circs/circ03.pdf> (dernier accès : 30/05/2015).

parce qu'elle permet d'écartier la défense de *innocent infringement*⁵³⁸. La mention ne constitue qu'un équivalent fonctionnel incomplet du droit de paternité français car elle requière de mentionner le titulaire du *copyright* qui peut ne pas être l'auteur en cas de cession de l'œuvre⁵³⁹. La différence est profonde avec le droit français qui retient que même en cas de cession de ses droits patrimoniaux, l'auteur conserve le droit de voir son nom lié à son œuvre car les droits moraux sont inaliénables⁵⁴⁰.

294. En outre, l'arrêt américain *UMG v. Veoh*⁵⁴¹ a retenu que l'établissement d'un lien vers une œuvre ne satisfait pas au respect de la mention de *copyright*. De ce point de vue, la rigueur dont a fait preuve l'arrêt UMG correspond à la position protectrice que nous recommandons en droit français pour le droit de paternité. La protection est donc plus rigide en droit américain mais elle ne permet, à l'inverse du droit français, que de protéger les auteurs qui exploitent eux-mêmes leurs œuvres et qui n'ont donc pas cédé leurs droits. En effet, la mention de *copyright* ne se réfère pas à l'auteur de l'œuvre mais au titulaire des droits de *copyright*. Or, dès lors qu'un auteur cède ses droits aux Etats-Unis, il n'a plus le *copyright* sur son œuvre.

295. Le droit américain n'assure donc qu'une protection bien lointaine des fondements du droit moral. Cependant, la jurisprudence française a adopté une approche dogmatique qui l'amène à adopter des solutions inadéquates à l'internet.

2) Les liens créés automatiquement

296. Il est particulièrement complexe pour un moteur de recherche de mentionner l'auteur d'une œuvre qu'il utilise afin de constituer l'ancre d'un lien. En effet, les auteurs n'étant pas tenus de respecter le moindre formalisme pour jouir du droit d'auteur⁵⁴², ils ne sont pas tenus de renseigner leur nom dans le code source de leurs œuvres. Or, seule la mention dans le code source permettrait aux logiciels de connaître le nom de l'auteur. Dès lors, le respect du droit

⁵³⁸ 17 U.S.C. §401(d).

⁵³⁹ 17 U.S.C. 401(b)(3) ; American Law Report, ALR Federal 2d, 2007, 16 A.L.R. Fed. 2d 1.

⁵⁴⁰ Article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle.

⁵⁴¹ *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc.*, 665 F. Supp. 2d 1099 (C.D. Cal. 2009).

⁵⁴² Article 5.2 de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

moral constitue une difficulté insurmontable pour les moteurs de recherches. Cette difficulté juridique va à l'encontre de l'objectif des législateurs européen⁵⁴³ et américain⁵⁴⁴ qui ont voulu établir des régimes prévisibles afin de sécuriser les prestataires de services.

297. La faible reconnaissance de droits moraux aux Etats-Unis, qui visait initialement à favoriser la circulation des œuvres, s'avère donc favorable aux moteurs de recherche en ce qu'elle permet de ne pas les confronter à une obligation à laquelle ils ne peuvent généralement pas faire face. L'absence de droit moral renforce donc la liberté du commerce et de l'industrie des moteurs de recherche - et par conséquent l'accessibilité des œuvres sur internet - alors que le droit français continue à privilégier l'intérêt actuel des auteurs. Les approches des deux droits diffèrent donc profondément.

298. La solution traditionnelle française a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juillet 2012⁵⁴⁵. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait retenu que le créateur automatique d'un lien - donc d'une ancre - engage sa responsabilité pour violation du droit de paternité lorsque le nom de l'auteur n'apparaît pas à côté de son œuvre présentée sous forme de vignette. Les moteurs de recherche ont donc obligation de mentionner les auteurs des œuvres qu'ils utilisent afin de créer des ancres. La solution française se place ainsi dans le sillage de l'arrêt belges *Central Station*⁵⁴⁶ et confirme également la jurisprudence antérieure qui sanctionnait la reproduction d'une œuvre sur une page internet sans mention de son auteur⁵⁴⁷. Il s'agit donc d'une solution classique et ferme de la tradition continentale.

299. La solution continentale a le mérite de la prévisibilité car elle est classique. En outre, en appliquant dans un premier temps la LCEN⁵⁴⁸, puis le droit commun lorsque le moteur de recherche n'obtempère pas à une notification, le droit français établit un équilibre délicat entre le respect du droit de paternité et la sécurisation des moteurs de recherche. Les moteurs de recherche devront par conséquent mentionner le nom de l'auteur près de l'œuvre utilisée

⁵⁴³ Document de la Commission COM (1997) 157 final du 16 avril 1997, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique.

⁵⁴⁴ U.S. Committee on the Judiciary, « *The Digital Millenium Copyright Act of 1998* », S. Rpt. 105-190, 105, accessible à <http://digital-law-online.info/misc/SRep105-190.pdf> (dernier accès : 8/07/2015).

⁵⁴⁵ Cass. civ. 1, 12 juillet 2012, n° de pourvoi 11-15165 et 11-15188.

⁵⁴⁶ Civ. Bruxelles (cess.), 16 oct. 1996, *Auteurs & Média*, 1996, p. 426 ; Bruxelles (9^e ch.), 18 oct. 1997, *Auteurs & Média*, 1997, p. 383.

⁵⁴⁷ CA Orléans, 10 nov. 2005, *Cardona c/ Lapaque*, *Juris-Data* n° 295789.

⁵⁴⁸ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

comme ancre à la suite de la réception d'une notification en ce sens. Les créateurs automatiques de liens n'ont donc pas d'obligation de rechercher le nom de l'auteur mais de prendre acte du lien entre un auteur et son œuvre et de le mentionner. Cet équilibre techniciste présente cependant le défaut de l'incohérence avec l'article 8.3 de la convention de Berne dans la mesure où il impose une formalité aux auteurs afin qu'ils puissent jouir de leurs droits moraux.

300. Le droit américain adopte en revanche une position plus pragmatique et favorable à la liberté de lier. En effet, la section 43(a) du *Lanham Act* - qui établit le régime du droit des marques⁵⁴⁹ - ne crée pas d'obligation de mentionner le nom du producteur mais interdit simplement de tromper les consommateurs sur l'origine. Il n'existe donc pas d'obligation positive de mentionner le nom de l'auteur mais une obligation négative de ne pas tromper les consommateurs sur l'origine d'un produit - ce qui s'avère très éloigné du droit de paternité à la française. Les créateurs de liens n'ont pas d'obligation de mentionner leur nom près des ancres en droit américain. Cette solution s'avère donc plus facilement applicable que celle adoptée en droit français.

301. La solution américaine est par conséquent plus sécurisante pour les créateurs automatiques de liens, mais elle ne présente pas l'avantage d'inciter à la construction d'un internet plus sûr intellectuellement par la connexion du nom de l'auteur avec son œuvre. Le système de notification ne nous semble pas constituer un obstacle insurmontable pour les auteurs. Ces derniers ont en effet également la charge de la construction de l'internet et du contrôle du respect de leurs droits, qu'il s'agisse de l'affirmation de leur nom ou de la lutte contre les mentions erronées.

B) La violation du droit de paternité par la mention erronée du nom de l'auteur

302. Le droit de paternité est dual. Il est en effet constitué d'un droit positif, celui de mentionner son nom près de son œuvre, et négatif, qui consiste à publier une œuvre sous

⁵⁴⁹ La section 43(a) du *Lanham Act* relative à l'origine d'un bien constitue l'équivalent le plus proche en droit américain du droit de paternité français.

couvert d'anonymat ou de pseudonymat⁵⁵⁰. Ainsi, lorsque la mention du nom de l'auteur s'avère erronée elle violera le droit à la paternité (1). En outre, la mention du nom de l'auteur peut être apposée près de l'œuvre alors que celui-ci avait choisi l'anonymat ou le pseudonymat (2).

1) La mention erronée du nom de l'auteur

303. Il s'agit de la conséquence des dispositions de l'article 6bis de la convention de Berne relatif au droit de paternité. La mention erronée du nom de l'auteur constitue une violation de son droit moral. Malgré cette source juridique commune, et outre des influences historiques et culturelles partagées⁵⁵¹, les logiques diffèrent entre les droits français et américain.

304. En effet, en droit français, la fausse mention du nom de l'auteur est considérée comme une violation du droit moral de paternité⁵⁵². La mention erronée du nom de l'auteur près de l'œuvre utilisée aux fins de constitution d'une ancre engagera donc la responsabilité civile⁵⁵³ et pénale⁵⁵⁴ de son créateur pour violation du droit de paternité. L'application d'une sanction pénale peut paraître particulièrement sévère mais elle s'avère cohérente avec le principe de la protection par l'ordre public des droits moraux⁵⁵⁵. Le créateur d'un lien qui mentionne une paternité erronée engage donc sa responsabilité pour contrefaçon. Le droit américain adopte en revanche une approche éclatée en appliquant le droit des marques et le droit des *torts*.

305. Les droits de *Common law* - comme le droit anglais⁵⁵⁶ - ne reconnaissent pas de sanction pénale pour la violation des droits moraux. Le droit américain s'inscrit dans cette tradition en ne reconnaissant aucune sanction pénale de ce qui correspond en France aux

⁵⁵⁰ OMPI, « *Guide de la convention de Berne* », OMPI, 1978, p. 45.

⁵⁵¹ Voir supra n°253.

⁵⁵² Utrillo, 18 juillet 2000, Bull. civ. I, n°225 ; RIDA, 188, avr. 2001, 309 ; JCP 2002. II. 10041, obs. LEFRANC ; Paris, 4^e ch. A, 28 févr. 2007, Le Cherche-Midi Éditeur c. P. Aubry, F. POLLAUD-DULIAN, RTD Com. 2007, p. 352.

⁵⁵³ Au civil la seule matérialité de la contrefaçon suffit pour la condamnation. Voir F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 1769.

⁵⁵⁴ Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954 : Juris-Data n° 1997-005582 ; Bull. crim. 1997, n° 310 ; Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, Loi DADVSI, § 57 : la décision affirme que les droits moraux nécessitent une protection pénale.

⁵⁵⁵ M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *op. cit.*, 407.

⁵⁵⁶ Copyright, Designs and Patents Act 1988 s.103(1).

droits moraux même pour violation du VARA. Pour les œuvres ne relevant pas du VARA, le droit américain adopte une approche très lointaine de la conception romantique française. En effet, la section 43(a) du *Lanham Act*, qui régit le droit des marques, pourra avoir vocation à s'appliquer. Elle ne protège que contre les confusions du public quant à l'origine de l'œuvre et ne vise donc pas, à l'inverse du *Copyright Act*, à inciter à la création d'œuvres⁵⁵⁷. Le droit des marques est en outre fondé⁵⁵⁸ sur la *Commerce clause*⁵⁵⁹ de la Constitution et non pas sur la *Copyright clause*. La protection accordée repose donc sur un fondement très différent du *copyright* américain et du droit d'auteur français. Malgré ces différences, il n'en reste pas moins que la mention erronée ayant pour conséquence de tromper les consommateurs sur l'origine d'une œuvre sera sanctionnée. Le *Lanham Act* pourra par conséquent constituer dans certains cas un équivalent du droit moral de paternité du droit français. Cependant, la convergence entre les deux régimes s'avère limitée. En effet, le critère de la confusion n'inclut pas les mentions erronées ne risquant pas de tromper les consommateurs⁵⁶⁰ ou qui ne créent qu'une erreur *de minimis*⁵⁶¹ alors que le droit français sanctionnera toute liaison erronée. Le droit d'auteur français adopte en revanche une approche plus rigide en sanctionnant toute erreur sur le nom de l'auteur indépendamment de la propension à induire le public en erreur. Le droit américain tolère donc certaines erreurs car il n'assure pas un droit culturel - qui requiert une grande précision - mais protège la confiance des consommateurs dans l'origine de produits.

306. Outre la protection par un droit de propriété intellectuelle, les auteurs pourront également rechercher à opposer le droit des *torts* – c'est à dire la responsabilité délictuelle - aux créateurs d'ancres. Cette approche n'est pas surprenante car la convention de Berne ne requiert pas une protection des droits moraux par le droit d'auteur mais une protection de leur substance⁵⁶². Il est par conséquent possible pour les États membres de recourir à des équivalents fonctionnels. Le Royaume-Uni a donc pu protéger les droits moraux par le droit

⁵⁵⁷ K.R. SIDO, J. LIFSCHITZ, R. KARPINSKI, « *Architect and Engineer : Claims Against Design Professionals* », *Architect & Engineer Liability* s 10.14, 2015.

⁵⁵⁸ K.R. SIDO, J. LIFSCHITZ, R. KARPINSKI, « *Architect and Engineer : Claims Against Design Professionals* », *ibid.*

⁵⁵⁹ Article 1, Section 8, Clause 3 of the U.S. Constitution.

⁵⁶⁰ D. Nimmer, « *Nimmer on Copyright* », *op. cit.*, §8D.03[A][2][b].

⁵⁶¹ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (200) à 32-33.

⁵⁶² J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 273, 1998, p. 279.

des *torts* après la réforme de la convention de Berne de 1928⁵⁶³. Ainsi, les *torts* de *false light* et de *appropriation* pourront *a priori* avoir vocation à s'appliquer aux ancrés. La logique diverge cependant de l'approche française car il s'agit de sanctionner un acte fautif alors que le droit français interdit la violation d'un droit subjectif. Le droit des *torts* vise en effet à réparer un mal causé par autrui⁵⁶⁴ dans le cadre d'une justice correctrice visant à rétablir l'égalité initiale entre les parties⁵⁶⁵. Le droit des *torts* se contente donc d'interdire certains comportements dans le but de réguler les relations interpersonnelles⁵⁶⁶. Il assure *in fine* la protection des justiciables sans distinction⁵⁶⁷, conformément à l'idéal égalitariste américain qu'il tient de l'influence protestante⁵⁶⁸. Le droit moral français, d'inspiration romantique, crée en revanche des droits visant à protéger une œuvre et, concomitamment, une personne sacralisée en la personne de l'auteur. Le droit des *torts* n'offre qu'une protection négative d'interdire certains actes alors que le droit d'auteur confère des droits positifs d'imposer le respect des droits des auteurs⁵⁶⁹. Ainsi, bien que le droit moral soit une invention prétorienne issue du droit de la responsabilité délictuelle⁵⁷⁰, il s'est largement émancipé de sa logique.

307. Tout d'abord, le *tort* de *false light*⁵⁷¹ protège la dignité ainsi que la réputation d'un individu et s'avère donc indifférent aux considérations intellectuelles que véhiculent les droits moraux. Les tiers engageront leur responsabilité⁵⁷² lorsqu'ils feront circuler une information fautive et particulièrement vexatoire⁵⁷³ sur une personne raisonnable et en ayant une intention effective de nuire⁵⁷⁴. Ce *tort* pourra donc, dans certains cas, être rapproché de l'interdiction de présenter autrui comme l'auteur de l'œuvre qu'introduit le droit de paternité. Ainsi, dans le cadre de la création d'une ancre, la mention erronée de la paternité de l'œuvre pourra placer la

⁵⁶³ S. RICKETSON, « *The Berne Convention For The Protection of Literary and Artistic Works : The American Experience* », 11 Colum.-VLA JL & Arts 89, 1986, 459-462.

⁵⁶⁴ J.L. COLEMAN, « *Risks and Wrongs* », Oxford University Press, 1992.

⁵⁶⁵ Aristote, « *Éthique à Nicomaque* », 350 avant Jésus-Christ.

⁵⁶⁶ D.G. OWEN, « *Philosophical Foundations of Tort Law* », Larendon Paperbacks, 1995, p. 7.

⁵⁶⁷ D.G. OWEN, « *Philosophical Foundations of Tort Law* », *ibidem*, p. 15.

⁵⁶⁸ M. BOUDREAU, « *Les rapports en religion et droit - l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains* », thèse de l'Université de Montpellier I, 30 octobre 2000, p. 185, 215.

⁵⁶⁹ É. SILZ, « *Notion juridique de droit moral de l'auteur* », 1933, Revue trimestrielle de droit civil, n°2, p. 359.

⁵⁷⁰ É. SILZ, « *La notion juridique de droit moral de l'auteur* *ibidem*, p. 339 et p. 352.

⁵⁷¹ Le *tort* de *false light* est constitué lorsque le défendeur a fait la publicité de faits erronés. Il est nécessaire que les faits allégués soient de nature à ce qu'une personne raisonnable s'y oppose. L'information doit être communiquée à un nombre important de personnes. Voir *Restatement (Second) of Tort* §652E.

⁵⁷² *Restatement (Second) of Torts* §652E.

⁵⁷³ « *Highly offensive* » (traduction libre).

⁵⁷⁴ « *With actual malice* » (traduction libre).

personne sous une fausse lumière et elle pourra à ce titre engager la responsabilité du créateur de lien. Cette approche diverge du droit moral français qui protège l'œuvre, mais elle n'est pas si éloignée de la conception de la convention de Berne qui protège l'honneur. C'est donc la personne qui est protégée alors que le droit français protège l'œuvre et par voie de conséquence les intérêts culturels de l'auteur. En outre, le seuil de protection est particulièrement élevé en droit américain alors que toute erreur sera sanctionnée en droit français. Le droit américain sanctionne le préjudice à l'honneur alors que le droit français assure le respect de l'origine intellectuelle de l'œuvre. Les logiques sont donc très éloignées.

308. Un autre fondement de responsabilité civile se situe dans le sillage du tort de *false light*. Il s'agit du *appropriation of name or likeness*. Le *Restatement (Second) of Torts* 652(C) - qui n'a pas valeur obligatoire mais constitue un modèle pour les États fédérés - sanctionne l'appropriation du nom d'autrui dans un contexte publicitaire. Le *tort* vise à protéger l'intérêt de l'individu dans l'utilisation exclusive de son identité contre les utilisations par autrui ou dans le bénéfice d'un tiers. La divergence est encore plus importante avec le droit moral français qui s'applique à tous les contextes alors que le *tort* de *appropriation* se limite aux usages commerciaux. Le droit américain est donc éloigné de l'approche transversale française.

309. En outre, le *tort* de *appropriation*⁵⁷⁵ protège une personne de l'utilisation sans autorisation de son identité dans l'intérêt du défendeur. Ce *tort* ne constitue qu'un équivalent partiel du droit de paternité car il limite son champ d'application à l'utilisation dans l'intérêt du défendeur - c'est à dire du publicitaire - alors que ce critère est indifférent en droit français. En outre, il existe un seuil en dessous duquel l'utilisation du nom de l'auteur ne sera pas sanctionnée. Il sera en effet nécessaire d'apporter la preuve que le nom de l'auteur a été apposé à côté d'une ancre laissant penser qu'il promeut⁵⁷⁶ le produit, ce qui constitue un seuil d'exigence élevé. Cette conception contraste avec le droit moral français qui sanctionne en revanche toute erreur dans la mention de la paternité. En outre, il ne s'agit pas d'une réglementation spécifique aux auteurs - contrairement au droit moral français - qui ne jouissent pas d'une meilleure protection en leur qualité de créateur que les autres citoyens. Le droit américain n'offre donc un régime *ad hoc* aux auteurs que de façon très limitée alors que

⁵⁷⁵ Restatement (Second) of Torts, §652C.

⁵⁷⁶ « *Endorse* » (traduction libre). Voir *Flake v. Greensboro News Co.*, 195 S.E. 55 (N.C. 1938) ; J.L. DIAMOND, L.C. LEVINE, A. BERNSTEIN, « *Torts* », Lexisnexis, 5^e édition, 2013, p. 377.

le droit français les distingue très clairement. Les créateurs d'ancres ne devront donc pas utiliser l'identité d'autrui de façon offensive ou injurieuse. Les protections des droits français et américain divergent donc profondément.

310. La mention erronée de la paternité fait donc l'objet d'approches différentes en France et aux Etats-Unis. Le droit français la condamne car l'œuvre a un lien particulier avec son auteur. Aux Etats-Unis en revanche les auteurs auront des actions limitées afin de mettre un terme à une paternité erronée. Cependant, la protection sera beaucoup plus large en France et le public bénéficiera de façon beaucoup plus ample de cette sécurité intellectuelle. Cette différence de conception s'étend en matière d'anonymat et de pseudonymat.

2) Le dévoilement du nom de l'auteur

311. Le choix de l'anonymat ou du pseudonymat peut soit correspondre à une volonté de discrétion de l'auteur⁵⁷⁷, soit relever d'une démarche intellectuelle libertaire. En effet, dès la Renaissance, certains auteurs⁵⁷⁸ publiaient de façon anonyme ou sous couvert d'un pseudonyme leurs œuvres afin de ne pas être condamnés par les tribunaux civils ou ecclésiastiques. Plus tard, le maréchal Foch a publié des articles de presses relatifs à la conduite des opérations militaires sous couvert d'anonymat afin de ne pas violer son obligation de réserve⁵⁷⁹. Le nom de l'auteur a donc servi, et sert encore aujourd'hui, à contourner la censure⁵⁸⁰. Le choix du pseudonymat assure une meilleure publicité de l'écrit, ce qui pourra parfois augmenter les ventes et assurer une meilleure rémunération à l'auteur⁵⁸¹. Le choix de l'anonymat ou du pseudonymat permet donc de libérer la parole des auteurs. Cependant, ces deux prérogatives établissent des équilibres différents dans les relations entre l'auteur et son public. En effet, dans le premier cas, le public n'a aucune idée de l'origine

⁵⁷⁷ C.G. DE LAMOIGNON DE MALESHERBES, « *Mémoires sur la librairie et sur la liberté de la presse* », H. Agasse, 1809, p. 37 : « il y a quantité d'auteurs qui ne veulent pas être connus quoique leur ouvrages ne contiennent rien de répréhensible ».

⁵⁷⁸ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 51-52.

⁵⁷⁹ G. BONET, « *L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique* », thèse, Paris, 1966, p. 8.

⁵⁸⁰ M. FOUCAULT, « *Qu'est-ce qu'un auteur ?* », Bulletin de la société française de philosophie, LXIV, 1969.

⁵⁸¹ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 74.

intellectuelle de l'œuvre. Dans le second en revanche, le public a connaissance d'une origine intellectuelle bien qu'il ne connaisse pas la personne. La compréhension de l'œuvre sera donc plus précise avec le pseudonymat qu'avec l'anonymat. Ces deux méthodes offrent en outre la possibilité à l'auteur de créer dans plusieurs registres⁵⁸², ce qui participe du dynamisme culturel. Cette liberté de l'auteur a néanmoins attendu plusieurs siècles avant d'être reconnue par le droit.

312. Le corollaire des droits à l'anonymat et au pseudonymat est le droit de ne pas voir son œuvre attribuée à autrui⁵⁸³. L'article 6bis de la convention de Berne oblige en effet les États membres à adopter des mesures permettant de protéger l'anonymat et le pseudonymat⁵⁸⁴. La convention impose donc aux créateurs de liens de respecter le choix de l'anonymat ou du pseudonymat des auteurs. Les États membres sont ainsi tenus d'introduire des règles relatives à ces prérogatives en droit interne. Le droit américain, à la différence du droit français, a procédé à une lecture minimaliste des dispositions de la convention de Berne.

313. Les droits à l'anonymat et au pseudonymat existaient déjà⁵⁸⁵ en droit français avant la révision de Rome de 1928. La France n'a donc pas eu besoin de modifier le droit d'auteur sur ce point. Les États-Unis n'ont en revanche modifié qu'à la marge leur législation sur la question à la suite de leur adhésion à la convention de Berne en 1988. Ils n'ont cependant intégré le droit à l'anonymat et au pseudonymat que dans le *Visual Artists Rights Act*⁵⁸⁶ qui

⁵⁸² I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *ibidem.*, p. 78.

⁵⁸³ S. GREGOIRE, « *Exercice des droits des auteurs – droit moral – droit au nom* », Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, 22 février 2002, fasc. 1214, 23.

⁵⁸⁴ P. Goldstein, R.A. REESE, « *Selected Statutes and International Agreements on Unfair Competition, Trademark, Copyright and Patent* », Foundation Press, 2012, p. 315.

⁵⁸⁵ Voir notamment Tribunal Civil de la Seine, 28 novembre 1927, G.P. 1928-I-14.

⁵⁸⁶ Aux États-Unis la jurisprudence n'a pas tranché la question de savoir si le VARA protège le choix de l'anonymat ou du pseudonymat de l'auteur (Mass. Gen. Laws ch. 231, § 85S (2006)). La doctrine plaide néanmoins pour l'application de la section 106A du Copyright Act dans ces hypothèses (R. ROSENTHAL K WALL, « *Authors in Disguise : Why the Visual Artists Rights Act Got it Wrong* », Utah Law Review, 2007, accessible à http://law.scu.edu/wp-content/uploads/hightech/Authors%20in%20disguise___by%20Roberta%20Rosenthal%20Kwall.pdf (dernier accès : 2/11/2014)) conformément aux travaux préparatoires (U.S. H.R. REP. No. 514, 101st Cong., 2d Sess. 11 (1990), 14). Le VARA constitue, par rapport aux législations étatiques antérieures, un renforcement de la protection de l'anonymat et du pseudonymat (D. EDWARD J., « *Comparison of State and Federal Moral Rights Protection : Are Artists Better Off after VARA ?* », 15 Hastings Comm. & Ent. L.J. 953, 1992-1993) dans la mesure où aucun État ne protégeait l'anonymat ni le pseudonymat à l'exception des États du Massachusetts (MASS. ANN. LAWS ch. 231, § 85S(d)) et du Nouveau Mexique (N.M. STAT. ANN. § 13-4B-3(B)). Le VARA a donc permis l'introduction en droit américain des dispositions relatives à l'anonymat et au pseudonymat de la convention de Berne mais pour une liste limitée d'œuvres. La conception américaine de la création a donc fait un pas vers

n'est pas applicables aux reproductions. Les droits français et américain suivront donc leurs paradigmes nationaux, à savoir romantique pour le premier et mercantile et fondé sur le respect de la vie privée pour le second.

314. En droit français, l'auteur peut choisir de publier son œuvre anonymement ou sous un pseudonyme⁵⁸⁷. Il faut y voir non seulement le pendant négatif du droit à la paternité, mais également la conséquence de la liberté d'expression et de la liberté de création⁵⁸⁸. Ce choix n'a pas d'incidence sur la jouissance des droits d'auteur sur l'œuvre⁵⁸⁹ en dehors de certaines règles adaptées comme le calcul de la durée des droits⁵⁹⁰. Ainsi, le dévoilement du nom de l'auteur par apposition de la mention de son patronyme près de l'ancre constituée par son œuvre s'analyse en une violation de son droit moral à conserver l'anonymat ou le pseudonymat. Le créateur d'ancre engagera sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle. Il encourt par conséquent le paiement de dommages et intérêts à l'auteur ainsi qu'une peine de 300.000 euros d'amende et de 3 ans d'emprisonnement⁵⁹¹. L'introduction d'une protection pénale souligne le fait qu'il s'agit d'une valeur centrale du système juridique français. La solution est diamétralement opposée outre-Atlantique.

315. Aux États-Unis, le palliatif du droit des marques ne constituera aucune aide pour les auteurs dans la mesure où la révélation de leur véritable identité n'est pas de nature à les tromper sur l'origine du produit. Il s'en suit que le droit américain ne respecte pas les dispositions de l'article 6bis de la convention de Berne. Cette situation est surprenante dans la mesure où le droit américain s'est toujours montré particulièrement protecteur de la liberté d'expression et que le respect du choix de l'anonymat ou du pseudonymat renforce cette

l'approche française. Cependant, le VARA n'a pas vocation à s'appliquer aux ancres. Son champ d'application est si limité qu'il n'y a pas lieu de conclure que les États-Unis ont changé de paradigme sur la question de l'anonymat et du pseudonymat et partant sur la conception qu'ils se font de la création.

⁵⁸⁷ Versailles, 12^e ch., sect. B, 25 févr. 2010, n° 09-00.120, Sango, RIDA oct. 2010. 480, obs. P. Sirinelli, p. 353 ; Propr. intell., juill. 2010. 845, obs. J.-M. Bruguière ; F. POLLAUD-DULIAN, « *Droit moral. Nom de l'auteur* », RTD Com. 2011, p. 107.

⁵⁸⁸ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 348.

⁵⁸⁹ L. 113-6 du Code de la propriété intellectuelle : les auteurs des œuvres pseudonymes et anonymes jouissent sur celles-ci des droits reconnus par l'article L. 111-1.

⁵⁹⁰ L. 123-3 du Code de la propriété intellectuelle : « Pour les œuvres pseudonymes, anonymes ou collectives, la durée du droit exclusif est de soixante-dix années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle où l'œuvre a été publiée. La date de publication est déterminée par tout mode de preuve de droit commun, et notamment par le dépôt légal ».

⁵⁹¹ Article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle.

liberté⁵⁹². La conception américaine du *copyright* est donc réduite à sa simple dimension accessoire visant à inciter à la création d'œuvres et ne prenant pas en considération sa dimension libertaire. Il ne s'agit pas tant d'une prérogative assurant le plein exercice de la liberté d'expression même en cas de dictature - car un tel régime aurait tôt fait de retirer cette liberté - mais plutôt une indépendance vis à vis de la société permettant une plus grande liberté d'expression. Le droit à l'anonymat et au pseudonymat permettent aux auteurs de s'exprimer avec la même discrétion que ne le font les internautes sur des sites où leur identité n'est pas communiquée. Il est indéniable que dans les deux cas l'absence d'identification des personnes libère leurs paroles. Le droit américain n'assure donc que la dimension juridique de la liberté d'expression sans prendre en considération son aspect social. Cette différence avec le droit français est partiellement atténuée par les droits des États fédérés.

316. En effet, les États fédérés offrent une protection aux auteurs via la réglementation étatique de la vie privée. La vie privée est protégée par plusieurs *torts*⁵⁹³ - et notamment les *torts* de *appropriation*⁵⁹⁴ et de *false light*⁵⁹⁵ - qui assurent une protection contre le dévoilement non souhaité du nom d'un individu. Ainsi, l'État de New York a été le premier à interdire l'utilisation du nom d'une personne dans un cadre publicitaire ou commercial sans son consentement⁵⁹⁶. Les auteurs pourront par conséquent interdire la mention de leur nom près de leur œuvre, notamment s'il est utilisé afin de constituer une ancre, lorsque le lien à une visée publicitaire ou commerciale. Tous les États fédérés ont depuis adopté une réglementation relative à la vie privée⁵⁹⁷. Il ne s'agit cependant pas d'une protection pensée en considération de l'œuvre mais visant à protéger des individus - indépendamment de leur qualité d'auteur - contre l'utilisation de leurs noms.

317. Alors que le *copyright* tient sa légitimité de sa capacité à encourager à la création d'œuvres pour le public, les intérêts intellectuels de ce dernier ne sont pas pris en compte. Le *copyright* américain a par conséquent cherché à assurer un intérêt quantitatif et non pas

⁵⁹² Voir notamment le Premier Amendement de la Constitution américaine, introduit en 1791, et qui protège la liberté d'expression.

⁵⁹³ J.L. DIAMOND, L.C. LEVINE, A. BERNSTEIN, « *Torts* », Lexisnexis », 2013, p. 375-382.

⁵⁹⁴ Voir supra n°307.

⁵⁹⁵ Voir supra n°308.

⁵⁹⁶ 1903 N.Y. Laws ch. 132 §§ 1 to 2 (codified as amended at N.Y. Civ. Rights Law §§ 50 to 52).

⁵⁹⁷ R.I. Gen. Laws § 9-1-28.1; Wis. Stat. Ann. § 895.50; Neb. Rev. Stat. §§ 20-201 to 20-211, 25-840.01; *Billings v. Atkinson*, 489 S.W.2d 858 (Tex. 1973); *Lake v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 582 N.W.2d 231, 26 Media L. Rep. (BNA) 2175 (Minn. 1998); *Hougum v. Valley Memorial Homes*, 1998 ND 24, 574 N.W.2d 812, 816 (N.D. 1998).

qualitatif du public. Cette approche se justifiait au lendemain de l'indépendance des Etats-Unis mais elle nous semble désormais obsolète. Il n'y a en effet aucun risque que le pays manque de production intellectuelle. En outre, les types d'œuvres produites à l'indépendance et aujourd'hui ne sont plus les mêmes. Les œuvres modernes ne sont pas majoritairement pratiques et sont souvent marquées par une forte dimension personaliste. L'introduction du droit de paternité nous semble donc correspondre à l'état de la création américaine contemporaine. L'introduction du droit de paternité devrait être effectuée concomitamment au droit à l'intégrité afin d'assurer les intérêts culturels du public.

Paragraphe 2 : Ancrage et droit d'intégrité

318. La reproduction d'une œuvre protégée n'est pas par nature une chose négative pour l'auteur. En effet, jusqu'à la fin du 20^e siècle, la reproduction d'une œuvre d'un auteur était considérée comme un honneur en Chine⁵⁹⁸. Cependant, au-delà d'un certain seuil, nous ne pensons pas qu'il relève du devoir des États de protéger l'honneur des personnes contre elles-mêmes. Les auteurs doivent avoir la possibilité de décider que les œuvres pourront être reproduites ou représentées par autrui sans que le droit ne leur impose en dehors des exceptions en faveur du public. En effet, étant donné que le droit moral permet de protéger concomitamment les intérêts des auteurs et du public, il apparaît que l'auteur est mieux placé que toute organisation étatique pour déterminer l'intégrité de l'œuvre. L'auteur joue donc le rôle de mandataire du public.

319. Le droit de « s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de [l']œuvre » est mentionné à l'article 6bis de la convention de Berne. Le droit à l'intégrité constitue donc, avec le droit de paternité, l'un des deux droits reconnus par la convention.

320. La recherche d'un consensus autour du droit moral a amené les rédacteurs de la réforme de 1928 à établir un droit au respect *a minima*⁵⁹⁹. En effet, la convention adopte une

⁵⁹⁸ W. ALFORD, « *To Steal Book Is an Elegant Offense* », Stanford University Press, 1^{er} janvier 2007.

⁵⁹⁹ S. RICKETSON, J. GINSBURG, « *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond* », *op. cit.*, 10.36.

approche analytique, moins protectrice que l'approche synthétique du droit français, en limitant la protection aux déformations, mutilations et aux modifications de l'œuvre. La définition de la convention de Berne est donc éloignée de la tradition des pays continentaux et notamment de la France. Elle n'offre en effet aux auteurs qu'un régime limité de protection des droits moraux et des régimes juridiques se fondant sur d'autres branches du droit. Cette division est le fruit de divergences culturelles.

321. La conception française de l'acte créatif est très marquée culturellement et historiquement. Elle s'inscrit tout d'abord dans une conception plutôt catholique de l'auteur⁶⁰⁰. Elle a en outre hérité de la conception européenne de l'art qui reconnaît une particularité dans une forme de création sans application pratique ou religieuse⁶⁰¹. La contre-Réforme a également permis de magnifier l'auteur⁶⁰². Enfin, le courant romantique du 19^e siècle a permis à l'auteur d'acquérir un statut particulier au sein des sociétés européennes. Le droit au respect de l'œuvre est donc le résultat d'une évolution culturelle et historique européenne. Le besoin d'intégrer le droit à l'intégrité est moins ressenti aux Etats-Unis où la culture de la réutilisation⁶⁰³ est beaucoup plus présente qu'en France et se trouverait freinée par le droit à l'intégrité.

322. La France est l'un des pays les plus protecteurs des droits moraux. Le droit français connaît le droit au respect des œuvres depuis un jugement du Tribunal de la Seine du 17 août 1814⁶⁰⁴ et n'a donc pas eu besoin de l'introduire en 1928 lors de la conférence de Rome. Désormais, l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce de façon lapidaire que l'auteur a droit au respect de son œuvre. Cette définition est vague - comme pour le droit de paternité - mais elle correspond à la méthode synthétique française qui assure une meilleure protection des droits des auteurs. Le terme respect vient du latin *res speciere* qui signifie veiller sur la chose. Le droit à l'intégrité s'applique à la chose et ne constitue donc pas une protection de l'honneur de l'auteur à la différence de la convention de Berne qui s'y

⁶⁰⁰ C'est ce qui explique que le Royaume-Unis n'a pas reconnu de droit moral jusqu'en 1998. Voir Copyright, Designs and Patent Act 1988.

⁶⁰¹ M. ONFRAY, « *Faut-il brûler l'art contemporain ?* », Frémeaux et Associés, 7 avril 2011, conférence à Cannes.

⁶⁰² La Contre-Réforme a été l'occasion pour l'Église catholique de Rome de faire appel aux plus grands artistes européens de l'époque et de les présenter comme tel.

⁶⁰³ L'époque coloniale et celle suivant la guerre d'indépendance a vu le développement du patchwork alors que cet art était peu développé en Europe. Au 20^e siècle le mouvement du ready made est né aux Etats-Unis. Avec l'internet les Etats-Unis sont le premier producteur d'œuvres transformatives.

⁶⁰⁴ Répertoire méthodique Dalloz, « *Propriété littéraire* », n°309, cité par RENOUARD.

cantonne. Les tiers devront donc veiller à ce que l'usage qui est fait de l'œuvre soit conforme à la conception que l'auteur s'en fait. Le droit français s'avère ainsi plus protecteur que la convention de Berne qui est loin d'imposer un comportement de bon père de famille en charge de veiller sur une œuvre. La différence d'approche ne rend pas le droit français contraire à la convention car elle n'institue qu'un minimum que les États membres peuvent dépasser. Cette approche du droit à l'intégrité n'a pas été suivie par les États-Unis.

323. Le droit américain n'a en effet pas introduit le droit moral à la française car il rejette l'idée qu'une fois cédée, une œuvre continue à appartenir moralement à l'auteur. Le droit américain ne considère donc pas, à l'inverse du droit français, qu'il existe une différence fondamentale entre une chose et une œuvre protégée par le droit d'auteur. Le droit américain s'avère ainsi plus égalitaire philosophiquement que le droit français car il effectue moins de distinction entre les qualités des sujets de droit que le droit français. Cette approche est le fruit de la tradition protestante qui ne voit pas dans l'activité artistique un travail d'une nature particulière⁶⁰⁵ et ce, malgré une production culturelle de haute qualité⁶⁰⁶ dans les pays protestants. La conception américaine nous semble dès lors détachée de la réalité car entre une œuvre originale et un bien quelconque, il existe bien une différence de nature dans la tradition occidentale. Or, des situations différentes requièrent des solutions juridiques différentes.

324. Le *Visual Artists Rights Act* assure, depuis 1990 seulement, une protection de l'intégrité des œuvres contre les « *intentional distortion, mutilation, or other modification of that work*⁶⁰⁷ » dans la mesure où elles causent un préjudice à l'auteur. Cette formulation s'inspire directement⁶⁰⁸ des dispositions de l'article 6bis de la convention de Berne qui énonce que l'auteur peut s'opposer à toute « déformation, mutilation ou autre modification de [son] œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ». Le droit américain s'est donc inspiré de la conception minimaliste de la convention de Berne qui ne reflète pas l'approche continentale. Le *Visual Artists Rights Act* est donc conforme à la philosophie de la convention de Berne sur le droit d'intégrité. Les dispositions du *Visual Artists Rights Act* n'auront cependant pas vocation à s'appliquer aux

⁶⁰⁵ M. BOUDREAU, « *Les rapports entre religion et droit, l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains* », Thèse Montpellier 1, 2000.

⁶⁰⁶ J. COTTIN, Y. KRUMENACKER, P. MARKIEWICZ, M. LOURS, B. FÖLLMI, « *Art et protestantisme* », Arts Sacrés n°21, janvier-février 2013.

⁶⁰⁷ 17 U.S.C., § 106A(a)(3)(A).

⁶⁰⁸ H.R. Rep. No. 101-514, 101st Cong., 2d Sess. 15 (1990).

ancres qui sont constituées par des reproductions. L'entrée en vigueur du *Visual Artists Rights Act* introduit donc la conception du droit à l'intégrité de la convention de Berne mais la limite fortement. Son application étant réduite aux œuvres originales et non pas aux reproductions, il ne s'appliquera pas aux reproductions effectuées pour créer une ancre - sauf peut-être dans les cas très réduits où l'œuvre aura été créée sur un support numérique mais la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question.

325. Les droits patrimoniaux du *copyright* peuvent néanmoins venir en aide aux auteurs à défaut de droits moraux. En effet, la jurisprudence américaine⁶⁰⁹ a retenu qu'en l'absence d'une autorisation du titulaire du *copyright*, la modification d'une œuvre constitue une violation du droit de reproduction ou de *display*. Il ne s'agit donc pas de la protection d'un droit moral mais d'un équivalent fonctionnel limité. Les droits patrimoniaux - et notamment les droits conférés par la section 106 du *Copyright Act* relatif aux œuvres dérivées - peuvent ainsi venir en aide aux auteurs lorsque leur œuvre se trouve reproduite et déformée. Il s'agit d'un seuil moins exigeant que le droit à l'intégrité tel qu'il est conçu dans la convention de Berne car la moindre modification permettra de retenir que le droit patrimonial a été violé alors qu'avec le droit à l'intégrité il sera nécessaire de prouver que la conception que l'auteur se fait de l'œuvre n'est pas respectée. Cette différence d'approche amène les ayants droit américains à se montrer particulièrement rigides sur l'exécution des œuvres et notamment des spectacles, alors que le droit moral français offre une liberté un peu plus large à la personne représentant l'œuvre tant que la conception que l'auteur se fait de son œuvre est respectée. En matière d'ancres d'hyperliens les systèmes français et américain aboutiront donc souvent à des résultats similaires car ils pourront interdire une reproduction violant l'intégrité de l'œuvre, mais les raisonnements sont complètement divergents.

326. Cependant, et bien qu'il puisse être retenu que les droits de *reproduction* et de *display* puissent jouer le rôle d'équivalent au droit à l'intégrité, il n'y a pas lieu de retenir que le droit américain offre un équivalent. L'objet ainsi que la durée de la protection diffèrent entre les deux systèmes juridiques. En effet, le droit français assure une protection duale aux auteurs car il distingue entre l'acte de reproduction matériel et la violation du respect de l'œuvre alors que le droit américain n'assure que la protection des droits patrimoniaux. De plus, le droit de

⁶⁰⁹ *Oddo v. Ries*, 743 F.2d 630, 1984 U.S. App. LEXIS 21350, 222 U.S.P.Q. (BNA) 799, Copy. L. Rep. (CCH) P25,677 (9th Cir. Cal. 1984).

reproduction ou de *display* ne dure que le temps de la vie de l'auteur et 70 ans après sa mort⁶¹⁰ alors que le droit moral français - à l'inverse des droits moraux allemand⁶¹¹ ou anglais⁶¹² - est perpétuel⁶¹³ et sera donc opposable lorsque l'œuvre sera tombée dans le domaine public.

327. Outre le *copyright*, les auteurs pourront avoir recours à une autre branche de la propriété intellectuelle américaine. En effet, la section 43(a) du *Lanham Act* protège les consommateurs contre les mentions erronées les induisant en erreur. Certaines décisions américaines⁶¹⁴ depuis le début de la seconde moitié du 20^{ème} siècle se sont fondés sur cette section pour reconnaître, de façon réduite, un équivalent au droit d'intégrité. L'œuvre ne pourra donc pas être modifiée au point où cela tromperait les consommateurs sur l'origine. La solution américaine, qui accepte ainsi des modifications substantielles sans les sanctionner⁶¹⁵, contraste avec l'approche stricte française qui ne tolère aucune modification portant atteinte à l'esprit de l'œuvre. Le seuil du droit américain est donc bien plus élevé qu'en droit français. Elle est en outre fondée sur une approche mercantile inhérente au droit des marques alors que le droit français adopte une conception romantique. Le traitement juridique est complexifié par la distinction entre les liens manuels (I) et les liens automatiques (II).

I) Les liens manuels

328. Le droit français connaît, à l'inverse du droit américain, le principe de l'unité de l'art. Néanmoins, les régimes juridiques applicables aux œuvres textuelles (A) et aux images (B) divergent.

⁶¹⁰ 17 U.S.C. 302(a).

⁶¹¹ Article 64 de la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte du 9 septembre 1965, modifiée le 16 juillet 1998.

⁶¹² CDPA 1988 s.86(1).

⁶¹³ Article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶¹⁴ *Harms, Inc. v. Tops Music Enters, Inc.*, 160 F.Supp. 77 (S.D. Cal. 1958) ; *Granz v. Harris*, 198 F.2d 585, 589 (2d Cir. 1952) ; *Autry v. Republic Prods., Inc.*, 213 F.2d 667 (9th Cir.), cert. Denied, 348 U.S. 858 (1954).

⁶¹⁵ *Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 23 Cal. Rptr. 14 (Ct. App. 1962).

A) Les ancrs constituées d'un texte

329. La création d'une ancre par la reproduction d'un texte est un phénomène assez couramment répandu. Ils constituent ainsi des moyens pour l'auteur de nommer son œuvre et pour le public de l'identifier. Les droits français et américain ont divergé face à la nature foncièrement duale des titres, à mi-chemin entre création de l'auteur et objet d'appropriation du public.

330. Le droit français applique le droit d'auteur⁶¹⁶, et par conséquent le droit moral, aux titres qui sont le reflet de l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Le droit américain en revanche adopte une position aux antipodes car il n'applique pas le *copyright* à un titre. Le *Copyright Office* considère en effet qu'il s'agit d'un texte trop court pour être original⁶¹⁷. Cette approche nous paraît critiquable dans la mesure où elle se fonde sur une tendance conjoncturelle à la rédaction de titres courts, alors que l'Europe et l'Amérique étaient habituées aux titres longs au 18^e siècle. La position du *Copyright Office* manque donc d'universalité. Il y a lieu d'y voir la volonté de laisser les titres à la disposition du public aux Etats-Unis et en aucun cas une considération pragmatique et factuelle. Ainsi, étant donné que les titres constituent le bien commun de la société, ils ne bénéficieront d'aucune protection par le *copyright*. La conception américaine s'éloigne donc de l'approche française qui considère qu'il existe un lien entre l'auteur et son titre. Les tiers devront donc respecter, en France, le droit d'intégrité du titre lorsqu'ils créent une ancre alors qu'ils seront libres d'en disposer aux Etats-Unis⁶¹⁸.

331. Le droit français sanctionnera la présentation d'un titre protégé dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur⁶¹⁹ et notamment dans l'hypothèse courante sur internet

⁶¹⁶ Voir supra n°110.

⁶¹⁷ *Alberto-Culver Co. v. Andrea Dumon, Inc.*, 466 F.2d 705, 710 (7th Cir. 1972) ; U.S. Copyright Office, « *Copyright Protection Not Available for Names, Titles, or Short Phrases* », 2006, accessible à : <http://www.copyright.gov/circs/circ34.pdf> dernier accès: 2/11/2014).

⁶¹⁸ Dans la mesure où les tiers ne modifient pas l'œuvre, ce qui aurait pour conséquence de violer le droit de reproduction ou de *display*.

⁶¹⁹ Voir notamment CA Caen, 1^{re} ch., 6 mai 1997, JCP 1998. IV. 2928, jurisdata n°1997-049489 : une œuvre scientifique avait été présentée au sein d'une revue gratuite contenant de nombreuses publicités. Cette solution est applicable à la reproduction d'une œuvre au sein d'un site présentant de nombreuses publicités.

où elle est entourée de publicités⁶²⁰. Ainsi, la création d'une ancre à partir d'un titre protégé pourra être sanctionnée si l'œuvre est présentée dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur. Le droit américain en revanche n'assurera aucune protection des droits moraux de l'auteur dans ce contexte. Tout au plus les auteurs pourront opposer les *torts* de *defamation* ou de *false light*. Ces *torts* viennent cependant sanctionner un comportement et n'assurent en aucun cas la reconnaissance d'un droit. En outre, ils ne protègent pas l'œuvre mais la personne, et tolèrent des modifications substantielles de l'œuvre avant de pouvoir s'appliquer, alors que le droit moral français s'applique à toute modification ayant des conséquences sur l'esprit de l'œuvre. Les différences entre les deux droits s'étendent aux citations.

332. En effet, les deux droits divergent profondément en la matière. Alors que le droit français retient que les citations ne peuvent modifier l'œuvre originale dont elles sont extraites car toute « modification [...] porte atteinte au droit de son auteur au respect » de son œuvre⁶²¹, la jurisprudence américaine a retenu que les citations ne respectant pas à la lettre le texte original, mais n'ayant pas pour effet de changer le sens ne constituent pas un *tort* de *false light*⁶²². La responsabilité de la personne à l'origine de la citation ne sera donc pas engagée tant que la modification constitue une interprétation rationnelle⁶²³. La jurisprudence a adopté une interprétation particulièrement large de ce critère. Elle a en effet retenu que la phrase « *a private asset but a public liability*⁶²⁴ » pouvait être citée comme « *intellectual gigolo*⁶²⁵ ». L'approche est pour le moins souple et profondément opposée au droit français qui aurait sanctionné une telle déformation et ne sera limitée que par le *tort* de *falsity*⁶²⁶ qui sera opposable en cas de changement important⁶²⁷ du discours d'autrui. Il sera donc possible de procéder à des modifications importantes des textes pour créer une œuvre en droit américain alors que le droit français limitera fortement la liberté des créateurs de liens et assurera de ce fait une forme de sécurité intellectuelle.

⁶²⁰ CA Caen, 1^{re} ch., 6 mai 1997, JCP 1998. IV. 2928, jurisdata n°1997-049489.

⁶²¹ Cass. civ. 1^e, 5 décembre 2006, Barbelivien : JCP G 2007, I, 101 §6, obs. CARON ; RLDI février 2007, n°769, obs. COSTES et AUROUX.

⁶²² *Masson v. New Yorker Magazine*, 895 F.2d 1535 (9th Cir.1989), rev'd, 111 S.Ct. 2419 (1991).

⁶²³ *Masson v. New Yorker Magazine*, 895 F.2d 1535, 1537 (9th Cir.1989), rev'd, 111 S.Ct. 2419 (1991).

⁶²⁴ Un actif privé mais une responsabilité publique (traduction libre).

⁶²⁵ Gigolo intellectuel (traduction libre).

⁶²⁶ *Masson v. New Yorker Magazine*, 501 U.S. 496 (1991).

⁶²⁷ « *Material* » (traduction libre).

333. Il ne s'agit donc pas de l'introduction d'une exception *de minimis* mais bien d'une grande tolérance vis à vis des modifications des citations. Il nous semble qu'elle s'avère négative pour le public qui ne peut avoir pleinement confiance dans les citations. Cela constitue une limite à leur accès à la culture et fait obstacle à l'édification d'un internet intellectuellement fiable. La solution américaine nous semble d'autant moins justifiée que la liberté d'expression ne requiert pas la possibilité de modifier les discours d'autrui en dehors de l'exception de parodie.

334. Il n'y a cependant pas lieu d'opposer un droit français rigide à un droit américain exagérément souple. Le droit français a en effet su faire preuve de souplesse dans l'application du droit à l'intégrité. Ainsi, l'arrêt *Microfor*⁶²⁸ a retenu que l'utilisation de titres dans un index ne constitue pas une « mutilation » ni une « altération » des extraits dans la mesure où un index est « par nature, exclusif d'un exposé complet du contenu de l'œuvre et qu'aucune erreur n'avait été relevée ». L'arrêt a montré que les juges français sont capables de souplesse dans l'application du droit moral qu'ils savent adapter aux situations concrètes⁶²⁹. La solution de l'arrêt *Microfor*⁶³⁰ a été écartée⁶³¹, mais il reste un exemple de la façon dont le droit moral peut être adapté à chaque forme d'œuvre ainsi qu'au contexte technologique. Il y a lieu de penser que les juges français feront application d'un raisonnement faisant preuve d'une souplesse similaire.

335. L'utilisation du titre d'une œuvre pour la constitution d'une ancre est donc plus libre en droit américain qu'en droit français. En effet, alors que le droit français impose aux créateurs d'ancres de ne pas faire usage d'une œuvre protégée dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur, le droit américain est totalement indifférent à cette problématique sauf si la reproduction est effectuée dans un contexte appelant l'application d'un *tort*. Il nous semble que les deux droits devraient imposer le principe du respect stricte du texte de l'œuvre originale tout en autorisant la reproduction de citations ou de titres dans le but d'assurer le référencement des œuvres. Cela permettrait d'assurer l'accès au contenu des œuvres

⁶²⁸ Ass. plén. 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Le Monde* c. *Microfor*, Bull. Ass. plén., n° 4 ; D. 1988. jur. 21, concl. J. Cabannes.

⁶²⁹ A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Droit moral. Théorie générale du droit moral* », Lexisnexis, Fasc. 1210, 1^{er} septembre 2014, 7.

⁶³⁰ Ass. plén. 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Le Monde* c. *Microfor*, Bull. Ass. plén., n° 4 ; D. 1988. jur. 21, concl. J. Cabannes.

⁶³¹ CA Paris, 2 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, 22, note PLAISANT – Civ. 1^{re}, 9 nov. 1983, n° 82-10.005, Bull. civ. I, n° 266 ; Ass. plén. 30 oct. 1987, n° 86-11.918, Bull. Ass. plén., n° 4.

originales tout en améliorant leur accessibilité. Le risque de violation du droit à l'intégrité de l'œuvre est encore plus important en matière d'œuvres graphiques.

B) Les ancres constituées d'une œuvre graphique

336. La convention de Berne et le droit français ne distinguent pas entre les différents types d'œuvres et adoptent ainsi la théorie de l'unité de l'art. Le droit américain ne connaît pas cette théorie, ce qui l'a amené à distinguer notamment entre les œuvres des beaux arts et les autres œuvres avec le VARA. Néanmoins, les particularités des œuvres graphiques en matière de droit moral ont amené les juges à les traiter d'une façon particulière qui atténue la différence entre les deux systèmes juridiques. Le droit américain présente ainsi l'intérêt d'adopter une approche plus pragmatique en actant les différences existant entre les différentes formes d'œuvres.

337. Ainsi, les œuvres graphiques peuvent faire l'objet de réductions (1) ou de modifications (2) lorsqu'elles sont utilisées pour constituer des ancres. Les deux systèmes ont divergé dans leur appréhension de la question de la réduction des œuvres afin de constituer des ancres.

1) La réduction des œuvres graphiques

338. La réduction d'une œuvre graphique peut effectivement tromper sur l'intention et le message de l'auteur. Ainsi, le tableau « Le radeau de la Méduse » de Géricault pourra perdre son sens lorsqu'elle est réduite car les personnages perdent de leur superbe en passant d'une taille réelle à une taille réduite. Le droit français ne sanctionne cependant pas systématiquement une telle réduction dès lors qu'elle ne modifie pas la conception de l'œuvre que l'auteur se fait, alors que le droit américain reste complètement indifférent à cette question. Les deux solutions sont donc radicalement opposées.

339. L'arrêt américain *Kelly v. Arriba*⁶³² a établi une dichotomie entre les reproductions visant à substituer l'œuvre – qui font l'objet d'un contrôle important des juges américains – et les reproductions permettant l'amélioration du référencement et bénéficiant du *safe harbor* de *fair use*. Le droit américain a ainsi suivi la distinction entre les nécessités et les commodités que nous recommandons. Il nous semble donc que cette *summa divisio* devrait être prise en compte par les deux systèmes.

340. Le droit français avait convergé vers une solution similaire avec l'arrêt *Rodin*⁶³³ en retenant que la réduction d'une œuvre graphique afin de l'intégrer dans un index ne viole pas les droits moraux de l'auteur. Il s'agit cependant d'une solution ancienne, ayant été renversée par la Cour de cassation⁶³⁴. Les œuvres graphiques originales jouissent en effet, en droit français, des dispositions relatives au droit moral et notamment au droit au respect de l'œuvre⁶³⁵. La jurisprudence se montre traditionnellement stricte avec les entités faisant usage d'une image en sanctionnant toute modification ou réduction⁶³⁶ non voulue par l'auteur⁶³⁷. La réduction d'une image modifiant l'esprit de l'œuvre⁶³⁸ sans le consentement de son auteur - et donc la création d'une ancre - viole le droit à l'intégrité⁶³⁹ de l'auteur. Toute réduction d'une œuvre graphique pour la constitution d'une ancre sera donc interdite en l'absence de l'autorisation de l'auteur. La jurisprudence française ne s'est pas expressément prononcée sur la réduction d'une œuvre pour la création d'une ancre mais les solutions traditionnelles⁶⁴⁰ plaident pour l'interdire. Les créateurs de liens devront par conséquent constituer des ancres sans réduire l'œuvre vers laquelle ils mènent ou solliciter l'autorisation de l'auteur afin de reproduire son œuvre. Le référencement perd ainsi en efficacité.

341. La solution française s'avère particulièrement rigide dans la mesure où - contrairement au droit américain - elle fait obstacle à la reproduction d'œuvres graphiques dans le but de créer des liens. Le référencement perd ainsi en qualité à cause du droit moral qui est pourtant

⁶³² *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

⁶³³ La jurisprudence française avait en effet retenu la légalité de la réduction d'images protégées dans un index. Voir Cass. crim., 19 mars 1926, DP 1927, 1, p. 25, Note NAST.

⁶³⁴ Cass. ass. plén., 5 novembre 1993, JCP 1994 II 22201, note FRANÇON.

⁶³⁵ Paris, 15 mai 1998, Jurisdata n°1998-021910 ; Montpellier, 9 octobre 1996, JCP 1998. IV. 1282.

⁶³⁶ CA Paris, 6 juin 1979, D. 1981, I.R., p. 85, obs. Colombet.

⁶³⁷ L'auteur peut s'accorder par contrat sur la modification de son œuvre. Voir F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 752 s. - 755 s.

⁶³⁸ CA Paris, 28 juillet 1932, DP 1934. 2. 139, note LEPOINTE.

⁶³⁹ S. GRÉGOIRE, « *Exercice des droits des auteurs – droit moral – droit au respect* », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, 1213, 3 mars 2002, 60-61.

⁶⁴⁰ CA Paris, 6 juin 1979, D. 1981, I.R., p. 85, obs. Colombet.

censé assurer les intérêts culturels du public. La Commission européenne avait souligné que l'application stricte du droit moral sur l'internet pouvait s'avérer brutale⁶⁴¹. Il est évident qu'en matière de création d'ancres, le droit à l'intégrité est source de blocage du développement de l'internet. Le législateur français devrait donc porter une oreille plus attentive aux recommandations de la Commission et s'inspirer de la dichotomie de l'arrêt Kelly v. Arriba - qui ne s'appliquait cependant qu'aux droits moraux - afin d'introduire une exception au droit moral d'intégrité pour le référencement sur papier ou sur internet. La réduction ne constitue en effet qu'une modification *de minimis* ne causant pas de préjudice important aux auteurs. Dès lors que la modification est plus importante il pourra être nécessaire de l'interdire.

2) La modification des œuvres

342. La modification d'une œuvre par retrait d'une partie ou par adjonction d'un ou plusieurs éléments s'avère en revanche plus problématique pour l'accès à la culture du public. En effet, le retrait ou l'adjonction d'une partie du tableau de la Joconde changent radicalement le message véhiculé par l'œuvre. Le droit américain n'a cependant pas offert de protection aux auteurs d'arts graphiques comme l'a fait le droit français.

343. La séparation d'un extrait, ou l'adjonction d'un élément, seront condamnés en droit français dès lors que l'œuvre se trouve modifiée sans l'accord de l'auteur⁶⁴². Les créateurs de liens ne pourront donc ni tronquer une œuvre ni procéder à l'adjonction d'un élément. Il s'agit d'une solution juridique en harmonie avec le *logos* français où les œuvres sont considérées comme intouchables⁶⁴³.

344. Les Etats-Unis sont en revanche habitués au détournement des œuvres⁶⁴⁴ et la modification d'un chef d'œuvre n'y suscite pas la même émotion qu'en Europe. La

⁶⁴¹ Communication sur le suivi du Livre vert, COM(96)568 final, 20 nov. 1996, p. 27.

⁶⁴² CA Paris, 1^{re} ch., 20 mars 1989, Fabris c/ Loudmer : JCP G 1990, I, 3433, ann. 3, et n° 11, obs. B. Edelman.

⁶⁴³ J.C. CHEVALIER, « Nouvelle sortie de Don Quichotte », in Don Quichotte de la Manche, Points, 1997, p. 7.

⁶⁴⁴ Les Etats-Unis sont en effet la terre natale du Pop Art.

modification d'une œuvre n'est donc pas perçue de la même façon aux Etats-Unis qu'en France.

345. En outre, le droit américain n'a pas interdit les modifications d'une œuvre dans le *Copyright Act* ni dans le *Lanham Act*. L'arrêt *Morita v. Omni Publications Intern., Ltd.*⁶⁴⁵ a en effet écarté l'application de la section 43(a) du *Lanham Act* lorsqu'une œuvre graphique est modifiée car un simple changement de l'œuvre ne constituait par une altération de celle-ci. Le seuil punissable de modification n'est atteint que si l'œuvre est tronquée de telle façon que les consommateurs sont trompés sur l'origine⁶⁴⁶. Le recours au droit des marques fait obstacles à une protection plus élevée sur le modèle du droit d'intégrité français. Or, la séparation d'un extrait ou la réduction de la taille d'une œuvre ne constituent que rarement une altération de nature à tromper les consommateurs sur l'origine d'un produit. Ainsi, l'approche américaine autorise un seuil important de modification de l'œuvre que le droit français rejette. Comme pour les citations, le droit américain autorise des modifications substantielles ne permettant pas au public de prendre connaissance du message exacte de l'œuvre originale.

346. Cette différence nous paraît irréconciliable. En effet, les Etats-Unis sont le berceau de la plupart des grandes sociétés de l'internet et l'Europe est devenue une colonie numérique⁶⁴⁷. La divergence qui était initialement seulement culturelle se trouve désormais renforcée par une divergence des intérêts économiques. Les Etats-Unis n'ont pas intérêt à reconnaître un droit moral fort afin de ne pas exposer les sociétés travaillant dans le numérique. Du côté européen, en l'absence de grandes réussites numériques, il y a plutôt intérêt à protéger les auteurs. Le conflit entre les deux systèmes ne peut être résolu car les différences culturelles, historiques et économiques font obstacle à toute possibilité de convergence. La divergence s'avère cependant moins importante pour les liens automatiques.

II) Les liens automatiques

⁶⁴⁵ *Morita v. Omni Publications Intern., Ltd.*, 741 F. Supp. 1107, 17 U.S.P.Q.2d 1287 (S.D. N.Y. 1990), order vacated, 760 F. Supp. 45 (S.D. N.Y. 1991).

⁶⁴⁶ *Gilliam v. American Broadcasting*, 538 F.2d 14 (2d. Cir. 1976).

⁶⁴⁷ C. MORIN-DESAILLY, « *L'Union Européenne, colonie du monde numérique ?* », rapport fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat, n°443, 20 mars 2013.

347. Comme les créateurs manuels de liens, les créateurs automatiques de liens peuvent violer le droit moral en reproduisant une œuvre. Les Etats-Unis ne souhaitant pas introduire de réglementation qui pourrait ralentir le développement des sociétés numériques, ils n'ont pas intégré d'obligation de respecter les droits moraux. Le droit américain n'engagera pas la responsabilité des créateurs automatiques de liens s'ils violent des intérêts moraux des auteurs. En France en revanche une tension se crée entre la nécessité de respecter le régime de responsabilité limitée des créateurs automatiques de liens et la nécessité de respecter les intérêts moraux des auteurs.

348. Le droit à l'intégrité pourra être violé par la présentation des œuvres (A) ainsi que par les suggestions de recherches (B).

A) La constitution d'une ancre par un texte

349. Les moteurs de recherche fonctionnent en ayant recours à des algorithmes interagissant avec les éléments mis en ligne par les internautes. Les moteurs de recherche ne sont cependant pas en mesure de contrôler les présentations qu'ils proposent. Ce mélange de puissance et de capacité limitée de contrôle crée des situations dommageables pour les auteurs. Les moteurs de recherche doivent, selon des modalités particulières, respecter l'intégrité de l'œuvre en s'abstenant de la déformer (1) et en la présentant dans un contexte cohérent avec l'intention initiale de l'auteur (2).

1) L'interdiction de déformer l'œuvre

350. Certains moteurs de recherches référencent des œuvres graphiques sur internet et les présentent sous forme de vignettes. Les images ainsi présentées constituent des ancres de liens permettant de se rendre vers les pages d'origines de ces œuvres. Ce mécanisme assure un référencement efficace des œuvres graphiques et permet aux internautes de trouver l'objet de

leur recherche rapidement et sans avoir besoin de visiter un nombre considérable de sites. Si ce mécanisme renforce l'accès aux informations ainsi qu'à la culture sur internet, il peut avoir pour résultat une réduction des œuvres que le droit français - à l'inverse du droit américain - interdit.

351. Étant donné que la réduction ne constitue pas une déformation en soi, la mutilation ou autre modification de l'œuvre la convention de Berne ne la sanctionne pas. Il n'existe donc pas d'interdiction de principe de réduire des œuvres en droit international du droit d'auteur. Cette conception réductrice n'est pas en vigueur en France où la réduction de la taille d'une œuvre est considérée comme une violation du droit d'intégrité⁶⁴⁸ dès lors qu'elle modifie l'esprit de l'œuvre. Les reproductions ont généralement pour but d'améliorer le référencement lorsqu'elles sont utilisées pour constituer des ancres, mais il arrive parfois qu'elles se substituent aux œuvres originales. Les droits français et américain réglementent ces questions de façon différente. La jurisprudence française a eu l'occasion de trancher la question en appliquant les droits français et américain, offrant ainsi une comparaison des deux systèmes.

352. Les juges français ont été saisis de la question du respect de l'intégrité d'une œuvre utilisée pour créer une vignette en droit américain. Cependant, dans un jugement du 20 mai 2008⁶⁴⁹, le Tribunal de Grande Instance de Paris a tranché uniquement sur le fondement du droit américain et n'a donc fait application que des droits patrimoniaux alors que l'œuvre litigieuse était réduite. Cette solution présente le mérite de ne pas bloquer les innovations technologiques. Cette décision constitue un exemple concret de la suggestion de la Commission Européenne qui retenait qu'une application stricte du droit moral à l'internet risque de bloquer l'innovation⁶⁵⁰. Le raisonnement du TGI a cependant pour conséquence d'appliquer systématiquement le droit américain à une situation que les citoyens français rencontrent quotidiennement. Bien que le choix de la loi applicable soit cohérent avec les arrêts Sistro⁶⁵¹ et Lamore⁶⁵², il débouche sur une perte de souveraineté et fait fi du caractère d'ordre public du droit moral⁶⁵³. La Cour de cassation, saisie d'une autre affaire, a en

⁶⁴⁸ Cass. ass. plén., 5 novembre 1993, JCP 1994 II 22201, note FRANÇON ; CA Paris, 6 juin 1979, D. 1981, I.R., p. 85, obs. Colombet.

⁶⁴⁹ TGI Paris, 3^e ch. 1^{re} sect., 20 mai 2008, *SAIF c/ Stés Google France et Google Inc.*, n° 05/12117, www.juriscom.net, Lamy Droit des Médias et de la Communication, n°160-3 et s.

⁶⁵⁰ Communication sur le suivi du Livre vert, COM(96)568 final, 20 nov. 1996, p. 27.

⁶⁵¹ Cass. civ. 1, 5 mars 2002, n° de pourvoi : 99-20755.

⁶⁵² Cass. civ. 1, 30 janvier 2007, n° de pourvoi : 03-12354.

⁶⁵³ Voir infra n°1315 s.

revanche appliqué le droit français et a abouti à une solution très différente.

353. Dans un arrêt rendu le 12 juillet 2012⁶⁵⁴, la Cour de cassation française a en effet adopté la position traditionnelle du droit français. Les juges se sont montrés peu prolixes en se contentant de confirmer la position souveraine des juges du second degré. La Cour d'appel de Paris⁶⁵⁵ avait retenu - en application du droit français - que la réduction de l'image à la taille d'une vignette constituait une violation du droit à l'intégrité de l'œuvre. En outre, étant donné que le moteur de recherches avait connaissance des violations du droit d'auteur, les dispositions de la LCEN ne lui étaient pas applicables. Le moteur de recherche engageait donc sa responsabilité pour violation du droit à l'intégrité de l'œuvre à cause de la réduction des œuvres graphiques sous forme de vignette.

354. Les juridictions belges ont statué dans le même sens dans une affaire concernant un moteur de recherches. En effet, dans un arrêt en date du 16 octobre 1996⁶⁵⁶ il a été retenu que l'extrait proposé par un moteur de recherches ampute l'œuvre et viole ainsi le droit au respect de l'œuvre. La position continentale s'oppose donc frontalement à l'approche américaine que le jugement du 20 mai 2008 avait mis en exergue.

355. Ainsi, à l'inverse du droit américain, le droit français établit un raisonnement en deux étapes. Dans un premier temps les moteurs de recherche n'engagent pas leur responsabilité grâce à l'application des dispositions de la LCEN⁶⁵⁷. Cependant, s'ils ne réagissent pas promptement⁶⁵⁸ pour résoudre la violation des droits moraux à la suite de la réception d'une notification ils engagent leur responsabilité pour contrefaçon du droit d'intégrité. Le droit américain n'a pas opté pour un tel raisonnement en deux étapes car il écarte *a priori* toute violation d'un droit moral en dehors des cas spéciaux du *Visual Artists Rights Act*. Il n'y aura donc convergence des droits français et américain que dans le premier temps du raisonnement du droit français.

⁶⁵⁴ Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n° de pourvoi : 11-15165, 11-15188.

⁶⁵⁵ CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 4 février 2011, Google France c. Auféminin.com et autres, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3119 (dernier accès : 19 juin 2014).

⁶⁵⁶ Civ. Bruxelles (cess.), 16 oct. 1996, Auteurs & Média, 1996, p. 426 ; Bruxelles (9^e ch.), 18 oct. 1997, Auteurs & Média, 1997, p. 383.

⁶⁵⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁶⁵⁸ Article 6-I de la LCEN.

356. Néanmoins, malgré la forte prévision juridique dont jouissent les auteurs en la matière, force est de constater que très peu d'actions sont menées contre les moteurs de recherche pour violation du droit à l'intégrité. Ce faible nombre de recours garantit la pérennité de l'internet mais il interroge surtout sur le bien fondé de l'application des droits moraux aux vignettes de référencement dès lors que les auteurs n'en réclament pas l'application. Cela est dû à l'intérêt que tirent les auteurs du référencement même si leurs œuvres sont réduites. Les moteurs de recherche ne devraient donc pas voir leurs modèles économiques s'effondrer. Cependant, il nous semble qu'il n'y a pas lieu de changer le droit français sur ce point étant donné qu'il nous paraît important de laisser cette prérogative aux auteurs afin qu'ils conservent la liberté de faire respecter l'esprit de leurs œuvres. En dehors des hypothèses de référencement, il nous semble qu'il n'y a pas lieu d'écarter l'application du droit à l'intégrité.

2) Le contexte de présentation de l'œuvre

357. Les créateurs automatiques de liens présentent les œuvres sans considération pour la cohérence intellectuelle entre les différentes œuvres reproduites. Or, l'esprit d'une œuvre peut être violé par un moteur de recherche lorsqu'il la présente dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur.

358. Avec sa conception *a minima* du droit à l'intégrité limitée à l'honneur et à la réputation de l'auteur⁶⁵⁹, la convention de Berne n'interdit pas la présentation d'une œuvre dans un contexte différent de celui imaginé initialement par l'auteur. Il en découle que la présentation d'une œuvre dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur n'est pas sanctionnée en droit d'auteur international. Les solutions des États ne sont donc pas harmonisées en la matière et la France et les États-Unis ont adopté des solutions radicalement opposées qui font chacune figure de modèle.

359. Les juges français et américains n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de la violation de l'intégrité d'une œuvre utilisée pour constituer une ancre par sa présentation au milieu d'autres œuvres adoptant une ligne intellectuelle différente. Néanmoins

⁶⁵⁹ Article 6bis de la convention de Berne.

la position traditionnelle de la jurisprudence française consiste à sanctionner la présentation d'une œuvre lorsqu'elle est, sans l'accord de l'auteur, montrée dans un contexte philosophique différent de celui qu'il avait imaginé⁶⁶⁰. La création d'une ancre à partir d'une œuvre constituera une contrefaçon si le moteur de recherches la présente au milieu d'autres œuvres adoptant une approche intellectuelle différente⁶⁶¹. Il a en effet été retenu en droit français que la publication d'un article scientifique dans une revue gratuite et au milieu de publicités contrevient au droit à l'intégrité de l'œuvre⁶⁶². Par analogie, la présentation d'une œuvre au milieu d'autres œuvres adoptant une approche intellectuelle différente pourra constituer une violation du droit à l'intégrité. En outre, la présentation de publicités autour d'une œuvre peut violer le droit à l'intégrité lorsque l'auteur rejette une telle présentation. Les murs d'images ainsi que les pages présentant des vidéos sont généralement exemptes de publicités. Cependant, les pages de résultats par défaut montrent des publicités qui pourraient constituer des violations du droit à l'intégrité de l'œuvre si cette jurisprudence était appliquée. Les juges américains ne sanctionneront pas la présentation d'une œuvre dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur⁶⁶³. Les créateurs automatiques de liens n'auront donc pas à se soucier du contexte de présentation d'une œuvre.

360. Les juges belges ont en revanche été saisis de cette question. Le Tribunal Civil de Bruxelles⁶⁶⁴ a ainsi retenu, dans un jugement dit Copiepresse, que la présentation d'articles de journaux par un moteur de recherche escamote les lignes éditoriales et philosophiques adoptées par les entreprises de presse. Ainsi, les auteurs ayant adhéré à une ligne éditoriale précise voient leurs œuvres présentées au milieu d'œuvres d'inspirations philosophiques différentes. Ils subissent par conséquent une violation du droit au respect de leurs œuvres. Il nous semble que ce raisonnement est parfaitement transposable en droit français car il est fondé sur une conception du droit à l'intégrité partagée par les deux systèmes juridiques. Cette solution va donc au-delà de l'article 6 bis de la convention de Berne et s'avère diamétralement opposée à l'approche américaine.

⁶⁶⁰ CA Paris, 8^e ch., 21 octobre 1987, Jurisdata n°1987-026643.

⁶⁶¹ L. CASTEX, « *De l'exploitation des images dans le cadre d'un service de recherche sur l'internet* », Lamy droit de l'immatériel, 2011, 71.

⁶⁶² CA Caen, 1^{re} ch., 6 mai 1997, JCP G 1998, IV, p. 2928, Jurisdata, n° 049489.

⁶⁶³ Ainsi l'utilisation de la chanson « Born in the USA » de Bruce Springsteen par des mouvements nationalistes ne peut être interdite. Voir R. TUSHNET, « *Legal Fictions : Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law* », 17 Loy. L.A. Ent. L.J. 651, 1997, 675-676.

⁶⁶⁴ Civ. Bruxelles (cess.), 16 oct. 1996, Auteurs & Média, 1996, p. 426 ; Bruxelles (9^e ch.), 18 oct. 1997, Auteurs & Média, 1997, p. 383.

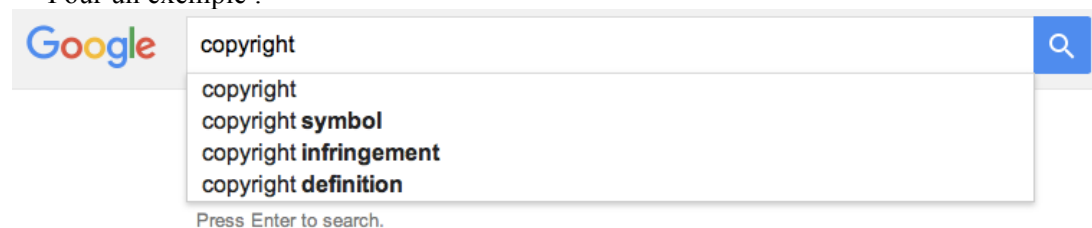
361. Les moteurs de recherches sont donc placés dans une situation relativement inconfortable dans les pays de tradition continentale. En effet, ils doivent agir promptement pour retirer une ancre reproduisant une œuvre protégée si l'ayant droit considère que son droit moral est violé. Cet équilibre nous paraît cependant acceptable et il n'y a pas lieu de favoriser plus que nécessaire les créateurs automatiques de liens. Le droit américain assure une plus grande sécurité pour les moteurs de recherche ainsi qu'un accès plus vaste aux œuvres pour les internautes car les œuvres ne pourront être retirées pour violation du droit moral. Il apparaît donc nécessaire d'étendre l'exception de référencement au droit à l'intégrité des œuvres afin d'assurer le plus large référencement possible d'œuvres. Il nous semble cependant que les intérêts des auteurs et du public commandent que cette exception ne s'étende pas aux présentations d'œuvres dans des contextes différents de l'esprit de l'œuvre. Cela ne constituerait pas un poids particulièrement lourd car il suffira pour les créateurs automatiques de liens de déréférencer les œuvres mentionnées dans les notifications lorsqu'elles sont présentées dans un contexte différent de leur esprit.

362. Enfin, les moteurs de recherche risquent d'encourir des condamnations civiles et pénales lorsqu'ils effectuent des suggestions erronées lors des recherches des internautes.

B) La violation de l'intégrité de l'œuvre par la suggestion de recherche

363. Certains moteurs de recherches proposent une fonctionnalité suggérant, lors du renseignement de la recherche, des résultats en fonction notamment de tendances de recherches des internautes⁶⁶⁵. Ce système est fondé sur la popularité d'une recherche au moment où l'internaute utilise le moteur de recherche. Les suggestions peuvent donc évoluer

⁶⁶⁵ Pour un exemple :



en l'espace de quelques minutes⁶⁶⁶ en fonction d'éléments exogènes au moteur de recherche, ce qui rend particulièrement ardue toute tentative de contrôle. Une fois que l'internaute a cliqué sur la suggestion le moteur de recherche l'amène sur la page de résultats demandés. Les suggestions peuvent contenir le titre d'une œuvre ou une expression protégées par le droit d'auteur.

364. Ainsi une œuvre protégée peut se trouver accolée à des mentions opposées à son esprit⁶⁶⁷. Cette situation est indifférente en droit américain, mais elle a pour conséquence de violer les dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle français. La fonctionnalité de suggestion peut donc violer le droit moral de l'auteur si la suggestion n'est pas conforme à l'esprit de l'œuvre ou si elle la tronque. Aux Etats-Unis, il a été retenu que la présentation d'une œuvre relative à l'explosion nucléaire à Hiroshima à côté d'un article favorable à l'énergie nucléaire ne pouvait être interdite par l'auteur⁶⁶⁸. Une telle présentation aurait été interdite en France conformément au droit à l'intégrité de l'œuvre alors qu'elle participe du débat d'idée sur la question nucléaire. Le droit moral peut constituer une limite au débat qui est pourtant le fondement de toute démocratie, mais il permet également de fonder un débat sur des appréciations conformes à l'esprit de l'œuvre au lieu de les présenter dans des contextes intellectuels trompeurs.

365. Les deux droits ont convergé vers un principe d'irresponsabilité des moteurs de recherche pour la fonctionnalité de suggestion de résultats. La Cour de cassation a adopté ce principe dans un arrêt du 19 juin 2013⁶⁶⁹. Elle a retenu que la suggestion du moteur de recherche Google, qui mentionnait que la société lyonnaise de garantie avait commis des escroqueries, était le « fruit d'un processus purement automatique dans son fonctionnement et aléatoire dans ses résultats » qui sont « exclusifs de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche ». Il a été retenu qu'un moteur de recherche n'engage pas sa responsabilité pour les suggestions opérées dès lors qu'il ne les contrôle pas. Le créateur automatique de liens n'engage donc pas sa responsabilité. L'arrêt concernait un acte d'injure public mais le

⁶⁶⁶ Lorsque Oussama Ben Laden est mort la version américaine de Google Suggest a commencé à suggérer les termes « Osama Bin Laden Dead » à partir des lettres « OSA » seulement 12 minutes après l'annonce de son décès. D. Sullivan, « *Google & the Death of Osama Bin Laden* », Search Engine Land, 2 mai 2011.

⁶⁶⁷ L'œuvre littéraire reproduite ou représentée d'une façon contraire à son esprit a subi une violation du droit au respect. Voir CA Caen, 6 mai 1997 : JCP G 1998, IV, 2928.

⁶⁶⁸ *Morita v. Omni Publications International, Ltd.*, 741 F.Supp. 1107 (S.D.N.Y.1990).

⁶⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-17591.

raisonnement concernant la responsabilité du moteur de recherche peut être étendu aux droits moraux sur le fondement de la LCEN étant donné que la loi s'applique de façon transversale à toutes les branches du droit.

366. Le droit américain n'opposera pas un droit moral aux suggestions effectuées par les moteurs de recherche et n'aura donc pas besoin d'appliquer le DMCA. Cependant, la responsabilité des moteurs de recherche du fait de leur fonctionnalité de suggestion ne pourra être engagée à cause de l'absence de contrôle sur les résultats⁶⁷⁰. La jurisprudence américaine n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question mais elle statuera sans nul doute dans le même sens que les juges français.

367. Néanmoins, si un moteur de recherche développait un algorithme lui permettant de mieux contrôler les suggestions, il n'y aurait plus lieu de l'exonérer de sa responsabilité en droit français. Le droit américain n'aurait pas besoin de prendre acte d'une telle évolution étant donné qu'il ne reconnaît pas de droit moral. Cette solution en droit français est plus souple que l'introduction d'une exception qui se trouvera tôt ou tard dépassée par les évolutions technologiques. Les juges auront donc le devoir de contrôler, au cas par cas, que le moteur de recherche n'a pas les moyens de contrôler les suggestions arguées de contrefaçon. La liberté de lier n'est donc pas remise en cause mais elle sera appelée à évoluer en fonction des améliorations technologiques. Les progrès techniques, et notamment numériques, ne sont donc pas tous les ennemis du droit d'auteur mais bien, dans cette hypothèse, des moyens d'améliorer la jouissance des prérogatives morales des auteurs qui doit s'harmoniser avec la liberté de lier.

⁶⁷⁰ S. GHTNEKAR, « *Injury by Algorithm: A Look Into Google's Liability for Defamatory Autocompleted Search Suggestions* », 33 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 171, 2012-2013.

Titre 2 : La liberté d'établir un lien

368. Une fois l'ancre constituée, l'internaute aura besoin de la liberté d'établir un lien pour mener depuis son site vers une page cible. Le lien permettra à l'internaute de prendre connaissance d'une œuvre, ce qui pose la question de l'application des droits de reproduction et de représentation lors de l'établissement du lien (Chapitre 1).

369. Les droits américain et européen convergent globalement lorsque les droits patrimoniaux sont appliqués aux liens. Il n'en va pas de même en matière de droits moraux - qui sont quasiment inconnus aux Etats-Unis - et de droit *sui generis* sur les bases de données qui n'a pas été introduit. Pourtant, les droits moraux et le droit *sui generis* participent de l'accès à la culture des internautes. Ainsi, la divergence en matière d'établissement de liens face aux droits moraux et aux droits *sui generis* (Chapitre 2) a pour conséquence d'offrir des accès différents à la culture et aux informations.

Chapitre 1 : Les droits de reproduction et de représentation lors de l'établissement du lien

370. L'internet a été initialement pensé comme un réseau sur lequel les créations étaient mises à disposition sans limitations de la part des auteurs. Les droits français et américain se sont donc appliqués dans un second temps à un espace qui n'a pas été pensé ni construit pour l'application de règles juridiques. Les droits de tous les États ayant accès à internet étaient donc confrontés à deux situations radicales. Ainsi, soit le droit d'auteur était appliqué à chaque lien et le développement de l'internet s'en trouvait fortement ralenti, ou au contraire le droit d'auteur ne s'appliquait pas et dans ce cas les créateurs auraient fortement hésité à mettre des contenus en ligne. Les deux extrêmes n'étaient pas souhaitables et des solutions plus nuancées étaient requises.

371. Lors de l'établissement du lien le créateur devra donc contrôler que celui-ci respecte les dispositions relatives au droit de reproduction (Section 1) et au droit de représentation (Section 2).

Section 1 : Le droit de reproduction

372. Lors du clic sur un lien l'internaute produit deux situations techniques sans même s'en rendre compte.

373. Tout d'abord, il sollicite la création de reproductions transitoires par son ordinateur et des prestataires techniques (Sous-section 1). Le paradigme de la reproduction a ainsi subi des modifications profondes depuis la loi de la Reine Anne et les premières lois américaines et françaises sur le *copyright* et le droit d'auteur.

374. Ensuite, une fois rendu sur le site lié, il peut se trouver face à une présentation qui soulève l'application du droit de reproduction (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La reproduction par la mémoire transitoire

375. Deux types de mémoires transitoires sont utilisés lors de la consultation d'un site internet. La reproduction par la mémoire cache de l'ordinateur a reçu une réponse juridique claire en France et aux Etats-Unis (Paragraphe 1), alors que la reproduction transitoire par les prestataires de services jouit d'un régime juridique en attente de confirmation jurisprudentielle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La reproduction sur la mémoire cache d'un ordinateur

376. Le *copyright* puis le droit d'auteur sont en partie le fruit d'une réaction contre la reproduction des œuvres sans l'autorisation des auteurs⁶⁷¹. L'impression avait en effet pris son essor avec l'invention de la machine à imprimer. Il s'agissait d'une reproduction qui était le fruit d'un geste volontaire du copiste et qui pouvait être effectuée facilement sans l'accord de l'auteur.

377. L'invention de l'ordinateur a profondément changé le rapport que nous avons avec la reproduction. En effet, lorsqu'un ordinateur montre à l'écran une œuvre ou une information, il en effectue une reproduction temporaire⁶⁷². La mémoire, dite cache, permet à l'ordinateur de retrouver plus rapidement les informations qui sont stockées sur sa mémoire⁶⁷³ que s'il devait revenir systématiquement sur la page internet. Ce système assure par conséquent une plus grande rapidité de traitement des commandes de l'utilisateur de l'ordinateur et correspond à la recherche de vitesse qui marque désormais les sociétés post-modernes. Les reproductions sont en général réalisées sans l'accord de l'auteur⁶⁷⁴ et souvent sans même que l'utilisateur ne le sache⁶⁷⁵. Nous sommes ainsi passés d'un monde dans lequel la reproduction était forcément un acte volontaire requérant une certaine dose d'énergie et de temps, à un nouveau paradigme dans lequel la reproduction est effectuée sans volonté de l'internaute et quasi immédiatement. Bien que le droit d'auteur français et le *copyright américain* soient traditionnellement indifférents à la question de l'intentionnalité⁶⁷⁶, il n'était pas possible de laisser les auteurs engager la responsabilité de tout utilisateur d'un ordinateur.

378. Ce problème est rapidement devenu mondial. En 1996 s'est tenue à Genève sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle une conférence visant à moderniser le droit d'auteur conventionnel afin de l'adapter au défi des nouvelles

⁶⁷¹ L. PFISTER, « *L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957* », thèse, 1999, p. 28. Il n'en reste pas moins que la loi de la Reine Anne avait également pour objectif d'assurer un contrôle sur les publications. L'objectif principal était donc de surveiller la parution d'écrits critiques et, subsidiairement, de permettre aux auteurs de lutter contre le pillage de leurs œuvres. C. JOYCE, « *Copyright Law* », Lexisnexis, 9^e édition, 2013, p. 37.

⁶⁷² Commerce Rep. (DMCA), p.50 ; S. Rep. (DMCA), p. 41.

⁶⁷³ La mémoire cache est dix fois plus rapide que la mémoire Ram. Voir Pedila, « *La mémoire cache d'un ordinateur* », pedila.com, 4 janvier 2013, accessible à <http://pedila.com/informatique/processeurs/la-memoire-cache-un-ordinateur.html>.

⁶⁷⁴ G. De Broglie, « *Le droit d'auteur et l'internet* », PUF, 2001, p. 41.

⁶⁷⁵ U.S. Copyright Office, DMCA Section 104 Report 107 (2001).

⁶⁷⁶ En droit français : Cass. civ. 1^e, 29 mai 2001, 2^e arrêt : Bull. civ. I, n°154. En droit américain il n'existe qu'une faible limitation de responsabilité en cas de innocent infringement à la section 504(c)(2) du Copyright act.

technologies. La question des copies caches a donc été évoquée. Dans la version originelle, le traité sur le droit d'auteur contenait un article 7 définissant le droit de reproduction comme toute reproduction directe ou indirecte, permanente ou transitoire et sous toute forme⁶⁷⁷. La définition était classique dans la mesure où elle réputait indifférente la dimension volontaire de la reproduction. La mention a cependant été abandonnée avant son adoption. En effet, si l'article 7 avait été adopté en l'état, il aurait fait obstacle à la reconnaissance de la légalité des reproductions temporaires⁶⁷⁸. Face aux problématiques que cela aurait posé la conférence a préféré ne pas statuer et laisser les États légiférer en la matière⁶⁷⁹. Le droit d'auteur international n'a donc pas adopté de position commune sur la question de la reproduction temporaire d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Cette absence est fâcheuse car il s'agit d'une question que rencontrent tous les États membres et qu'ils auraient dû résoudre ensemble.

379. Les États membres ont néanmoins adopté des déclarations communes⁶⁸⁰ dans lesquelles ils affirment que le droit de reproduction s'applique « pleinement dans l'environnement numérique » et que le stockage « sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction ». Les États ont donc visés un article du projet de traité mais qui n'existe pas dans le traité de l'OMPI de 1996⁶⁸¹. Cette approche est surprenante, et montre la difficulté qu'ont rencontré les États à s'entendre. La convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁸² dispose à l'article 31-2(a) que « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité » constitue un moyen d'interprétation du traité. Ainsi, les déclarations communes doivent éclairer le traité. Or dans les positions communes de l'OMPI de 1996 n'éclairent aucun article mais affirment une règle nouvelle. Le procédé manque de rigueur juridique et n'a donc pas servi de base d'harmonisation des droits européen et américain.

⁶⁷⁷ OMPI, « *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Diplomatic Conference* », article 7(1), 30 août 1996.

⁶⁷⁸ Les États se sont donc contentés d'un accord annexe dans lequel ils reconnaissaient que le droit de reproduction au sens de l'article 9 s'applique pleinement au numérique. Voir S. Rep., 105-190, 105th Cong., 11 mai 1998, p. 5.

⁶⁷⁹ S. Rep. 1998, The Digital Millennium Copyright Act of 1998, 105-190, 5.

⁶⁸⁰ Déclarations communes concernant le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Accessible à http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295692 (dernier accès : 30/04/2015).

⁶⁸¹ L'article 7 du traité vise en effet le droit de location.

⁶⁸² Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, accessible à <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19690099/index.html> (dernier accès: 30/05/2015).

380. Les droits français et américain appliquaient initialement le droit d'auteur et le *copyright* aux reproductions sur ordinateur. En effet, le Conseil d'État français avait relevé dans son rapport sur le Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information⁶⁸³ que le Code de la propriété intellectuelle ne prévoyait aucune exception pour les reproductions techniques effectuées dans l'environnement numérique. Aux Etats-Unis, la section 106 du *Copyright Act* énonce que la reproduction induit une copie sur un *tangible medium of expression*, ce qui inclut les reproductions sur mémoire cache dans la mesure où elles peuvent être consultées⁶⁸⁴. Une partie de la doctrine américaine avait cependant souligné que la violation du droit de reproduction par les copies temporaires ne correspondait ni à l'objectif du *copyright*, ni à la *public policy*⁶⁸⁵, car cela permettrait aux auteurs de contrôler l'utilisation personnelle d'une œuvre⁶⁸⁶ et instaurerait par conséquent un droit sur la lecture d'une œuvre. Le Conseil d'État a emboîté le pas à la doctrine américaine en faisant remarquer qu'il existait « un relatif consensus sur la nécessité d'une telle exception pour permettre la circulation des œuvres sur les réseaux numériques⁶⁸⁷ ». Le rapport a ainsi proposé que l'exception de reproduction technique soit limitée à la copie volatile, définie comme faisant partie intégrante d'un procédé technique dont le seul but est de permettre l'utilisation en ligne d'une œuvre et dont l'existence ne dépasse pas la durée de transmission. Seule la voie de l'exception était possible dans la mesure où certains droits, et notamment le droit français, ne connaissent pas la notion de licence implicite⁶⁸⁸. L'état des idées aux Etats-Unis et en France était donc similaire.

381. Lors de la révision de la loi sur le *copyright* en 1976, le rapport n°94-1476 de la Chambre des Représentants a proposé de ne pas retenir la contrefaçon par la mémoire temporaire d'un ordinateur⁶⁸⁹. Cependant, le chapitre 3 du rapport final de la Commission sur

⁶⁸³ Rapport du Sénat n°308 (2005-2006) de M. Michel THIOLLIÈRE, déposé le 12 avril 2006, accessible à <http://www.senat.fr/rap/105-308/105-308.html> (dernier accès : 27/05/2014).

⁶⁸⁴ Le *medium tangible* est celui à partir duquel une œuvre peut être perçue, reproduite ou communiquée, soit directement soit avec l'aide d'une machine. Voir 17 U.S.C. §102(a).

⁶⁸⁵ J. Liu, « *Owning Digital Copies : Copyright Law and the Incidence of Copy Ownership* », 42 *Wm. & Mary L. Rev.* 1245, 1258 (2001).

⁶⁸⁶ J. Litman, « *The Exclusive Right to Read* », 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 29, 40 (1994).

⁶⁸⁷ Conseil d'État, « *Rapport sur internet et les réseaux numériques* », La documentation française, p. 146.

⁶⁸⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 4^e édition, Lexisnexis, 2012, p. 349, 367.

⁶⁸⁹ H.R. Rep. No. 941476, 94th Cong., 2d Sess. 5253 (1976).

les utilisations des nouvelles technologies⁶⁹⁰ (CONTU) du 31 juillet 1978 a retenu que la copie d'une œuvre sur la mémoire d'un ordinateur constituerait une reproduction en opposition avec la doctrine majoritaire occidentale. L'arrêt MAI⁶⁹¹, suivi par d'autres arrêts⁶⁹², ont adopté la position de la commission CONTU en retenant que la reproduction sur la mémoire cache d'un ordinateur violait le *copyright*. Cette solution s'est imposée en droit américain et le gouvernement en a pris acte en l'introduisant dans l'accord de libre échange avec le Chili⁶⁹³. Le droit américain a par conséquent initialement retenu que la reproduction par la mémoire cache violait le monopole de l'auteur⁶⁹⁴ et convergeait par conséquent avec la solution traditionnelle du droit français. Cette solution surprenante ne pouvait pas être maintenue sans freiner le développement du secteur numérique.

382. Le Rapport américain dit « *Copyright Issues in Colleges and Universities* », rédigé par la *American Association of University Professors* (AAUP), a cherché à nuancer cette approche en rappelant que l'utilisateur crée de ce fait une copie non autorisée lors de chaque clic sur un hyperlien. Les rédacteurs affirment que la copie en question est temporaire, non voulue, et effectuée non pas par l'utilisateur mais par l'ordinateur qui est incapable de lire des informations qui ne circulent pas sur la mémoire cache. La copie temporaire ne devrait donc pas constituer une reproduction au sens de la section 106 du *Copyright Act*. Cependant, les appels de la doctrine sont restés inaudibles aux oreilles du législateur. Ce n'est qu'en réaction à l'arrêt MAI que le législateur américain a introduit la section 117(a) du *Copyright Act* relative aux « *limitations on exclusive rights : Computer programs* » en 1998⁶⁹⁵. La section énonce que la reproduction d'une œuvre sur un ordinateur ne constitue pas une violation du *copyright* si la copie est effectuée dans le cadre de l'utilisation du programme d'ordinateur en lien avec une machine, que la copie est effectuée dans un objectif d'archivage et que toutes les copies d'archivage sont détruites. La reproduction sur la mémoire cache d'un ordinateur a aussi été autorisée lorsqu'elle est effectuée dans le cadre d'un travail de maintenance par une

⁶⁹⁰ Final Report of the National Commission on New Technology Uses of Copyrighted Works, Washington, DC : Library of Congress, 1979.

⁶⁹¹ *MAI Systems Corp. v. Peak Computer*, 991 F.2d 511.

⁶⁹² *Sega Enters., Ltd. v. MAPHIA*, 857 F. Supp. 679, 30 U.S.P.Q. (BNA) 1921 (N.D. Cal. 1994) (retient que le programme informatique contenu sur un disque dur violait les droits du fabricant d'un jeu vidéo); *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552, 29 U.S.P.Q.2d (BNA) 376 (M.D. Fla. 1993) (retient la contrefaçon lorsque les images numérisées de femmes nues dont la société Playboy a la propriété étaient copiées sur un disque dur).

⁶⁹³ Free-Trade Agreement, US – Chili, 6 juin 2003, §17.5.1.

⁶⁹⁴ *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9^e Cir. 1993).

⁶⁹⁵ Pub. L. 105-304.

personne extérieure. Cette dernière hypothèse correspondant point par point aux faits de l'arrêt MAI et marque ainsi la nécessité de résoudre la difficulté que rencontraient les techniciens.

383. Le législateur européen a marqué un temps de retard pour les mémoires caches des œuvres relevant du droit commun du droit d'auteur bien qu'il avait introduit dès 1991 l'exception en matière de programmes d'ordinateurs⁶⁹⁶ pour les copies nécessaires. Cette différence de traitement vient notamment du fait qu'aucune décision ne limitait l'utilisation d'ordinateur à cause de la mémoire cache, rendant ainsi la question moins urgente au sein de l'Union Européenne. L'article 5.1 de la directive 2001/29/CE énonce désormais que les mémoires temporaires sont autorisées si elles constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, visant à une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite, d'une œuvre protégée. La reproduction transitoire doit en outre être dénuée de signification économique indépendante⁶⁹⁷. Cette exception est la seule obligatoire parmi la liste d'exceptions proposées par la directive et permet une application uniforme du droit de l'Union Européenne sur ce point. À défaut, le développement du secteur numérique européen aurait été compromis.

384. La Cour de Justice de l'Union Européenne a été saisie par la Cour Suprême du Royaume-Uni dans le cadre de l'affaire *Public Relations Consultants Association v. Newspaper Licensing Agency*⁶⁹⁸ d'une question préjudicielle portant sur l'application de

⁶⁹⁶ Article 5 de la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 : « Sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à l'article 4, paragraphe 1, points a) et b), lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs ».

⁶⁹⁷ L'absence de valeur économique est constituée lorsque la reproduction se contente de permettre un acte d'exploitation de l'œuvre. Voir Commission Européenne, « *Explanatory Memorandum, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society* », COM (97) 62, p. 30.

⁶⁹⁸ CJUE, 5 juin 2014, C-360/13, *Public Relations Consultants Association c. Newspaper Licensing Agency*, 20 : la question posée à la CJUE est de savoir si « dans des circonstances où: (i) un utilisateur final consulte une page web sans télécharger, imprimer ou chercher d'aucune autre manière à en faire une copie;(ii) des copies de cette page web sont automatiquement réalisées à l'écran et dans le «cache» internet du disque dur de l'utilisateur final; (iii) la réalisation de ces copies est indispensable aux procédés techniques participant à une navigation correcte et efficace sur internet; (iv) la copie d'écran reste à l'écran jusqu'à ce que l'utilisateur final quitte la page en question, moment auquel elle est automatiquement effacée par le fonctionnement normal de l'ordinateur; (v) la copie en cache reste dans le cache jusqu'à ce qu'elle soit écrasée par d'autres contenus lorsque l'utilisateur final consulte d'autres pages web, moment auquel elle est automatiquement effacée par le

l'exception de l'article 5.1 aux reproductions sur mémoire cache. La CJUE a retenu que la reproduction sur mémoire cache jouit des dispositions de l'article 5.1 dans la mesure où elle se trouve supprimée lorsque l'internaute quitte le site consulté et remplacée automatiquement par d'autres contenus après un certain laps de temps. Ce critère est donc partagé avec le droit américain qui impose la suppression des copies d'archivage pour octroyer le bénéfice de l'exception. En outre, les reproductions jouissent de l'exception lorsqu'elles font partie intégrante et essentielle d'un procédé technique⁶⁹⁹, ce qui rejoint partiellement le critère américain de l'utilisation en lien avec une machine. La CJUE a par conséquent retenu que les copies sur mémoire cache satisfont aux critères de l'exception de l'article 5.1. Le législateur français a introduit cette exception à l'article L. 122-5 6° du Code de la propriété intellectuelle par la loi du 22 mai 2001 en des termes similaires⁷⁰⁰.

385. Le droit européen⁷⁰¹ ajoute cependant une complexité technique supplémentaire par rapport au droit américain. Il applique en effet un régime différent aux reproductions transitoires de bases de données. Elles sont autorisées⁷⁰² dès lors que l'utilisateur a le droit d'utiliser la base. Les actes nécessaires à la consultation de la base de données sont ainsi autorisés. La logique recoupe celle adoptée pour le droit commun du droit d'auteur car le législateur autorise la reproduction d'un objet protégé lorsque l'acte est nécessaire et non pas une simple commodité. Partant, une base de données en accès libre sur internet pourra être reproduite par tous alors qu'une base de données en accès limité ne pourra être reproduite que par les utilisateurs légitimes⁷⁰³. Cette différence de fondement légal ajoute de la complexité à notre droit alors que l'internet a besoin de règles simples.

fonctionnement normal de l'ordinateur; et (vi) les copies sont conservées pour une durée n'excédant pas celle des procédés ordinaires associés à l'utilisation d'internet mentionnée sous (iv) et (v) ci-dessus; ces copies sont-elles (i) provisoires, (ii) transitoires ou accessoires et (iii) constituent-elles une partie intégrante et essentielle du procédé technique au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE? »

⁶⁹⁹ C'est à dire que les actes de reproductions sont entièrement effectués dans le cadre de la mise en œuvre du procédé technique et que la réalisation des actes de reproductions sont nécessaires.

⁷⁰⁰ Le texte français s'avère néanmoins plus didactique dans la mesure où il dispose que les logiciels et les bases de données sont exclus de l'exception. Un fondement différent est applicable à ces deux types d'œuvres.

⁷⁰¹ Le droit français n'a pas tranché cette question et laisse ainsi les juges s'inspirer des dispositions de la directive.

⁷⁰² Article 6 de la directive 96/9/CE.

⁷⁰³ Par cohérence avec les exceptions relatives au droit d'auteur ainsi qu'au droit voisin la Commission Européenne a décidé d'étendre le régime de l'exception de reproduction au droit sui generis. Voir Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, 19 juill. 2004 : SEC(2004)995, p. 9.

386. Le droit américain est donc resté fidèle à sa méthode analytique alors que le législateur européen a pris plus de hauteur en suivant une méthode synthétique. Il s'agit d'un renversement des paradigmes traditionnels car le droit européen applique traditionnellement une méthode analytique pour les exceptions et le droit américain utilise généralement une méthode synthétique avec l'exception de *fair use*. L'approche américaine est restée centrée sur la résolution de la difficulté soulevée par la jurisprudence avec l'arrêt MAI alors que le droit européen a voulu non seulement ne pas conférer aux auteurs un droit sur la prise de connaissance de leurs œuvres, mais aussi encourager le développement des nouvelles technologies qui aurait été freiné si la solution inverse avait été adoptée. Indépendamment de ces considérations, les solutions européenne et américaine présentent le même intérêt pratique et ne bloquent pas l'utilisation d'ordinateurs. Cependant, si l'autorisation est claire pour les reproductions caches sur ordinateurs, la solution est moins évidente pour les reproductions caches sur internet.

Paragraphe 2 : La reproduction transitoire par les prestataires de services

387. Le législateur américain avec le DMCA, puis le législateur européen avec la directive e-commerce, ont introduit des régimes de responsabilité limitée pour certains prestataires de services sur internet. Parmi les intermédiaires figurent les moteurs de recherche (I) ainsi que les serveurs mandataires (II) qui bénéficient d'un régime juridique *ad hoc* leur permettant d'effectuer plus facilement des copies. Ce régime est le résultat non pas d'une prise en compte des difficultés particulières des prestataires de services mais de l'influence de leurs lobbies. Il leur est en effet plus commode de procéder à des copies que de bâtir des infrastructures transcontinentales pour le développement de l'internet. Pourtant, le DMCA ainsi que la directive e-commerce ont été votés afin d'encourager au développement du secteur économique de l'internet. Il y a donc une contradiction initiale dans ce régime d'autant moins justifiable que les prestataires de service ne compensent pas ce régime de responsabilité *ad hoc* par une participation au financement de la culture sur le modèle de la rémunération pour

copie privée. L'assiette de la rémunération pourrait dépendre du nombre d'octets stockés sur les serveurs mis à la disposition du public français et américain⁷⁰⁴.

388. Le droit européen adopte une approche unitaire des reproductions transitoires qu'il réglemente à l'article 13 de la directive e-commerce alors que le droit américain distingue entre les deux types de reproductions à la section 512(a) et 512(b). Le moteur de recherche référence des contenus sur internet et crée par conséquent des liens⁷⁰⁵.

I) La reproduction par le moteur de recherche

389. Afin d'assurer un accès plus rapide et moins onéreux aux sites internet en s'abstenant de les interroger systématiquement, les moteurs de recherches effectuent des copies caches. Les copies caches effectuées par les moteurs de recherches assurent donc un accès plus rapide aux contenus et permettent d'économiser de la bande passante. S'il devait être considéré que ces copies constituent des contrefaçons, le modèle technique et économique des moteurs de recherches serait remis en cause, l'accès à l'internet serait fortement ralenti et le prix de son utilisation augmenterait fortement. Cela aurait pour conséquence de limiter le caractère universel de l'internet.

390. Les droits français et américain ne peuvent donc pas rester indifférents face à ces reproductions. Malgré la convergence d'intérêts qui aurait pu amener les droits européen et américain à converger les approches apparaissent plus uniformes jusqu'à la moitié des années 2010 qu'elles ne le sont désormais. En effet, les Etats-Unis⁷⁰⁶ se montrent de plus en plus protecteur de leurs géants de l'internet alors que l'Union Européenne n'a que des auteurs à protéger en l'absence d'une réussite européenne dans le domaine des moteurs de recherches.

⁷⁰⁴ Un tel mécanisme n'existe pas aux Etats-Unis.

⁷⁰⁵ Les sites internet créent des éléments de référencement destinés aux moteurs de recherche. La création n'est donc pas l'œuvre du seul moteur de recherche mais il s'agit plutôt d'une collaboration entre le prestataire et les sites internet. Les propriétaires des sites n'engagent leur responsabilité que pour les contenus présents sur leurs sites et non pas pour les éléments de référencement car, à l'inverse, ils seraient jugés deux fois en violation du principe non bis in idem.

⁷⁰⁶ Voir le discours du Président B. Obama du 15 février 2015, accessible à <http://www.ouest-france.fr/etats-unis-obama-soutient-facebook-et-google-face-leurope-3194840> (dernier accès: 30/05/2015).

391. Reflétant l'avance technologique américaine sur le reste du monde, la jurisprudence outre-Atlantique a été la première à connaître de l'hypothèse de la reproduction par un moteur de recherche. Dans l'arrêt *RTD v. Netcom*⁷⁰⁷, le moteur de recherche était à l'origine d'une reproduction ayant duré 11 jours. Les juges ont considéré qu'une telle copie ne violait pas le monopole de l'auteur car il n'y avait pas d'élément de *volition*, c'est à dire de dimension volontaire dans la copie. Cette approche surprend dans la mesure où - comme le droit français⁷⁰⁸ - le droit américain applique le principe de la responsabilité de plein droit⁷⁰⁹. Il aurait été plus judicieux d'introduire une division entre nécessité et simple commodité qui aurait permis d'écarter la responsabilité des personnes effectuant des copies lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen technique d'arriver au résultat souhaité.

392. La jurisprudence américaine a donc accepté la légalité de la reproduction temporaire par les moteurs de recherche avant même que le législateur ne se saisisse de la question. La jurisprudence française aurait certainement retenu à l'époque une solution différente dans la mesure où il s'agissait de la fixation d'une œuvre protégée sans l'autorisation de l'auteur qui s'analyse en une reproduction. Les juges français auraient par conséquent condamné le moteur de recherche pour les reproductions effectuées sur mémoire cache.

393. Quelques années après l'arrêt *RTD v. Netcom*, les législateurs occidentaux se sont saisis de la question. Dans un premier temps les Etats-Unis ont introduit le *Digital Millenium Copyright Act*⁷¹⁰ visant notamment à assurer un régime de responsabilité limitée pour les *service providers*, et donc les moteurs de recherches, afin d'encourager le développement de l'internet en écartant le risque de poursuites judiciaires pour les activités automatiques⁷¹¹. Le

⁷⁰⁷ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

⁷⁰⁸ Civ. 1^e, 29 mai 2001 et 26 juin 2001, Prop. intell. 2001, p. 71, obs. Sirinelli ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, « Droit d'auteur et droits voisins », Dalloz, 3^e édition, 2016, 1057.

⁷⁰⁹ D.S. CIOLINO, E.A. DONELON, « *Questioning Strict Liability in Copyright* », 54 Rutgers L. Rev. 351, hiver 2002 ; S. HETCHER, « *The Immorality of Strict Liability in Copyright* », 17 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, hiver 2013.

⁷¹⁰ Pub. L. 105-304.

⁷¹¹ Justin Williamson, « *Online Service provider Copyright Liability: Is the Digital Millennium Copyright Act the Answer ?* », 88 Ky. L.J. 987 (2000) ; S.SKILRUD, « *An Umbrella or a Canopy ? Why the 17 U.S.C. Section 512(A) Safe Harbor Should be Read...* », Marquette Intellectual Property Law Review, hiver 2005, vol. 9 ; S. Rep. No. 105-190, at 8.

Digital Millenium Copyright Act définit⁷¹² la notion de *service provider*, au sens de moteur de recherche, à la section 512(a) comme une « *entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received*⁷¹³ ». Cette définition sert de filtre initial à l'application du *safe harbor*⁷¹⁴. Cette définition a été inspirée par celle de « *telecommunication* » retenue dans le *Communication Act* de 1934⁷¹⁵. En effet, dans les deux cas, le législateur a voulu protéger les activités exerçant des fonctions de *mere conduit*⁷¹⁶. L'objectif était par conséquent de protéger les *service providers* se contentant de laisser transiter des tiers⁷¹⁷.

394. Le droit européen en revanche ne restreint pas l'application de l'article 13 de la directive e-commerce à un type de prestataire de service et s'affranchit donc de toute définition du prestataire technique. Le législateur européen a ainsi introduit une exception large, bien qu'analytique - c'est à dire devant être comprise de façon restrictive - au droit de reproduction qui s'applique à la copie de tout type d'œuvre⁷¹⁸. Les deux systèmes se rejoignent cependant sur le principe de la neutralité du prestataire de service. L'exception s'applique donc à toute reproduction relevant du *caching* et respectant les critères établis. Les droits américain et européen adoptent donc des exceptions fonctionnant de façons similaires.

395. La section 512(a) du *Copyright act*, introduite à la suite de l'entrée en vigueur du *Digital Millenium Copyright Act* et visant les reproductions effectuées par les moteurs de

⁷¹² Le DMCA a introduit deux définitions du service provider. Cependant, la section définition 512(k) est sans importance ici car elle s'applique à tous les service providers à l'exclusion des moteurs de recherche. J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, §6.02[1].

⁷¹³ « Une entité offrant la transmission, le routage, ou fournissant des connexions pour les communications numériques en ligne, entre ou jusqu'à des points spécifiés par l'utilisateur, de contenus choisis par l'utilisateur, sans modifier le fond du contenu tel qu'envoyé ou reçu » (traduction libre).

⁷¹⁴ A. BLOM, « *Search Engine and §512(D) of the D.M.C.A.* », 1 Case W. Reserve J.L. Tech. & Internet 36, automne 2009.

⁷¹⁵ *Communication Act*, Pub.L. 73-416.

⁷¹⁶ « *Essentially conduit-only functions* ». Voir *Commerce Rep. (DMCA)*, p. 63 ; *S. Rep. (DMCA)*, p. 54.

⁷¹⁷ B. ANNEMARIE, « *Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement* », 89 *Or. L. Rev.* 81, 2010.

⁷¹⁸ C.CASTETS-RENARD, « *Droit de reproduction* », Répertoire de droit européen, septembre 2010. Avant la directive du 22 mai 2001 le droit de reproduction était consacré pour les logiciels (article 4 de la directive n°91/250) et les bases de données (article 5 de la directive 96/9).

recherches, est le résultat du travail de *lobbying* des *service providers*⁷¹⁹. Cette méthode est traditionnelle notamment en matière de *copyright*⁷²⁰ depuis la réforme de 1976. Le *Digital Millenium Copyright Act* vise par conséquent à offrir aux *service providers* un cadre juridique sécurisant afin de développer leurs activités.

396. Le recours aux lobbies est donc désormais très courant en droit américain, comme en droit européen⁷²¹, alors qu'il entre en parfaite contradiction avec les intentions des rédacteurs de la Constitution américaine. En effet, Madison estimait que la création de la norme légale ne pouvait être laissée à des factions ne représentant que les intérêts d'une partie de la population⁷²². Ce procédé s'avère donc contraire à l'esprit de la Constitution mais il a permis de renforcer l'internet et avec lui l'accès aux informations du public. Cette entorse aux principes révolutionnaires a permis *in fine* de profiter à l'ensemble de la population américaine. La France n'a eu de cesse de casser les corporations pendant le siècle suivant la Révolution⁷²³ et les lobbies ne sont donc pas dans sa tradition. L'Union Européenne les a en revanche acceptés, ce qui acerbe les critiques quant au manque de représentativité et au vide démocratique des institutions bruxelloises⁷²⁴. Ainsi, les deux ordres juridiques fonctionnent de façons similaires en violation de leurs principes fondamentaux.

397. Les législateurs ont souhaité soutenir l'innovation, tout en prenant acte d'une distinction proposée par la doctrine entre les reproductions délibérées et les reproductions accessoires⁷²⁵. La reproduction doit ainsi être effectuée de façon neutre (A) et sans porter atteinte à ce que les législateurs ont estimé être les intérêts des auteurs (B).

⁷¹⁹ B.A. LEHMAN, « *Information Infrastructure Task force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure : report of the Working Group on Intellectual Property Rights* », Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, septembre 1995, 115-17, accessible à <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf> (dernier accès: 3/11/2014).

⁷²⁰ J. LITMAN, « *Digital Coypright* », Prometheus Books, 2001, p. 23-24.

⁷²¹ Bruxelles est devenue la seconde ville mondiale concentrant le plus de lobbyistes après Washington D.C. Voir I. TRAYNOR, I. FARIZA SOMOLINOS, J. CARCERES, M. ZATTERIN, « *Bruxelles, les lobbies à la manœuvre* », 7 mai 2014, Le Monde, accessible à : http://www.lemonde.fr/europeennes-2014/article/2014/05/07/bruxelles-les-lobbies-a-la-man-uvre_4412747_4350146.html (dernier accès: 16/02/2015).

⁷²² P. E. MCGREAL, « *Ambition's Playground* », mars 2000, 68 Fordham L. Rev. 1107.

⁷²³ M. FAUVELLE, « *Les lobbies ont-ils trop de pouvoir ?* », 21 octobre 2014, Franceinter.fr, accessible à <http://www.franceinter.fr/emission-ledito-politique-les-lobbies-ont-il-trop-de-pouvoir> (dernier accès: 1/045/2015).

⁷²⁴ B. HÉRAUD, « *Union Européenne : les lobbies font-ils la loi à Bruxelles ?* », novethic.fr, 12 juin 2014, accessible à : <http://www.novethic.fr/gouvernance-dentreprise/lobbying/isr-rse/union-europeenne-les-lobbies-font-ils-la-loi-a-bruxelles-142551.html> (dernier accès: 16/02/2015).

⁷²⁵ Y. GENDREAU, « *Le droit de reproduction et l'internet* », in RIDA, 1998, 4, p. 41.

A) La neutralité de la reproduction

398. La section 512(a) du *Copyright Act* énonce que les reproductions effectuées à l'initiative de tiers au *service provider* (1), et de façon automatique sur son réseau⁷²⁶ (2) jouissent de la limitation de responsabilité. La directive européenne e-commerce⁷²⁷ s'est inspirée des dispositions du DMCA, permettant ainsi un minimum d'harmonisation entre les deux systèmes.

1) Les reproductions à l'initiative de tiers

399. La transmission des contenus doit avoir été lancée à l'initiative ou sous la direction d'un tiers au prestataire de service ou au moteur de recherche. La section 512(a) dispose que le tiers en question est celui « anticipé » par le *service provider*. La directive e-commerce ne s'est pas embarrassée d'une qualification des tiers. Le législateur européen aurait pourtant sans doute dû suivre le souci de précision de son homologue américain car cette définition permet d'appliquer le régime de responsabilité limitée même en cas de piratage informatique⁷²⁸. S'il semble cohérent avec la *ratio legis* de la directive e-commerce d'adopter la même solution, il aurait été heureux de le préciser explicitement. Ils doivent donc se contenter d'un rôle passif et ils sont tenus de s'abstenir de choisir les destinataires.

400. Le rapport de la Chambre des Représentants américaine⁷²⁹ a en effet retenu que la notion de sélection doit s'entendre comme étant une fonction éditoriale visant à déterminer quel contenu envoyer. Le *service provider* doit donc s'abstenir d'adopter une fonction

⁷²⁶ L'arrêt *Napster* a précisé que le réseau doit être celui du *service provider* et non pas l'internet pris dans sa globalité. Voir *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 54 USPQ 1746 (N.D. Cal. 2000).

⁷²⁷ Directive 2000/31/CE.

⁷²⁸ J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », *Law Journal Press*, 2015, §6.03[1].

⁷²⁹ H.R. Rep. No. 105-551.

éditoriale afin de jouir du régime de responsabilité limitée. L'arrêt *Ellison*⁷³⁰ a retenu que le moteur de recherche respecte ces deux conditions de la section 512(a). La solution est identique en Europe dans la mesure où la jurisprudence a souvent appliqué le régime de l'hébergeur par défaut lorsque le prestataire technique ne procède pas à une activité éditoriale⁷³¹. En outre, le moteur de recherche doit communiquer le contenu demandé automatiquement via un procédé technique sans qu'il ne sélectionne le contenu. Le procédé technique et automatique correspond à la réponse à une requête par un tiers ou un appareil⁷³². Le prestataire est ainsi limité à un rôle purement passif. Les conditions posées visent ainsi à créer une exception limitée à la simple fonction de transit des moteurs de recherche⁷³³. Ce nouveau raisonnement souligne l'erreur qui a été commise dans la définition traditionnelle du droit de reproduction qui avait été développée pour correspondre à l'imprimerie, c'est à dire à un procédé impliquant une copie directe et volontaire.

401. Cependant, les jurisprudences américaine et française ont introduit une précision. Les juges américains⁷³⁴ ont été saisis de la question de la légalité des murs d'images et ont appliqué le *fair use* qu'ils justifient par la facilitation de l'accès aux œuvres. L'application de l'exception a cependant été écartée lorsque le mur d'images permet aux internautes d'agrandir l'image. La Cour de cassation française a écarté l'application du régime dérogatoire de l'article 13 de la directive e-commerce relatif à la mémoire cache, pour les murs d'images, dans l'arrêt *Auféminin.com*⁷³⁵. Elle a en effet retenu que les sociétés Google ont stocké les images et ont permis aux internautes d'effectuer des agrandissements de celles-ci « au-delà et indépendamment des strictes nécessités d'une transmission ». La Cour de cassation rappelle ainsi que les limites imposées au droit d'auteur par la technique sont acceptables mais qu'il n'en va pas de même des simples commodités. Les juges n'ont pas interdit les murs d'images mais imposent aux moteurs de recherche le recours à des liens cadres ne permettant pas le stockage ni l'agrandissement. En effet, l'utilisation de liens cadres constitue le procédé le moins intrusif afin de présenter les vignettes aux internautes. Cette méthode permet de respecter les prérogatives des auteurs tout en assurant l'accès et le développement des murs d'images qui facilitent l'accès à la culture. Les deux droits adoptent donc des solutions

⁷³⁰ *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072.

⁷³¹ P. SIRINELLI, « *Chronique de jurisprudence* », RIDA, avril 2008, p. 433.

⁷³² H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, à 51.

⁷³³ M. Nimmer, « *Nimmer on Copyright* », Lexisnexis, 2005, §12.B.02(A).

⁷³⁴ *Kelly v. Arriba*, 6 février 2002, 280 F.3d 934.

⁷³⁵ Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n° de pourvoi : 11-15165, 11-15-188.

similaires, malgré le recours à des raisonnements très divergents, en retenant la légalité du mur d'image dès lors que la reproduction des œuvres est limitée à la stricte nécessité du procédé technique. L'intérêt pratique de cette solution réside dans la nécessité pour les internautes de se rendre sur le site lié et donc de voir les publicités qu'il contient. Les auteurs bénéficieront ainsi d'une meilleure rémunération.

402. En outre, les moteurs de recherche ne jouiront pas des régimes de responsabilité limitée s'ils choisissent les destinataires. Le rapport du Congrès américain⁷³⁶ a ainsi retenu que la notion de réponse automatique à la requête d'un tiers, c'est à dire sans discrimination entre les contenus et les utilisateurs, inclut la réponse d'un moteur de recherche aux requêtes par un utilisateur ou un autre réseau. L'arrêt *Ellison*⁷³⁷ a confirmé la position du rapport du Congrès. Il a été précisé que les accords passés avec certains utilisateurs ne remettent pas en cause le critère de l'absence de sélection des destinataires⁷³⁸. Dès lors les moteurs de recherches respectent la condition leur interdisant de sélectionner le destinataire. Le droit européen, notamment par une lecture libérale de la jurisprudence, a retenu le même principe de passivité du prestataire technique⁷³⁹. La directive n'avait pas adopté *expressis verbis* cette position et s'était contentée de se référer à la fourniture de service qui sous tend la demande d'un tiers.

403. Malgré la validation complète du système des reproductions sur mémoires caches par l'arrêt américain dit *Field*⁷⁴⁰ - qui s'est fondé sur une théorie du contrat social⁷⁴¹ basée sur une licence implicite (rejetée par le droit français) qui serait conférée par le titulaire des droits lorsqu'il ne recourt pas à son option de *opt out* - il a été fait remarquer que les internautes voient la reproduction du site telle que copiée sur la mémoire cache et non pas une copie

⁷³⁶ H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 51.

⁷³⁷ *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072.

⁷³⁸ À 1072 : « If AOL were to lose its ability to qualify for subsection(a)'s safe harbor because it has peer agreements with some entities but not with others, then the DMCA would appear to place an affirmative obligation on AOL to enter into peering arrangements with every conceivable peering entity in the world. This could not have been what Congress' intent » (Si AOL devait perdre sa capacité à respecter les conditions de l'exception de la sous-section (a) parce qu'elle a un accord avec certaines entités mais pas avec d'autres, alors le DMCA s'avérerait placer une obligation positive sur AOL d'entrer dans des arrangements avec toute entité paire concevable dans le monde. Ce ne peut avoir été l'intention du Congrès (traduction libre)).

⁷³⁹ P. SIRINELLI, « *Chronique de jurisprudence* », RIDA, avril 2008, p. 433.

⁷⁴⁰ *Field v. Google*, 412 F.Supp. 2d 1106.

⁷⁴¹ J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, § 5A.02[3].

envoyée automatiquement depuis le site original et transitant par le moteur de recherche⁷⁴². Il y a donc une appropriation de l'œuvre sans autorisation de son auteur. Les juges dans l'arrêt Field ont justifié leur position en retenant que les liens permettent aux internautes de visualiser la page même si le site d'origine est indisponible. Il s'agit donc d'un argument d'opportunité qui, bien que recevable d'un point de vue pragmatique et technique, ne présente aucune valeur juridique. Il s'agit donc d'un coup de force des juges qui ont limité le champ d'application du monopole de l'auteur aux besoins techniques car la copie ne transite pas sur le système du *service provider* à partir du site d'origine mais du *service provider* à l'internaute⁷⁴³. Les juges américains ont ainsi privilégié le droit d'accès à la culture face au *copyright*. Cette approche est logique étant donné que la Constitution limite le *copyright* à un encouragement à la production intellectuelle dans le but de vulgariser les connaissances. Cette méthodologie prétorienne est moins répandue au sein de l'Union Européenne, et notamment en France, où les juges sont plus limités par leur rôle de bouche de la loi⁷⁴⁴. Cette différence est en pratique plus nuancée car les juges créent régulièrement des normes juridiques en droit d'auteur⁷⁴⁵. Ainsi, alors que le bien fondé de l'exception est explicite aux Etats-Unis, il est imposé sans justification au sein de l'Union Européenne. Or, il nous semble qu'une règle n'est acceptée que si elle est expliquée et comprise. Il aurait ainsi été judicieux de justifier l'exception dans un considérant de la directive e-commerce.

404. Les différences d'approches entre l'Union Européenne et les Etats-Unis apparaissent relativement minces. En effet, les deux droits ont adopté un principe de neutralité du moteur de recherche. L'objectif est donc de ne pas limiter la communication des idées ni l'innovation technologique tout en ménageant les intérêts des auteurs. Cette solution doit être soutenue bien qu'elle renverse le paradigme antérieur du contrôle quasi absolu de l'auteur sur ses œuvres. En effet, les droits américain et européen concèdent une autorisation de reproduction des œuvres mises en ligne légalement sur internet qui peuvent être reproduites par un

⁷⁴² Plaintiff's Reply to Google's Opposition to Plaintiff's Motion for Summary Judgment at 10-11, Field, 412 F. Supp. 2d 1106 (No. 50-2817918).

⁷⁴³ M. PEGUERA, « *When the Cached Link is the Weakest Link : Search Engine Caches Under the Digital Milenium Copyright Act* », 23 février 2009, p.1134, accessible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135274 (dernier accès : 20/06/2014).

⁷⁴⁴ Montesquieu, « *De l'esprit des lois* », 1748.

⁷⁴⁵ Le juge français a ainsi su créer des pans entiers de notre droit, notamment la responsabilité délictuelle ou encore le droit moral de l'auteur. Aux Etats-Unis les juges disposent de plus de souplesse conformément à la tradition de Common law qui reconnaît aux juges le pouvoir de modifier le droit. Il n'en reste pas moins que le droit américain est soumis à la Constitution et que les juges étasuniens statuent conformément au droit.

prestataire technique. L'autorisation de reproduction des contenus n'apparaît constituer qu'une limitation de responsabilité des prestataires techniques fondée sur l'idée qu'ils ne peuvent contrôler la légalité de chaque page référencée. Il s'agit donc d'une exception utilitariste permettant de préserver un domaine d'activité économique et d'améliorer l'accès à la culture. Cette approche est parfaitement assumée en droit américain⁷⁴⁶ conformément à la tradition anglaise dont il s'inspire⁷⁴⁷. Elle s'éloigne de la conception jusnaturaliste qui prime désormais en droit français.

405. Le moteur de recherche ne doit pas sélectionner le destinataire des contenus à moins que cela ne soit le résultat d'une réponse automatique à la demande d'un tiers. Cette exigence a pour conséquence d'imposer le respect du principe de neutralité aux moteurs de recherches qui ne peuvent favoriser artificiellement certains résultats. Or, le respect de ce principe garantit aux internautes un égal accès aux contenus, ce qui favorise l'accès à la culture. La présentation des résultats, du moins avec les moteurs de recherche Google et Yahoo !, a pour conséquence de mélanger des liens commerciaux présentés en premier et, en-dessous, des liens classés de façon naturelle. Il y a donc un mélange de résultats présentés artificiellement et naturellement qui risque de troubler les utilisateurs peu expérimentés. Le principe de neutralité du Net n'est donc *de facto* respecté que pour les internautes connaissant les us et coutumes de l'internet, ce qui s'avère insatisfaisant pour un réseau à vocation universaliste⁷⁴⁸ et donc ouvert aux profanes. En outre, les algorithmes sont modifiés quasiment tous les jours et il s'avère donc particulièrement difficile pour les juristes de suivre les évolutions. Ce manque de transparence est en partie à l'origine de la défiance européenne à l'égard de la société Google, d'autant que l'étude du fonctionnement du moteur de recherche a montré qu'il existe au moins trois algorithmes différents pour l'Union Européenne, ce qui montre que le procédé n'est pas neutre. Or la neutralité est l'un des critères permettant l'application du régime dérogatoire de la directive e-commerce⁷⁴⁹. En outre, l'algorithme de Google privilégie ses propres services en violation des règles relatives à l'abus de position dominante⁷⁵⁰. La

⁷⁴⁶ La Clause du Copyright de la Constitution énonce que le Congrès vote des lois visant à « promouvoir le progrès des sciences et des arts utiles, en assurant pour une durée limitée aux auteurs et aux inventeurs un droit exclusif sur leurs écrits et leurs découvertes respectifs » (traduction libre).

⁷⁴⁷ A. LUCAS, « *Le droit d'auteur sur l'internet* », 2 avril 2012, accessible à <https://www.youtube.com/watch?v=m0XghhBMJIg> (dernier accès : 18/02/2015).

⁷⁴⁸ M.R. PATTERSON, « *Non-Network Barriers To Network Neutrality* », mai 2010, 78 *Fordham L. Rev.* 2843.

⁷⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, *Google c. Lyonnaise de garantie, Juriscom.net*.

⁷⁵⁰ Commission Européenne, « *Abus de position dominante : la Commission adresse une communication des griefs à Google au sujet du service de comparaison de prix et ouvre une*

doctrine a demandé à ce que les moteurs de recherche communiquent leurs politiques en des termes clairs et qu'ils précisent le temps d'attente ainsi que les limitations possibles dans l'accès à certains contenus⁷⁵¹. Cette solution présente l'intérêt de ne pas obliger les sociétés gérant des moteurs de recherche à dévoiler leurs algorithmes mais elle subordonne le contrôle du respect de la neutralité à la bonne volonté des moteurs de recherche, en contradiction avec l'interdiction de se prévaloir de preuves constituées par soi-même. Il nous semble qu'il y aurait lieu d'instaurer des autorités administratives indépendantes, ou d'étendre les prérogatives d'autorités déjà existantes⁷⁵², tenues au secret des détails des algorithmes afin que soit contrôlé le respect du principe de neutralité. Cette solution aurait le mérite d'inciter fortement les moteurs de recherche à respecter la neutralité de l'internet car en cas de litige un juge pourrait être saisi et les détails de l'algorithme seraient alors dévoilés. Les moteurs de recherche auront ainsi tout intérêt à ne pas risquer une violation du principe. La neutralité des moteurs de recherche, et plus généralement de l'internet, présente l'intérêt pour les internautes de ne pas devoir s'interroger sur la médiation technique lors de leurs recherches⁷⁵³. La neutralité renforce par conséquent l'accès à la culture et aux informations.

2) Le caractère automatique des reproductions

406. La reproduction doit être effectuée automatiquement afin de respecter le principe de neutralité vis à vis des contenus. La reconnaissance de l'applicabilité de ce critère est surprenante dans la mesure où l'algorithme utilisé par les moteurs de recherche est créé par des ingénieurs qui lui imposent un mode de fonctionnement l'amenant à privilégier certains résultats. Il ne s'agit donc en aucun cas d'une créature de type Frankenstein échappant à ses créateurs bien qu'une partie de leurs réactions puissent échapper au contrôle des concepteurs.

procédure formelle d'examen distincte concernant Android», 15 avril 2015, accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_fr.htm (dernier accès: 1/05/2015).

⁷⁵¹ M.R. PATTERSON, « *Non-Network Barriers To Network Neutrality* », mai 2010, 78 *Fordham L. Rev.* 2843.

⁷⁵² Aux Etats-Unis la *Federal Communications Commission* pourrait s'en charger (Oren Bracha & Frank Pasquale, *Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search*, 93 *Cornell L. Rev.* 1149 (2008)) ou la *Internet Engineering task Force* (Berin Szoka & Adam Thierer, *Net Neutrality, Slippery Slopes & High-Tech Mutually Assured Destruction*, *Progress Snapshot* (Progress & Freedom Found., Wash., D.C.), Oct. 2009) et en France l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) pourrait se voir conférer cette compétence.

⁷⁵³ M.R. PATTERSON, « *Non-Network Barriers To Network Neutrality* », mai 2010, 78 *Fordham L. Rev.* 2843.

Le critère d'automaticité doit par conséquent être compris comme l'absence d'intervention humaine directe. Ce critère est central dans l'économie de la limitation de responsabilité et montre l'évolution vers une approche plus utilitariste du droit d'auteur qui de ce point de vue se rapproche du *copyright*⁷⁵⁴. Il se divise en deux impératifs. Les prestataires techniques doivent en effet s'abstenir de modifier les œuvres (a) et doivent se contenter d'un rôle purement neutre (b).

a) L'absence de modification des œuvres

407. Les prestataires techniques cesseront de jouir du régime de responsabilité limitée dès lors qu'ils modifieront les œuvres qu'ils stockent⁷⁵⁵. Cependant, les droits américain et français ont des conceptions différentes de ce que signifie l'absence de modification.

408. Aux Etats-Unis l'arrêt *Ellison*⁷⁵⁶ a retenu que le moteur de recherche ne modifie pas les contenus, ce qui autorise à considérer que les modalités de fonctionnement des moteurs de recherche permettent de satisfaire à la condition de l'absence de modification des œuvres. Les moteurs de recherche jouissent ainsi du régime favorable de la section 512(a). Le rapport du Congrès américain a néanmoins précisé que l'absence de modification ne s'applique qu'au fond et non pas au format⁷⁵⁷. Cela signifie que l'œuvre ne doit pas être modifiée sur le fond mais que la présentation peut être modifiée conformément à l'adage *de minimis non curat lex*⁷⁵⁸. Cette solution est pragmatique dans la mesure où la présentation d'une œuvre varie fortement en fonction de facteurs indépendants de la volonté des moteurs de recherches, comme la taille de l'écran ou certains paramétrages de l'internaute. Elle est d'autant plus

⁷⁵⁴ Le caractère utilitariste du *copyright* doit cependant être nuancé. En effet, la session de rédaction de la clause I-8-8 de la Constitution était secrète. Il n'existe aucune trace des débats à l'origine de sa rédaction et ce n'est qu'une lecture littérale du texte qui permet de conclure à une approche utilitariste. Cependant, le droit américain a hésité en adoptant une approche jusnaturaliste (G.T. CURTIS, « *A Treatise on the Law of Copyright in Books, Dramatic and Musical Compositions, Letters and Other Manuscriptis, Engraving and Sculpture, as Enacted and Administered in England and America With Some Notices of the History of Literary Property* », 1847) avant de revenir à une conception positiviste d'inspiration utilitariste (*Wheaton v. Wheaton*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834)).

⁷⁵⁵ 17 U.S.C. 512(a)(5) et article 13 de la directive 2000/31/CE.

⁷⁵⁶ *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072, 69 U.S.P.Q.2d (BNA) 1616 (9th Cir. 2004).

⁷⁵⁷ H.R. Rep. No. 105-551, pt. 1, à 24 (1998).

⁷⁵⁸ J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, §6.03[1].

facile à introduire en droit américain que les droits moraux y sont très réduits. La directive européenne n'a pas pris position sur ce point mais le droit français pourrait sanctionner une telle modification sur le fondement du droit moral⁷⁵⁹ si l'esprit de l'œuvre se trouve modifié⁷⁶⁰. Le rôle neutre du prestataire technique est donc plus strict en droit français qu'en droit américain où le pragmatisme associé à l'absence d'une culture forte du droit moral a amené le législateur à adopter une approche plus libérale.

409. Néanmoins, en pratique, cette différence n'a pas d'incidence pour les moteurs de recherche qui se contentent de reproduire de façon mécanique, c'est à dire sans intervention humaine directe, les contenus. Le droit américain laisse donc une marge de manœuvre plus importante que le droit français mais il est fort probable que cette possibilité reste inutilisée.

410. En outre, le principe de neutralité des moteurs de recherche implique qu'ils ne sélectionnent pas eux-mêmes les contenus que consultent les internautes.

b) La neutralité des prestataires intermédiaires quant à la sélection du contenu

411. Le principe de neutralité des moteurs de recherche, qui constitue le corollaire du principe générale de la neutralité de l'internet, fait obstacle au choix par les prestataires de service des contenus visualisés par les internautes. Les droits américain puis français ont convergé sur ce principe.

412. La limitation de responsabilité requiert un fonctionnement neutre dans le cadre de la communication des contenus. Ainsi, aux Etats-Unis, la reproduction doit être effectuée par une procédure technique automatisée sans que le *service provider* ne sélectionne le contenu⁷⁶¹. Le *service provider* doit donc se contenter de reproduire de façon servile les contenus lorsqu'un tiers le sollicite. Il s'agit du critère d'absence de sélection discrétionnaire de la part du *service provider* qui permet une sélection transparente des contenus⁷⁶².

⁷⁵⁹ Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n° de pourvoi : 11-15165 et 11-15-188.

⁷⁶⁰ Voir supra n° 359.

⁷⁶¹ 17 U.S.C. 512(a)(2).

⁷⁶² J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, §6.03[1] ; H.R. Rep. No. 551 (Part 2), 105th Cong., 2d Sess. 51 (July 22, 1998).

413. Au sein de l'Union Européenne, le principe du caractère automatique de la reproduction est affirmé à l'article 13 qui dispose que le prestataire intermédiaire jouit de la limitation de responsabilité lorsqu'il effectue une mémoire cache dès lors qu'il opère un « stockage automatique » et « intermédiaire ». Le droit européen reste donc silencieux sur l'obligation de ne pas sélectionner les contenus qui apparaît néanmoins implicite à cause du caractère automatique et intermédiaire du stockage qui fait obstacle à tout choix quant au contenu. Les deux systèmes semblent donc converger sur le principe de neutralité des moteurs de recherche.

414. Bien que les méthodes divergent, les droits américain et européen s'harmonisent car ils visent tous deux à limiter la responsabilité des prestataires techniques. Les approches américaine et européenne consistant à modifier le droit en fonction de la technique ne jouissent d'aucune légitimité et représente un danger pour la démocratie. En effet, la soumission d'un système juridique à une technique risque de finir par retirer toute possibilité de libre arbitre et de débat démocratique car elle n'est constituée que de lignes de codes binaires empreintes de déterminisme. Les législateurs auraient plutôt du établir le critère du seuil maximum de jouissance pour les utilisateurs, ce qui permet de laisser les êtres humains comme seuls référents de la construction de la norme juridique et autorise le débat et l'évolution démocratique. En outre, ce critère aurait permis de façonner le droit d'auteur et le *copyright* à la lumière du droit à la culture du public et non pas en fonction d'intérêts principalement économiques. Cette approche n'aurait sans doute pas changé le résultat juridique mais elle aurait évité d'initier la voie « techniciste » qui nous paraît dangereuse.

415. Les droits européen et américain adoptent par conséquent une approche restrictive de la légalité de la reproduction transitoire qui doit être effectuée dans le cadre d'un procédé technique neutre. Cette approche permet de limiter au minimum le droit d'auteur. Elle permet en outre d'assurer un référencement efficace qui renforce le droit d'accès à la culture. Néanmoins, les prérogatives des auteurs n'ont pas été complètement écartées par les législateurs européens et américains.

B) Les conditions raisonnables de la reproduction

416. La reproduction raisonnable doit respecter un critère de conditions d'accès (1). En outre, les auteurs sont protégés par la limitation de la durée d'accès aux reproductions ainsi que par le respect de leurs intérêts patrimoniaux (2).

1) Les conditions d'accès à la copie

417. Les conditions d'accès aux copies peuvent limiter indument le champ d'application du droit d'auteur. Les législateurs américain et européen ont par conséquent décidé d'en limiter l'accès.

418. En droit américain, les *service providers* n'engagent pas leur responsabilité pour reproduction dès lors que la copie reste ordinairement inaccessible à des personnes autres que le destinataire des contenus⁷⁶³. Partant, les reproductions sont légales tant qu'elles ne peuvent être consultées par des personnes ne les requérant pas. Au sein de l'Union Européenne, en revanche, la directive 2000/31/CE n'a pas précisé que les copies doivent être rendues accessibles aux seuls internautes requérant la page internet d'un site en accès libre. Elle a simplement précisé que le « prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ». Il en résulte que le prestataire ne peut permettre, dans les deux systèmes, à des internautes n'ayant pas accès au site protégé par des mesures techniques de consulter ses reproductions caches. Cette solution permet de respecter les modalités de gestion que les ayants droit font de leurs œuvres.

419. La condition de neutralité des copies renforce donc globalement le principe de neutralité de l'internet et l'accès du public aux contenus et renforce dans une mesure limitée les intérêts des auteurs. Afin de rééquilibrer la balance en faveur des auteurs, des conditions relatives à la durée de la copie ainsi qu'à sa valeur économique ont été ajoutées.

⁷⁶³ H.R. Rep. No. 105-551, pt. 1, à 24 (1998).

2) La durée d'accès à la copie et leur valeur économique

420. Les auteurs sont protégés par la durée limitée de la copie (a). La valeur économique ne bénéficie pas du même traitement dans les deux pays (b).

a) La durée d'accès à la copie

421. Les droits européen et américain justifient l'application de l'exception et de la limitation de responsabilité par une approche utilitariste. Certains auteurs y voient - sans doute avec raison - une « déjuridicisation⁷⁶⁴ » du droit d'auteur français⁷⁶⁵. Cependant, le droit d'auteur et le *copyright* ne peuvent subir de limitations dès lors qu'elles s'avèrent nécessaires à atteindre un objectif escompté. Ainsi, des deux côtés de l'Atlantique, la durée de la reproduction est encadrée selon des critères technicistes.

422. Aux Etats-Unis, le paragraphe introductif de la section 512(a) énonce que le *service provider* doit effectuer une reproduction *intermediate* et *transient* afin de jouir de la limitation de responsabilité. Les contours de ce critère sont relativement flous dans la mesure où il a été retenu dans l'arrêt Netcom⁷⁶⁶, dont les motifs ont été codifiés à la section 512(a)⁷⁶⁷, qu'une reproduction d'une durée de 11 jours constituait une copie *intermediate* et *transient*. En outre, l'arrêt Ellison v. Robertson⁷⁶⁸ a adopté la même position pour une copie ayant duré 14 jours. Or de telles durées n'apparaissent pas intuitivement comme des périodes courtes auxquelles les termes *intermediate* et *transient* semble faire allusion. Le standard de légalité de la durée

⁷⁶⁴ M.A. HERMITTE, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels », Archives de Philosophie du droit, 1985, p. 331-349.

⁷⁶⁵ Ce mouvement ne doit cependant pas être exagéré dans la mesure où le droit français est né dans une perspective utilitariste. Il y a plutôt un retour aux fondements intellectuels du droit d'auteur après une période de maturité vis à vis des technologies de l'époque qui permettait d'asseoir la propriété littéraire et artistique sur un fondement jusnaturaliste. Cependant, la confrontation avec l'internet nécessite une transformation du droit d'auteur qui doit être justifiée par l'objectif de stimulation de la culture comme cela était le cas à la Révolution.

⁷⁶⁶ RTD v. Netcom, 907 F. Supp. 1361.

⁷⁶⁷ S. SKILRUD, « An Umbrella or a Canopy? Why the 17 U.S.C. Section 512(A) Safe Harbor Should be Read... », Marquette Intellectual Property Law Review, hiver 2005, vol. 9.

⁷⁶⁸ 189 F.Supp. 2d 1051, 1068 (C.D. Cal. 2002), aff'd in part and rev'd on other grounds in part, 357 F.3d 1072 (9th Cir. 2004).

n'est donc pas le temps chronologique. La durée doit donc être comprise comme celle requise par un processus technique. Il est ainsi précisé, à la section 512(a)(4), que la reproduction ne doit pas être conservée sur le système ou le réseau pendant une période supérieure à ce qui est raisonnablement nécessaire pour la communication du contenu. Cette durée raisonnable constitue une codification⁷⁶⁹ de l'arrêt *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc.*⁷⁷⁰. La reproduction devra donc être supprimée lorsqu'elle n'est plus d'actualité car le site original a changé le contenu. On ne saurait imaginer conception plus libérale de la durée. Cette limite au droit d'auteur doit néanmoins être soutenue car elle est nécessaire au fonctionnement de la mémoire cache.

423. Le droit européen a introduit une solution similaire à l'article 13 de la directive e-commerce. La copie doit ainsi être temporaire sans que la durée ne soit précisée. Cette imprécision est jugulée par l'obligation pour le prestataire de se conformer « aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisée par les entreprises ». Il est ainsi fait référence à un mécanisme d'effacement des données par mise à jour. Le droit européen permet donc à des reproductions d'être maintenues pendant une longue période lorsque le site ne fera pas l'objet de mise à jour par son propriétaire. L'approche utilitariste est ici parfaitement assumée car la directive dispose que la limitation de responsabilité aura vocation à s'appliquer lorsque l'utilisation du contenu est effectuée « dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information ». Le droit fait ainsi preuve de suivisme vis à vis de la technique.

424. Les droits européen et américain adoptent donc des approches similaires en établissant un critère flou de durée limitée limité par l'effacement automatique lorsque le site original aura changé de contenu. Le critère est donc le même que pour l'article 5.1 de la directive 2001/29/CE⁷⁷¹. Il se peut donc que la reproduction dure éternellement lorsque le site original n'est pas modifié et par conséquent l'utilisation du terme « temporaire » est malheureuse. Il aurait donc été plus cohérent - quoi que sans doute de peu de portée pratique - d'imposer l'effacement des données au bout d'un délai raisonnable.

⁷⁶⁹ S. SKILRUD, « *An Umbrella or a Canopy ? Why the 17 U.S.C. Section 512(A) Safe Harbor Should be Read...* », *op. cit.*

⁷⁷⁰ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

⁷⁷¹ CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 14 décembre 2011, société Wizzgo c. société Métropole Télévision et autres, Legalis.

425. Malgré les faiblesses de rédaction, le régime des limitations de responsabilité américaine et européenne permettent de ne pas tomber dans une situation ubuesque où les internautes devraient solliciter jusqu'à 43 autorisations des auteurs pour prendre connaissance de leurs œuvres sur internet⁷⁷². Cette approche utilitariste renforce le droit à l'accès à la culture car il permet de faciliter l'accès aux contenus présents sur l'internet.

b) La valeur économique de la copie

426. Le droit d'auteur et le *copyright* sont largement construits sur la notion de jouissance des fruits d'une œuvre. Le *copyright* américain ainsi que le droit d'auteur français ont en effet été instaurés afin d'assurer des revenus aux auteurs. Cependant le traitement des moyens de rémunération sur internet face aux mémoires divergent.

427. Aux Etats-Unis la section 512(a) ne fait aucunement référence à un quelconque intérêt économique des auteurs alors que l'article 13 de la directive e-commerce dispose que « le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie [...] dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information⁷⁷³ ». Le droit européen permet ainsi aux auteurs de recevoir communication des visites des reproductions caches de leur sites. Étant donné qu'une partie des revenus des auteurs provient de la publicité la communication de ces informations permet d'avoir connaissance du nombre exacte d'internautes prenant connaissance du contenu du site et par conséquent des enseignes publicitaires. La charge pour les prestataires intermédiaires est encadrée car l'auteur doit utiliser une technologie « largement reconnue et utilisée par l'industrie ». La solution européenne a ainsi atteint un point d'équilibre entre les intérêts des auteurs, qui relèvent principalement de la rémunération, et celui du public qui vise à avoir un accès permanent aux œuvres. Le droit américain devrait introduire une solution similaire afin de renforcer les revenus publicitaires des auteurs.

428. La légalité des reproductions sur les mémoires caches des moteurs de recherches est donc largement admise en droit américain et européen. Cette autorisation permet d'améliorer

⁷⁷² A. Lucas, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 274.

⁷⁷³ Article 13.1(d) de la directive 2000/31/CE.

l'accès à l'internet en assurant de faibles coûts d'utilisation qui permettent aux internautes d'accéder à la toile gratuitement. L'accès à la culture en ressort renforcé dans la mesure où la gratuité de l'accès est une condition de son universalité. Ainsi, l'assouplissement du droit d'auteur dans le but utilitariste d'assurer un meilleur accès à la culture marque la montée en puissance de la figure du public et de la prise en compte de la liberté du commerce et de l'industrie d'autres agents économiques.

429. Outre les moteurs de recherches, les serveurs mandataires jouent un rôle de premier plan dans l'efficacité et la gratuité de l'accès à internet.

II) La reproduction transitoire par les serveurs mandataires

430. Les pages les plus utilisées du réseau, et donc *a priori* les sites attirant le plus de liens, sont mises en mémoire par un serveur mandataire⁷⁷⁴. Cette opération a pour but de communiquer plus facilement des contenus en évitant la saturation des sites. Les contenus des sites populaires s'ouvrent ainsi plus rapidement et ont moins de risque de demeurer inaccessibles car une reproduction sur un serveur peut compenser un problème rencontré par un autre serveur. Ainsi, une distinction est effectuée entre les sites populaires et les sites moins connus, ce qui va à l'encontre du principe de neutralité de l'internet⁷⁷⁵.

431. Malgré l'importance de cette difficulté, aucun accord international n'a été trouvé sur cette problématique et les États ont ainsi la charge de répondre individuellement à cette question. Il en résulte un éclatement des approches entre les différents systèmes juridiques. Ainsi, si certains États ont retenu que les serveurs mandataires soulèvent l'application du droit de représentation⁷⁷⁶, les États-Unis et l'Union Européenne ont préféré appliquer le droit de reproduction.

⁷⁷⁴ K. D. STUCKEY, « *Internet an Online law* », Law Journal Press, 2013, §6.09(7).

⁷⁷⁵ La neutralité de l'internet est un principe inventé par Tim Wu qui retient que l'internet doit être accessible sans discrimination de contenus par les prestataires techniques. Voir T. WU, « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », J. On Telecomm. & High Tech. L., 23 avril 2005, accessible à : <http://campus.murraystate.edu/faculty/mark.wattier/Wu2003.pdf> (dernier accès: 22/09/2014).

⁷⁷⁶ 30 juin 2004, 2004 CSC 45, Société canadienne des auteurs, compositeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet : Prop. intell. 2004, p. 919, obs. A. LUCAS.

432. Si la méthode analytique traditionnelle des pays de *copyright* s'adapte *a priori* mal aux évolutions technologiques, force est de constater qu'elle assure une meilleure sécurité juridique. Ainsi, aux Etats-Unis, la section 512(b) établit le régime de la limitation de responsabilité des serveurs mandataires⁷⁷⁷. En revanche en France, en l'absence de saisine d'un juge, il ne peut être affirmé avec la même assurance que le régime juridique actuel a vocation à s'appliquer aux serveurs mandataires. Le droit américain présente l'intérêt de distinguer juridiquement les moteurs de recherche et les serveurs mandataires, ce qui permet de souligner qu'il s'agit de procédés techniques et de modèles économiques différents. Il nous semble moins justifiable d'appliquer un régime de responsabilité *ad hoc* pour les serveurs mandataires que pour les moteurs de recherche car ils peuvent reproduire des sites a priori rémunérateurs sans effectuer d'investissements particuliers. Ce régime est encore incohérent avec l'objectif du DMCA et de la directive e-commerce qui visent à encourager le développement du secteur économique de l'internet. Nous appelons donc à l'introduction d'un système de rémunération pour copie, qui pourrait s'inspirer du régime de la copie privée, afin de financer la création intellectuelle.

433. La définition des *service providers* étudiée précédemment pour les moteurs de recherches constitue la définition restrictive des *service providers*. Ainsi, la section 512(k) du *Copyright Act* adopte une définition plus large en énonçant que la notion de *service provider* au sens des autres paragraphes de la section 512 s'étend aux « *provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor*⁷⁷⁸ ». La notion de *service provider* de la section 512(b) bénéficie donc d'une double définition. Les serveurs mandataires fournissant un service en ligne entrent dans la définition du *service provider* applicable à la section 512(b).

434. L'approche éclatée américaine⁷⁷⁹ a été partiellement suivie dans la directive 2000/30/CE⁷⁸⁰ qui s'est cependant abstenue de définir le prestataire intermédiaire, laissant ainsi les juges adapter leur compréhension de la notion aux évolutions technologiques. Cette

⁷⁷⁷ M. PEGUERA, « *When the Cached Link is the Weakest Link : Search Engine Caches Under the Digital Milenium Copyright Act* », 23 février 2009, p. 1129, accessible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135274 (dernier accès : 20/06/2014).

⁷⁷⁸ « Le fournisseur de services en ligne ou d'accès au réseau, ou l'opérateur de leurs installations » (traduction libre).

⁷⁷⁹ Cette méthode s'est imposée pendant les débats alors que le projet initial suggérait l'adoption d'une définition unique.

⁷⁸⁰ Voir les articles 12, 13 et 14 de la directive 2000/31/CE.

approche a le mérite de la souplesse mais elle présente l'inconvénient de laisser perdurer des doutes sur l'applicabilité à certains prestataires techniques tant que la jurisprudence ne s'est pas prononcée. Il s'agit là d'une faiblesse de la méthodologie de la directive e-commerce face DMCA américain qui, s'il assure une meilleure adaptation et s'avère plus accessible pour les profanes, crée des incertitudes que les juges doivent lever alors qu'en tant qu'autorités non élues ils ne disposent d'aucune légitimité démocratique⁷⁸¹. Le DMCA américain risque en revanche de vieillir plus rapidement.

435. La légalité de la reproduction par les serveurs mandataires est l'objet d'un équilibre entre l'intervention des serveurs (A) et la protection des intérêts des auteurs (B).

A) Le rôle des prestataires de serveurs mandataires

436. Les serveurs mandataires ne jouiront des limitations de responsabilité du DMCA et de la directive e-commerce que s'ils se contentent d'adopter une approche neutre du stockage. Les droits américain et européen se rejoignent sur ce point mais adoptent des approches différentes.

437. En droit américain, la section 512(b)(1) énonce que le serveur mandataire n'engage pas sa responsabilité si le contenu reproduit est mis en ligne par un tiers et s'il est transmis de cette personne à un autre tiers via le réseau du *service provider* de façon automatique. Le critère de l'ordre de la reproduction établi par la section 512(a) est donc écarté et celui de la mise en ligne par autrui lui est privilégié. Il s'agit là d'une adaptation à la spécificité de fonctionnement des serveurs mandataires par rapport aux moteurs de recherche. Cette différence est le fruit de l'approche technique du législateur américain qui a créé des limitations de responsabilité en fonction de techniques précises.

438. Or, en matière de reproduction par un serveur mandataire, l'internaute ne donne pas l'ordre de reproduction qui relève de l'initiative du serveur mandataire. Dès lors, il n'est pas sûr que le critère du tiers - qui est sans doute l'internaute dans l'esprit du législateur - soit

⁷⁸¹ P. F. SMITH et S. BAILEY, « *The Modern English Legal System* », Sweet & Maxwell, 1984, p. 194.

pertinent. La jurisprudence⁷⁸² américaine a procédé à une lecture large de cette disposition en appliquant le *safe harbor* aux transmissions de copies d'un tiers au serveur mandataire du moteur de recherche par lequel les informations étaient passées. Il n'y a donc plus trois mais seulement deux participants à l'opération. Si la jurisprudence n'avait pas adopté cette solution l'internet aurait été moins performant sans que les auteurs ne tirent parti de cette situation.

439. En droit européen l'article 13 de la directive e-commerce instaure également un critère de neutralité. Les serveurs mandataires devront ainsi, comme tout prestataire intermédiaire effectuant des reproductions caches, se contenter de stocker automatiquement et de façon intermédiaire des contenus dans le but de les communiquer à autrui. Le critère de la mise en ligne des contenus par autrui n'a donc pas été repris par le législateur européen qui a corrigé l'erreur du DMCA avant que la jurisprudence américaine ne le fasse. En revanche les exigences d'automaticité et d'externalité ont été reprises par la directive.

440. Ce critère de neutralité présente l'intérêt de prendre en compte les spécificités des prestataires intermédiaires et notamment des serveurs mandataires tout en évitant de procéder à des discriminations en fonction des contenus. Partant, le critère de neutralité permet d'assurer aux internautes l'accès aux informations et aux œuvres présentes sur internet, renforçant ainsi l'accès à la culture.

B) La protection des intérêts des auteurs

441. Alors que la section 512(a) du *Copyright Act* établit un régime cherchant à équilibrer les intérêts des auteurs et des prestataires, la section 512(b) ainsi que l'article 13 de la directive e-commerce établissent un cadre penchant plutôt en faveur des auteurs. Les prestataires intermédiaires devront ainsi se contenter d'un rôle neutre vis à vis des œuvres (1) et devront respecter les intérêts économiques des auteurs (2).

⁷⁸² *Field v. Google, Inc.*, 412 F. Supp.2d 1106, 1124, 77 U.S.P.Q.2d (BNA) 1738 (D. Nev. 2006).

1) La neutralité garantissant les intérêts des auteurs

442. Les prestataires devront transmettre les œuvres sans modification (a) et seront tenus de mettre à jour les contenus (b).

a) L'absence de modification des œuvres

443. À la différence du droit français et, désormais, de la majorité des États, le droit américain ne reconnaît qu'un droit moral *a minima*. Partant, les auteurs ne sont pas protégés contre les modifications de leurs œuvres.

444. Le législateur américain a néanmoins introduit une obligation pour les *service providers* de ne pas modifier les contenus qu'ils stockent⁷⁸³. Ce critère est le même que celui retenu par la section 512(a) et recevra par conséquent la même interprétation⁷⁸⁴. Le rapport de la Chambre des Représentants a retenu que ni le fond de l'œuvre ni les publicités qui l'entourent ne devaient être modifiés⁷⁸⁵. Le rapport n'autorise qu'une modification de la présentation afin d'assurer une adaptation satisfaisante notamment à l'écran utilisé pour la consultation du site. Cette tolérance ne devrait pas permettre des modifications substantielles de la présentation de l'œuvre. En effet, la taille de l'écran et certains paramètres des internautes ont plus d'influence sur la présentation d'un contenu que les modalités de reproduction par un serveur mandataire. La tolérance du législateur américain doit par conséquent être approuvée dans la mesure où elle s'avère limitée et permet de faciliter le stockage des œuvres par les serveurs mandataires.

445. La directive e-commerce - qui comme le droit américain se montre indifférente à la question des droits moraux - a également précisé que les prestataires intermédiaires ne peuvent modifier les informations qu'ils stockent. Les deux systèmes convergent donc sur le principe de neutralité. Cela s'avère néanmoins inutile en France où le droit moral est protégé

⁷⁸³ 17 U.S.C. 512(b)(2)(A).

⁷⁸⁴ Voir supra n°408.

⁷⁸⁵ H.R. Rep. No. 105-551.

contre les modifications⁷⁸⁶ de l'esprit de l'œuvre. Ainsi, en application du droit commun, les serveurs mandataires auraient engagé leur responsabilité s'ils avaient modifié des œuvres protégées⁷⁸⁷.

446. Le critère de l'absence de modification de l'œuvre permet aux auteurs de ne pas subir de trahison de leurs créations et aux internautes d'accéder à la culture sans altération des œuvres. Les serveurs mandataires ne subiront pas une charge disproportionnée dans la mesure où ils stockent sous forme binaire des informations et peuvent par conséquent conserver des informations précises et complexes sans que cela ne requiert d'investissements particulièrement importants. L'équilibre entre les différents intérêts semble donc satisfaisant. Il le sera également en ce qui concerne l'exigence de la mise à jour des contenus.

b) La mise à jour des contenus

447. Les auteurs peuvent modifier le contenu de leurs sites afin de refléter l'évolution de leurs œuvres ou d'en tirer des bénéfices économiques. Le stockage d'œuvres anciennes aura pour conséquence de ne pas assurer l'accès aux mêmes œuvres aux internautes en fonction de leur consultation directe du site ou par l'intermédiaire d'un serveur mandataire. L'auteur et les internautes se trouveraient lésés par cette situation. Les législateurs américain et européen ont par conséquent instauré une obligation de mise à jour des mémoires caches.

448. La section 512(b)(2)(B) du *Copyright Act* établit ainsi une condition d'effacement des reproductions. Le *service provider* sera tenu de rafraîchir, recharger ou mettre à jour les reproductions dès lors que la personne à l'origine de la mise en ligne l'aura requis, conformément à un standard industriel généralement accepté en matière de protocole de communication de données. Le droit européen⁷⁸⁸ a adopté une position similaire en requérant des prestataires intermédiaires de mettre à jour les informations sur leurs serveurs selon un processus « largement reconnu et utilisé par les entreprises » qui fait écho au standard

⁷⁸⁶ Article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁷⁸⁷ La solution de l'arrêt rendu le 12 juillet 2012 par la première chambre civile de la Cour de cassation (n° de pourvoi : 11-15165 et 11-15188), qui concerne un moteur de recherche, aurait vocation à s'appliquer à la même situation se produisant sur un serveur mandataire.

⁷⁸⁸ Article 13 de la directive 2000/31/CE.

industriel américain. Les droits américain et européen établissent ainsi la condition de mise à jour conformément à des standards industriels qu'ils s'abstiennent de définir.

449. Aux Etats-Unis, les comités de la Chambre des Représentants et du Sénat ont simplement retenu que les technologies en question sont encore à un stade initial de développement, faisant ainsi l'impasse sur une définition des standards⁷⁸⁹. La définition est ainsi laissée aux organismes de régulation de l'internet tels que l'*Internet Engineering Task Force* ainsi que le *World Wide Web Consortium*⁷⁹⁰ qui établissent des standards techniques. Ceux-ci n'ont pas encore précisé les standards, laissant les internautes face à une situation d'incertitude juridique freinant la prise d'initiative et le développement de l'internet. Le législateur européen est entré dans la même impasse que son homologue européen et le législateur français n'a pas clarifié la solution. Les juges américains et européens qui devront faire application de ce critère sont donc confrontés à un flou juridique. Cette solution est cependant préférable car elle assure la souplesse nécessaire pour la prise en compte des évolutions technologiques.

450. Le professeur Peguera⁷⁹¹ souligne que l'arrêt *Field*⁷⁹² et le DMCA, et par voie de conséquence la directive e-commerce qui s'en inspire, se sont égarés en la matière. En effet, si un site a adopté une politique de rafraîchissement régulier de ses pages, le *service provider* ne peut suivre les modifications et présentera une version dépassée du site internet. Se produit dès lors un décalage entre le contenu de la copie cache et le contenu du site internet qui aura pour conséquence de présenter des contenus différents aux internautes. Il a néanmoins été souligné que ce décalage constituait l'un des intérêts des copies caches dans la mesure où il permet de prendre connaissance des modifications apportées au site⁷⁹³, ce qui plaide en faveur de la reconnaissance de sa légalité. Cette possibilité offerte aux internautes pourra renforcer l'accès aux données et à la culture.

451. Il y a donc lieu de soutenir cette obligation dans les limites raisonnables qui sont les siennes car elle incite les serveurs mandataires à se mettre à jour régulièrement et contribue à

⁷⁸⁹ Conf. Rep. (DMCA), p. 73.

⁷⁹⁰ Conf. Rep. (DMCA), p. 73.

⁷⁹¹ M. PEGUERA, « *When the Cached Link is the Weakest Link : Search Engine Caches Under the Digital Milenium Copyright Act* », 23 février 2009, p. 1123, accessible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135274 (dernier accès : 20/06/2014).

⁷⁹² *Field v. Google, Inc.*, 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

⁷⁹³ Rapport du Docteur Levine dans l'arrêt *Field v. Google*, 412 F.Supp. 2d 1106.

l'unité d'internet. À défaut, les internautes n'auraient pas accès aux mêmes contenus en fonction de leur emplacement dans le monde. Le lecteur d'un journal français lirait ainsi les derniers articles lorsqu'il se trouve à Paris alors que l'internaute new-yorkais ne pourrait prendre connaissance que d'articles anciens.

452. Le critère de la durée de la reproduction, établi dans les deux droits⁷⁹⁴, nous semble dès lors mal choisi et il aurait mieux valu introduire explicitement celui du rafraîchissement automatique des copies. Une telle solution aurait évité toute ambiguïté sur la notion de durée et aurait permis d'exprimer plus clairement le caractère accessoire de l'effacement des reproductions. Ce critère aurait également permis de respecter l'objectif des deux réglementations qui vise à ce que les prestataires techniques ne sélectionnent pas, même indirectement, les contenus qu'ils présentent⁷⁹⁵.

453. Les prestataires de services ont ainsi l'obligation de rester neutres, du moins dans une mesure techniquement possible, vis à vis du contenu du site reproduit. Cela favorise l'accès aux œuvres et renforce par conséquent l'accès à la culture. Outre la protection des intérêts des internautes par la neutralité des prestataires intermédiaires, le DMCA ainsi que la directive e-commerce prévoient des dispositions visant à protéger les intérêts des auteurs.

2) Les intérêts économiques des auteurs

454. Les auteurs disposent de deux grands moyens d'obtenir une rémunération en mettant leurs œuvres sur l'internet. La première consiste à facturer les espaces publicitaires sur leurs sites (a). La seconde réside dans l'instauration d'un contrôle sur l'accès aux œuvres (b). Les législations américaines et européenne ont obligé les serveurs mandataires à aider les auteurs à obtenir une rémunération.

⁷⁹⁴ 17 U.S.C. 512(b)(1) et article 13.1 de la directive 2000/31/CE.

⁷⁹⁵ J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, §6.03[1].

a) La communication des informations relatives à la fréquentation du site reproduit

455. La communication des informations relatives à la fréquentation du site reproduit est de la plus haute importance pour les auteurs. En effet, cela leur permet de connaître précisément le nombre de visite de leurs sites et ainsi d'obtenir une rémunération publicitaire proportionnelle à la fréquentation effective de leurs sites. Étant donné que les revenus publicitaires constituent l'une des principales sources de revenus de certains sites, il est nécessaire pour les auteurs d'obtenir ces informations. Les législateurs américain et européen ont pris conscience de cette exigence et ont imposé un devoir de transparence aux prestataires.

456. En droit américain, le *service provider* ne doit pas bloquer la communication des informations que le propriétaire aurait eues si les internautes avaient visité son site directement au lieu de visualiser une copie se trouvant sur le serveur mandataire⁷⁹⁶. Le Congrès souhaitait ainsi permettre aux *hit counts*⁷⁹⁷ de renvoyer les informations relatives au nombre de visites du site⁷⁹⁸. Cette solution est heureuse dans la mesure où le système de *hit counts* permet de prendre en compte toutes les visites sur la reproduction d'un site et notamment sur la reproduction effectuée par un serveur mandataire. L'article 13.2(d) de la directive européenne 2000/30/CE établit une obligation similaire pour les prestataires intermédiaires. Cette harmonisation des solutions permet d'améliorer la rémunération des auteurs et s'avère particulièrement utile dans la mesure où l'internet a renforcé le caractère international de la circulation des œuvres.

457. Cependant, le droit américain, à la différence du droit européen, limite cette obligation par trois éléments. Tout d'abord, la technologie requise pour satisfaire cette exigence ne doit pas « Interférer de façon significative avec la prestation du système ou du réseau du service provider ou avec le stockage intermédiaire des contenus⁷⁹⁹ ». Elle doit en outre respecter les « les protocoles standards de communication acceptés dans l'industrie⁸⁰⁰ ». Enfin, elle ne doit pas extraire d'informations issues du réseau ou du système du *service provider* accessible sur un site à accès limité. Le droit américain apporte donc une limitation à la rémunération

⁷⁹⁶ 17 U.S.C. 512(b)(2)(C).

⁷⁹⁷ Les *hit counts* sont des logiciels permettant de compter le nombre de visites d'un site internet.

⁷⁹⁸ H.R. Rep. No. 105-551.

⁷⁹⁹ « *Significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material* » (traduction libre).

⁸⁰⁰ « *Accepted industry standard communications protocols* » (traduction libre).

conformément aux nécessités des prestataires. Cette solution limite la rémunération des auteurs, ce qui risque de peser à long terme sur le dynamisme de la production culturelle car les créateurs n'obtiendront pas de rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres. Il n'y a cependant pas lieu d'exagérer cette limitation qui s'avère fortement circonscrite par le caractère cumulatif des trois conditions.

458. Outre la rémunération par des annonces publicitaires, les auteurs peuvent aussi facturer l'accès à leurs sites.

b) La limitation de l'accès au site

459. Le droit d'auteur français, comme le *copyright* américain, reposent sur le principe de monopole artificiel des auteurs. Or, les supports numériques posent le problème de la fin de la fusion entre l'œuvre immatérielle et son support. Les ayants droit peuvent donc établir des mesures techniques afin de rétablir un contrôle sur l'accès aux œuvres.

460. Ainsi, lorsque la personne à l'origine de la mise en ligne des œuvres a instauré des conditions à l'accès aux contenus, telles que le paiement d'un prix, le renseignement d'un mot de passe ou d'autres informations, le *service provider* américain ne peut permettre l'accès à des éléments substantiels du site qu'aux seuls utilisateurs du système ou du réseau qui remplissent les conditions établies⁸⁰¹ afin de jouir de la limitation de responsabilité. Le droit européen apparaît plus sévère car il impose aux prestataires techniques de respecter les « conditions d'accès à l'information⁸⁰² ». Ainsi, alors que le droit américain autorise l'accès à des parties non substantielles, le droit européen l'interdit par principe. Il y a lieu d'y voir les différences d'approches entre le *copyright* américain tourné vers la production pour le public et le droit d'auteur européen qui vise à assurer le strict respect des prérogatives des auteurs. Les droits américain et européen obligent les serveurs mandataires à limiter l'accès aux reproductions conformément aux conditions d'accès des sites reproduits.

⁸⁰¹ 17 U.S.C. §512(b)(2)(D).

⁸⁰² Article 13.1(b) de la directive 2000/31/CE.

461. Le rapport à la reproduction a donc profondément changé dans nos sociétés depuis l'arrêt Netcom⁸⁰³, dont la solution a été reprise par le DMCA et la directive e-commerce qui s'en est inspirée, car il établit une distinction entre la copie effectuée volontairement et la reproduction accessoire à une activité dans laquelle la reproduction serait involontaire. La dichotomie est cependant hasardeuse, dans la mesure où certains internautes ont parfaitement conscience des procédés techniques utilisés, et il semble plutôt qu'il vaille mieux distinguer entre la reproduction en tant que fin et celle effectuée en tant que moyen. La première serait réservée au monopole de l'auteur car elle ne constitue qu'une commodité, et nécessiterait le paiement de royalties à l'auteur ou à une société de gestion, alors que la seconde se trouve autorisée sans accord de l'auteur car elle s'avère nécessaire. Enfin, le fait d'engager la responsabilité d'une entité qui, sans contrôle, commet une reproduction, n'assure la protection d'aucun objectif du *copyright*.

462. Or, la légalisation des reproductions transitoires n'est pas qu'une simple commodité évitant de solliciter de nombreuses autorisations afin de prendre connaissance d'une œuvre, elle constitue un véritable choix de société. Les auteurs auraient pu *de facto* jouir du droit de contrôler l'utilisation de leurs œuvres et d'un droit de lecture de celles-ci⁸⁰⁴, ce qui aurait fortement réduit l'accès à la culture en le privatisant. Une telle situation aurait fortement limité le droit à l'accès à la culture français et ne correspondrait pas à l'objectif du *copyright* américain qui vise la dissémination des œuvres. Cela aurait eu pour conséquence de conférer aux auteurs une emprise inédite sur l'expression des idées qui se serait sans doute avérée plus dangereuse que la censure étatique.

463. En autorisant les reproductions temporaires et, par conséquent, l'utilisation des supports numériques, les législateurs ont ouvert la porte à la plus grande révolution culturelle de l'histoire. En effet, le numérique associe une révolution de la modalité de reproduction des textes, comme l'invention de l'imprimerie, avec le support de lecture, comme le codex, ainsi qu'avec l'usage et la perception des discours⁸⁰⁵. Cette combinaison de révolutions ne manquera pas, espérons le, de donner naissance à une Renaissance numérique. Il sera pour cela nécessaire que le droit de reproduction soit également appliqué à bon escient pour assurer

⁸⁰³ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361.

⁸⁰⁴ D. NIMMER, « *Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age* », ALI-ABA Course of Study Materials, 22 janvier 1998, SC47 ALI-ABA 29.

⁸⁰⁵ R. Chartier, « *Inscrire et effacer. Culture écrite et littérature (XIe-XVIIIe siècle)* », Éditions du Seuil, coll. « hautes études », 2005.

les intérêts des auteurs, du public et des prestataires de service lorsque les juges prendront en considération la perception par l'internaute.

Sous-section 2 : La reproduction par le lien et la perception par l'internaute

464. Les liens fournissent les informations relatives à l'emplacement de la page internet requise. Il ne s'agit cependant que d'informations incapables de constituer une œuvre de l'esprit (Paragraphe 1). Néanmoins, les liens peuvent adopter une présentation particulière ayant pour effet d'intégrer l'œuvre cible dans le site source, ce qui équivaut pour l'internaute à une reproduction sur le site (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'absence de création d'une œuvre par un lien

465. Les liens permettent une division de l'auctorialité⁸⁰⁶ entre les auteurs de l'œuvre et les internautes. En effet, loin de précipiter la mort de l'auteur⁸⁰⁷, les hyperliens autorisent la constitution d'un discours collectif incluant l'auteur initial, les créateurs de liens ainsi que les internautes⁸⁰⁸. Le droit n'a cependant pas vocation à attribuer des droits aux lectures particulières des œuvres que permet cette explosion de l'auctorialité car il ne s'agit que d'idées de libres parcours. Il n'en reste pas moins que l'interaction avec la structure du réseau ainsi qu'avec les internautes soulève la question de la création d'œuvres protégeables par le droit d'auteur et le *copyright*. Le chemin établi par le lien, bien qu'il emprunte les réseaux établis par autrui, ne constitue pas une œuvre protégée (I). En outre, le lien ne constitue pas en soi une activité créatrice susceptible de donner lieu à la création d'une œuvre composite (II).

⁸⁰⁶ L'auctorialité est la définition ou l'image d'un auteur qui devient une construction socio-historique donnant du sens à son œuvre. Voir M. MENDES GALLINARI, « *La 'clause auteur' : l'écrivain, l'ethos et le discours littéraire* », in *Argumentation & Analyse du Discours*, mars 2009, accessible à <http://aad.revues.org/663> (dernier accès: 1/05/2015).

⁸⁰⁷ BARTHES, « *La mort de l'auteur* », in *Le Bruissement de la langue. Essais critiques IV*, Seuil, 1984, p. 63-69.

⁸⁰⁸ N. ELSA et al., « *Culture numérique et auctorialité : réflexions sur un bouleversement* », *A contrario*, 1/2012 (n°17), p. 34.

I) L'absence de protection du chemin établi par le lien

466. Les liens contiennent les informations nécessaires permettant d'effectuer le chemin entre le site source et le site cible en empruntant des liaisons entre serveurs. Les informations peuvent par conséquent être assimilées à un plan. Or, la convention de Berne protège les cartes originales⁸⁰⁹. Il y a donc lieu de penser que le droit d'auteur international assurera une protection à toute œuvre présentant une carte et, qu'à ce titre, le chemin tracé par un hyperlien pourra être protégé. La convention ne tranche pas la question de savoir si le raisonnement a vocation à s'appliquer aux chemins établis par les liens et laisse par conséquent les États membres résoudre cette question.

467. Conformément à la convention de Berne, les droits français⁸¹⁰ et américain⁸¹¹ protègent les plans. Il n'y a cependant pas lieu de considérer que les juges reconnaîtront la protection des chemins de liens en procédant à une analogie avec les cartes. En effet, la Cour d'appel de Grenoble⁸¹² a eu l'occasion de rejeter la protection par le droit d'auteur d'un itinéraire de randonnée. En l'espèce, les 10 parcours conseillaient des chemins sans originalité ne montraient pas l'empreinte de la personnalité de leur auteur. Le parcours peut être protégé s'il permet de rejoindre un point de départ à un point d'arrivée selon un parcours original. *A contrario*, un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 30 juin 1998⁸¹³ a retenu que l'établissement d'un parcours traduisant l'empreinte personnelle de l'auteur jouit de la protection du droit d'auteur⁸¹⁴. Or les chemins établis par les liens se contentent d'atteindre une cible sans que le créateur ne puisse définir un parcours reflétant l'empreinte de sa personnalité. Partant, le critère de l'empreinte de la personnalité de l'auteur fait obstacle à la reconnaissance d'un droit d'auteur sur ces chemins. Le critère d'originalité du *copyright* américain aurait pu être invoqué mais la jurisprudence a adopté une position encore plus stricte que le droit français. En effet, dans l'arrêt Kern River Gas Transmission

⁸⁰⁹ Article 2 de la convention de Berne.

⁸¹⁰ Article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

⁸¹¹ *Mason v. Montgomery Data, Inc.*, 967 F.2d 135 (5th Cir. 1992).

⁸¹² Cour d'appel de Grenoble, 31 octobre 2001, n°RG : 01/01470.

⁸¹³ Cass. civ. 1^e, 30 juin 1998, n° de pourvoi : 96-15151.

⁸¹⁴ Cass. civ. 1^e, 30 juin 1998, Bull. civ. I, n°231, p. 160, RIDA, octobre 1998, p. 237, D., 1999, som.com. 63, obs. C. Colombet, RTD com., 1999, p. 390, obs. A. Françon.

Co. v. Coastal Corp.⁸¹⁵, il a été retenu que les parcours de pipelines dessinés sur une carte ne bénéficient pas du *copyright*, à cause de la théorie du *merger*⁸¹⁶ - qui permet d'écarter l'application du *copyright* lorsque l'idée ne peut être exprimée que d'une seule manière - car les tracés sur la carte n'avaient rien d'arbitraires dans la mesure où ils reproduisaient les parcours des tuyaux.

468. Le même raisonnement sera appliqué par analogie aux hyperliens. En effet, le chemin qu'ils empruntent n'est pas contingent et ne peut donc être représenté que d'une seule manière. La théorie de *merger* s'oppose donc à la protection des chemins de liens. À la différence du droit français, le droit américain ne placera donc pas le débat sur l'absence d'originalité du chemin du lien mais sur l'impossibilité de le représenter d'une façon différente.

469. Cette solution est heureuse pour l'accès à l'internet dans la mesure où elle interdit la privatisation d'un accès à une œuvre. Une approche inverse aurait constitué en outre un changement de paradigme par rapport à l'idéal des Pères Fondateurs de l'internet qui avaient imaginé un réseau sur lequel les internautes pouvaient circuler librement. Il y a donc lieu de conclure que les internautes jouissent d'une liberté de circulation sur les liens en droit français et américain.

470. Certains internautes peuvent créer des liens cadres qui éviteront aux internautes d'emprunter les chemins dessinés par les liens. Cependant, les créateurs de liens ne pourront pas opposer de droit car la présentation de l'œuvre liée sur le site de l'ancre ne sera pas considéré comme constituant une œuvre dérivée.

II) L'absence de création d'œuvre composite par le lien

471. Les technologies numériques, et donc l'internet, ont permis le développement

⁸¹⁵ *Kern River Gas Transmission Co. v. Coastal Corp.*, 899 F.2d 1458 (5th Cir. 1990).

⁸¹⁶ Black's Law Dictionary, 9th edition, 2009.

d'œuvres composites dans une proportion jusqu'alors inconnue. Les hyperliens participent de ce mouvement de brouillage de la frontière entre l'auteur et le public en introduisant une hyper-textualité permettant à l'internaute de donner un sens à l'œuvre et d'y apporter sa contribution⁸¹⁷. L'hyperlien permettrait ainsi l'avènement d'un « auteur collectif *sui generis* des réseaux⁸¹⁸ ».

472. La convention de Berne ne propose pas de définition conceptuelle de l'œuvre dérivée. L'article 2.3 propose simplement une liste non-exhaustive d'œuvres composites incluant « les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique » qui jouissent de la même protection que les œuvres originales sans préjudice des droits de l'œuvre originale. La liste laisse une large marge d'interprétation aux États en s'abstenant de définir des critères et en ne proposant que des exemples. Le texte de la convention écarte *a priori* la possibilité de création d'œuvres composites par un lien. En effet, les liens ne permettent pas de traduire, ni adapter ni de transformer une œuvre. Il n'est donc pas opportun d'opter pour une analogie avec l'un des types d'œuvres mentionnés. Cette absence de protection par la convention de Berne ne constitue pas une interdiction pour les droits français et américain d'opter pour une application du droit d'auteur et du *copyright*, étant donné que le texte international n'établit qu'un seuil minimum de protection que les États membres peuvent dépasser.

473. Conformément à la convention de Berne, le droit français connaît la notion d'œuvre dérivée - qu'elle appelle œuvre composite⁸¹⁹ - à laquelle elle a en revanche donné une définition. L'œuvre composite doit être nouvelle et se trouver incorporée à une « œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur » de l'œuvre première. Certains auteurs distinguent entre les œuvres composites dans lesquelles les créations individuelles sont

⁸¹⁷ L.-C. DIAS, « *Cyberlecture : la fracture [du texte] numérique* », thèse Lyon II, 2002.

⁸¹⁸ J.-L. WEISSBERG, « *Auteur, nomination individuelle et coopération productive* », Solaris, n°7, décembre 2000/janvier 2001, accessible à <http://gabriel.gallezot.free.fr/Solaris/d07/7weissberg.html> (dernier accès: 17/12/2015). Dans le même sens: M. WOODMANSEE, P. JASZI, « The Construction of Authorship. Textual Appropriation in Law and Literature », Duke University Press, 1994, p. 1 s ; P. JASZI, « *La qualité d'auteur et les nouvelles technologies du point de vue des traditions de la common law* », Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins, publication OMPI, 1994, p. 67.

⁸¹⁹ L. 113-2, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle.

identifiables, et les œuvres dérivées, qui présentent une fusion empêchant leur individualisation⁸²⁰. Néanmoins cette distinction terminologique n'a aucune conséquence sur le plan pratique⁸²¹ dans la mesure où le droit français a adopté le même régime juridique pour les deux types d'œuvres⁸²². Les œuvres composites peuvent relever de la dérivation par transformation ainsi que la dérivation par rassemblement. Dans le cas des liens hypertextes, la première catégorie doit être écartée *a priori* au profit de la seconde qui inclut les « anthologies » et « recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles ».

474. Le droit américain connaît également la notion d'œuvres dérivées dites « *derivative works* ». La section 101 du *Copyright Act* définit la « *derivative work* » comme celle basée sur une ou plusieurs œuvres préexistantes et propose une liste non exhaustive de *derivatives works* plus prolixes que le Code de la propriété intellectuelle français. La section 101 propose une *summa divisio* différente de l'approche française. En effet, la première phrase de la définition se réfère aux transformations qui ont pour objet de « *recast, transform or adapt* », alors que la seconde phrase mentionne les modifications apportées à la présentation de l'œuvre telles que les révisions éditoriales, les annotations, élaborations ou autres modifications. Le droit américain retient ainsi qu'il existe des *derivative works* qui transforment l'œuvre initiale, et d'autres qui ne proposent que des modifications à la marge de l'œuvre initiale et s'écarte donc de la dichotomie française. Les deux types d'œuvres sont protégés au même titre dès lors qu'elles sont originales. La seconde définition permet d'inclure dans les *derivative works* des modifications apportées à la marge de l'œuvre et ouvre donc la porte à la possibilité pour les liens cadres de constituer des œuvres composites.

475. La jurisprudence américaine a eu l'occasion de s'interroger sur la possibilité pour un lien hypertexte de créer une *derivative work*. Dans un premier temps, l'arrêt américain

⁸²⁰ M. VIVANT, J.M. BUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *op. cit.*, p. 337, 381.

⁸²¹ A. LUCA, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, 2012, p.227, 228.

⁸²² Certaines décisions retiennent en effet que les deux termes sont équivalents : CA Versailles, ch. réunies, 18 mars 1992 : RIDA 3/1992, p. 180 ; CA Paris, 4^e ch., 29 avril 1998 : RIDA 4/1998, p. 278.

Futuredontics v. Applied Anagramics⁸²³, qui concernait des liens cadres vers des images protégées, a retenu que le demandeur n'apportait pas la preuve que l'hyperlien avait pour conséquence la création d'une *derivative work*. Puis, dans l'arrêt Perfect 10 v. Google⁸²⁴, qui concernait également des liens cadres, la jurisprudence n'a pas tranché *expressis verbis* la question de la création d'une *derivative work* par un lien mais a apporté un début de réponse. L'arrêt a rejeté le *incorporation test*, qui proposait de retenir la qualification de *display* au sens de la section 106 du *Copyright Act* dès lors que l'œuvre apparaît visuellement comme incluse dans une page, au profit du *server test*, qui retient une approche technique et s'intéresse à l'origine de la mise en ligne des œuvres. Le choix de l'*incorporation test* et de son approche visuelle aurait ainsi permis de retenir que lorsque l'œuvre apparaît sur le site source dans un cadre original, le lien peut constituer une *derivative work*. Certains auteurs ont donc retenu que le rejet du *server test* a pour conséquence de faire obstacle à la création d'œuvres dérivées par le lien⁸²⁵ car l'œuvre sera toujours mise en ligne par le site cible et ne sera pas reproduite par le site source, condition pourtant indispensable à la qualification de *derivative work*. Dès lors, un lien même cadre vers une œuvre ne permettra pas la constitution d'une *derivative work*. Un lien ne permet pas la création d'une œuvre composite car il n'adapte pas dans la mesure où il ne permet pas le passage d'une œuvre littéraire à un autre type d'œuvre⁸²⁶. En effet, il ne change pas la nature de l'œuvre⁸²⁷ et ne donne pas de nouvelle qualité ni une forme différente à l'œuvre liée⁸²⁸. Enfin, les travaux préparatoires à la réforme de 1976⁸²⁹ ont précisé que la condition d'inclusion de l'œuvre première signifie que l'œuvre seconde doit incorporer la première, ce qui n'est pas le cas conformément au *server test*⁸³⁰.

⁸²³ *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341, 8 U.S.P.Q.2d 1171 (9th Cir. 1988).

⁸²⁴ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007).

⁸²⁵ Jay Dratler, Jr, Stephen M. McJohn, « *Cyberlaw, Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, § 5A.02(2).

⁸²⁶ M. BEBSTER, « *Webster's Third New International Dictionary* », Britannica, 1981 ; M. A. STOKER, « *Framed Web Pages : Framing the Derivative Works Doctrine on the World Wide Web* », University of Cincinnati Law Review, été 1999, 67 U. Cin. L. Rev. 1301.

⁸²⁷ *Lee v. A.R.T. Co.*, 125 F.3d 580, 582 (7th Cir. 1997).

⁸²⁸ M. BEBSTER, « *Webster's Third New International Dictionary* », Britannica, 1981.

⁸²⁹ 1976 U.S.Code Cong. & Admin.News 5659, 5675.

⁸³⁰ Le *server test* tel qu'établi dans l'arrêt *Perfect 10 v. Amazon, Inc.* adopte une approche technique du droit de *display* – qui est le droit de reproduire une œuvre afin de la présenter à un public - en écartant l'impression de présentation et de reproduction de l'œuvre pour ne retenir que l'existence de transfert du code numérique de l'œuvre.

476. La jurisprudence française n'a en revanche pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de la création d'une œuvre composite par un hyperlien. Néanmoins, nous estimons que les juges ne retiendront pas la création d'une œuvre composite à cause de l'absence de reproduction de l'œuvre liée. La jurisprudence française suivra donc le même chemin que les juges américains en considérant que le mécanisme technique utilisé ne permet pas de reproduire l'œuvre première. Cette solution est en outre dictée par le principe d'absence d'autorisation préalable à la création du lien qui serait remis en cause si un hyperlien créait une œuvre composite. En effet, l'auteur de l'œuvre composite doit demander l'autorisation à l'auteur de l'œuvre première avant son exploitation⁸³¹. Partant, si le fournisseur de lien créait une œuvre composite, il serait tenu de demander l'autorisation à l'auteur de l'œuvre première avant toute exploitation et par conséquent avant même la création du lien. Le rejet de l'application de la notion d'œuvre composite aux liens permet ainsi d'assurer la liberté de lier.

477. Le droit français ouvre néanmoins la porte à une exception de création d'œuvre composite par un lien qui aura peu de chance de se vérifier en pratique. En effet, lorsqu'un lien aura pour effet de présenter une œuvre se trouvant sur le site cible dans le cadre d'une fonction active⁸³² - c'est à dire qui fera plus que référencer l'œuvre - avec l'accord de son auteur, il y aura lieu de considérer qu'une œuvre composite sera créée. Or, l'activité créatrice du fournisseur de lien se limite à la création du lien qui consiste à fournir une adresse⁸³³. Le créateur du lien devra donc faire preuve d'originalité sur son site. À l'inverse du droit américain, le droit français ne requiert pas la création d'un type d'œuvre différent car il inclut les traductions dans la catégorie des œuvres composites⁸³⁴ et, par conséquent, la création d'une œuvre composite à partir d'une œuvre du même type ne présente pas de difficulté juridique. L'exception apparaît fortement limitée et n'est pas de nature à limiter l'accès à l'internet ni son développement. Elle amènera plutôt les internautes à collaborer, ce qui ne peut que soutenir le réseau qui a été pensé comme un espace d'échanges. Le droit américain rejettera cette possibilité conformément au *server test*. Les liens ne permettent donc généralement pas de créer des œuvres dérivées.

⁸³¹ A. LUCA, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 4^e édition, Lexisnexis, 2012, p. 229, 231.

⁸³² Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n^o de pourvoi : 11-13669.

⁸³³ M. A. STOKER, « *Framed Web Pages : Framing the Derivative Works Doctrine on the World Wide Web* », *University of Cincinnati Law Review*, été 1999, 67 U. Cin. L. Rev. 1301.

⁸³⁴ P. G AUDRAT, fasc. 1134, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, 121.

478. La solution nous paraît relever du bon sens et permet d'établir un équilibre entre le droit d'auteur et l'accès à l'internet. Elle agit également comme un révélateur du droit d'auteur et du *copyright*. Ces deux droits ne protègent pas l'auteur intellectuel d'une œuvre. Ce n'est donc pas l'auteur d'une œuvre qui est protégé - ce qui aurait eu pour conséquence de protéger toute lecture d'une œuvre - mais l'individu à l'origine d'une création de forme pour autrui. La solution est conforme à la *ratio legis* des premières lois anglaise, américaine et française sur le droit d'auteur qui visaient à inciter à la création d'œuvres. La production d'œuvres créées par de multiples internautes sans liens entre eux ne seraient sans doute stimulé mais plutôt freinée par l'application d'un monopole dans les mains de la multitude d'auteurs qui en seraient titulaires. Cette distinction permet d'assurer la circulation des idées et de ne pas imposer de régimes de surprotection qui risquent de limiter indûment l'accès à la culture.

Paragraphe 2 : La reproduction par l'intégration du contenu sur le site ancre

479. Par principe, les hyperliens ne permettent pas de reproduire l'œuvre se trouvant sur le site cible. Cependant, dans certains cas, les liens peuvent permettre l'accaparement d'une œuvre, ce qui pèse sur la rémunération de l'auteur (I). Le droit de reproduction peut aussi être opposé aux créateurs de liens lorsqu'ils sont complices d'une contrefaçon, mais cela sera rare en matière d'hyperliens (II).

I) L'accaparement du site cible par le site source

480. Le droit d'auteur ainsi que le *copyright* sont apparus à l'ère analogique et ont par conséquent conçu la reproduction comme un processus physique. La doctrine française s'est tout d'abord gardée de définir conceptuellement le droit de reproduction et s'est contentée

d'établir des listes de situations relevant de ce monopole⁸³⁵. Aux Etats-Unis, la première loi fédérale relative au *copyright* avait également adopté une approche manquant de définition conceptuelle en se contentant de donner des exemples de reproductions⁸³⁶. Quant à la convention de Berne elle reste muette sur la définition de ce droit.

481. Les définitions conceptuelles ont vu le jour en France avec l'article 28§1 de la loi de 1957⁸³⁷, devenu l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle⁸³⁸, et aux Etats-Unis avec l'article 101⁸³⁹ de la loi de 1976⁸⁴⁰. Ces définitions étaient limitées au monde analogique alors même que le numérique faisait ses premiers pas. Les législateurs n'ont pas pris en compte l'émergence de la dématérialisation et ont établi des définitions déjà datées à l'époque.

482. La doctrine s'est donc emparée de la question de la définition du droit de reproduction dans l'univers numérique. Tim Berners-Lee, l'inventeur des hyperliens, a affirmé que les *embedding links*, qu'il opposait aux liens normaux, avaient pour conséquence que le contenu lié devient une partie du site source⁸⁴¹, ce qui est à l'origine d'une reproduction de l'œuvre. Tim Berners-Lee a donc proposé une distinction entre les liens qui mènent simplement vers un contenu, et ceux qui ont pour résultat d'intégrer l'œuvre liée dans le site source. Malgré ces indications du créateur des liens et le fait que les juristes du monde entier ont été confrontés aux mêmes questions, des divergences sont apparues. Certains auteurs français ont

⁸³⁵ A.-C. RENOUARD, « *Droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts* », Tome second, Jules Renouard et Cie., 1839, p. 77-79.

⁸³⁶ Section 2 du Copyright act de 1790. Il est notamment mentionné que la copie sur papier d'œuvres protégées constitue une violation du droit de l'auteur.

⁸³⁷ La reproduction « consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ».

⁸³⁸ « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte.

Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique.

Pour les œuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type. »

⁸³⁹ « *"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, 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* ».

⁸⁴⁰ Pub. L. 94-553 (Oct. 19, 1976).

⁸⁴¹ T.B. LEE, accessible à <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw> (dernier accès: 2/08/2014).

fait remarquer que dans certains cas le lien a pour effet de proposer une présentation similaire à une reproduction⁸⁴² alors qu'aux Etats-Unis cette position sera rejetée conformément au *server test*. Deux conceptions de la reproduction s'opposent. La première, intellectualisée, est favorable aux auteurs alors que la seconde, technique, est favorable au développement de l'internet.

483. La jurisprudence française a logiquement adopté la première approche conformément aux propositions d'une partie de la doctrine qui proposait⁸⁴³ de distinguer entre les sites d'impulsion - ayant pour effet de propulser le visiteur vers le site ciblé en quittant le site d'origine - et les liens d'extraction insérant dans le site d'origine des éléments extraits du site ciblé sans nécessairement faire état de façon apparente de leur provenance. En effet, le Tribunal de Grande Instance de Paris a retenu, dans un jugement du 25 juin 2009⁸⁴⁴, que le lien cadre reproduisait le contenu lié. En l'espèce, une fenêtre à partir du site du défendeur était composée d'un cadre haut mentionnant le site source et d'un cadre bas présentant le contenu du site cible. Les juges n'ont pas sanctionné l'établissement du lien en soi mais la présentation de l'œuvre liée qui laissait penser qu'il s'agissait d'une partie du site source. Partant, dès qu'une œuvre est présentée comme faisant partie intégrante du site contenant, l'ancre la jurisprudence retient qu'il n'y a pas lieu de distinguer avec un acte de reproduction. La Cour de cassation française est allée dans le sens des juges du fond en retenant dans deux arrêts⁸⁴⁵ que, dans certains cas, un lien peut reproduire le contenu lié. En l'espèce, la société Google avait instauré une fonction considérée comme étant « active » et permettant l'accaparement du contenu stocké sur des sites tiers. En effet, les internautes pouvaient regarder l'intégralité des films liés dans le cadre proposé par le moteur de recherche sans se rendre sur la page cible. Le contenu se trouvait ainsi complètement incorporé dans la page source. La fonction active fait donc obstacle à l'application du régime de responsabilité

⁸⁴² P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 183, 182.

⁸⁴³ X. RAGUIN, « *Hyperlien et contrefaçon* », *Légipresse* n°176, novembre 2000, p. 124

⁸⁴⁴ TGI Paris, 3^e ch., 4^e section 25 juin 2009, *legalis*.

⁸⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13.666, *Google c/ Bac Films*, « *Les dissimulateurs* » : *JurisData* n° 2012-015877 ; P. SIRINELLI, « *Chronique de jurisprudence : Droit d'auteur et réseaux numériques* », *RIDA* 234, octobre 2012, p. 489 – 523 ; *Propr. Intell. oct.* 2012, n° 45, p. 418, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2012, 1627, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2012, p. 2071, note C. Petit ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 91, note C. Caron ; *RTD com.* 2012, p. 771, obs. F. Pollaud-Dulian. - Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13.669, *Google c/ Bac Films*, « *L'affaire Clearstream* » : *JurisData* n° 2012-015888 ; *Propr. Intell. oct.* 2012, n° 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *Propr. Intell. oct.* 2012, n° 45, p. 418, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2012, p. 771, obs. F. Pollaud-Dulian.

limitée des moteurs de recherche⁸⁴⁶ conformément à la jurisprudence de la CJUE⁸⁴⁷ et, étant le fruit d'un acte volontaire de la société, elle permet d'engager, outre la responsabilité civile, la responsabilité pénale⁸⁴⁸. Il faut donc comprendre que le lien est à l'origine d'une contrefaçon par reproduction lorsque, par sa fonction active, il permet à son créateur de s'accaparer le contenu du site d'un tiers sur son propre site à l'intention de ses propres clients⁸⁴⁹.

484. Les juges français ont ainsi fait preuve d'adaptabilité en retenant que la reproduction ne pouvait plus être considérée comme purement matérielle sur un support numérique, conformément à une jurisprudence désormais établie⁸⁵⁰, mais qu'elle était constituée dès lors qu'intellectuellement le résultat est similaire à une copie matérielle. Ce forçage de la définition de l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle est permis grâce à l'expression « par tous procédés » qui ouvre la voie à de nouvelles techniques. Cette adaptation est heureuse car elle permet au droit français d'être cohérent avec la logique initiale du droit d'auteur qui consiste à établir un état de rareté artificiel en faveur de l'auteur, lui permettant d'opposer un prix pour l'accès à son œuvre. Or, si un site tiers offre une œuvre protégée au public en laissant penser que l'œuvre se trouve sur le site hébergeant l'ancre, l'auteur verra son état de rareté artificiel s'amenuiser. Cela est d'autant plus grave que le créateur du lien pourra en outre percevoir des revenus publicitaires grâce à l'œuvre sans les partager avec l'auteur.

485. Trois semaines après que la Cour de cassation a statué sur la question de la violation du droit de reproduction par les liens, la Cour d'appel américaine pour le septième Circuit retenait une position contraire dans l'arrêt *Flava Works, Inc. v. Marques Rondale Gunter*⁸⁵¹. La situation était visuellement similaire à celle des arrêts français du 12 juillet 2012⁸⁵² car les

⁸⁴⁶ La Cour de cassation a ainsi fait application du régime de droit commun. La solution a donc vocation à s'appliquer également aux liens manuels.

⁸⁴⁷ CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08 ; CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09.

⁸⁴⁸ J. BOSSAN, « *Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet* », RSC 2013, 295.

⁸⁴⁹ Comm.com.electr. n°9, septembre 2012, comm. 91, note Chr. Caron : Responsabilité des hébergeurs : requiem pour le « take down, stay down » et JCP G, n°39, 24 septembre 2012, 1007, note J.-M. Bruguière : liens hypertextes, notice and stay down. - des enseignements à tirer de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2012.

⁸⁵⁰ CA Paris, 4^e ch., 26 septembre 2001 : JCP E 2002, 321, note Caron ; Comm. com. électr. 2002, comm. 18, note Caron.

⁸⁵¹ *Flava Works, Inc. v. Gunter*, 689 F.3d 754 (7th Cir. 2012).

⁸⁵² Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13.666, Google c/ Bac Films, « Les dissimulateurs » : JurisData n° 2012-015877.

internauts avaient l'impression que les films étaient visualisés sur le site du défendeur. Dans les deux cas l'œuvre était présente uniquement sur le site cible⁸⁵³. Dans l'arrêt *Flava* le septième Circuit a conclu que le défendeur se contente de fournir une liste de noms et d'adresses de vidéos qui se trouvent sur le site de l'hébergeur et s'abstient d'encourager ou d'assister les internautes à visionner les vidéos. Les juges ont ainsi effectué une transposition de la logique du *server test* applicable au droit de *distribution*. La jurisprudence américaine confirme ainsi la solution de l'arrêt *Futuredontics v. Applied Anagramics*⁸⁵⁴ et rejette toute appréciation visuelle et intellectuelle de la reproduction. Cette approche est conforme à la définition de la copie proposée par le *Copyright Act* qui requiert un support matériel. Les juges étasuniens ont ainsi procédé à une lecture littérale du *Copyright Act* dans le sillage de l'arrêt *Wheaton v. Peters*⁸⁵⁵, alors que leurs homologues français ont pris une liberté importante vis à vis du texte et ce, alors que la tradition française est héritière du rôle purement technique du juge tel que décrit par Montesquieu⁸⁵⁶. Partant, l'application du *Digital Millenium Copyright Act* n'est pas nécessaire dans la mesure où le défendeur n'a pas commis de violation du *copyright*. La solution de l'arrêt *Flava* a donc vocation à s'appliquer aux liens automatiques ainsi qu'aux liens manuels.

486. La jurisprudence américaine s'est donc contentée d'une lecture littérale des dispositions du *Copyright Act* et a rejeté une interprétation originaliste qu'a fait sien le juge français, et qui aurait pu aujourd'hui se fondre dans la théorie *Law & Economics*. Il n'y a en outre pas lieu de se contenter d'une analyse de la technique lors de l'application du droit d'auteur sans considération des effets de présentation qu'elle pourrait avoir. À défaut, les ingénieurs auront tôt fait d'inventer des moyens techniques de contourner les définitions américaine et française du droit de reproduction, tout en proposant à l'utilisateur une visualisation d'une œuvre dans les mêmes conditions que si elle avait été copiée. Il n'est pas tolérable que le droit puisse être contourné par de tels artifices. La solution française peut ne pas plaire aux juristes américains, mais elle présente l'intérêt de la conformité à la *ratio legis* du droit d'auteur initial tout en affirmant la prééminence du droit sur la technique.

⁸⁵³ C. JOYCE, « *Copyright Law* », 9^e édition, Lexisnexis, 2013, p. 804.

⁸⁵⁴ *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341, 8 U.S.P.Q.2d 1171 (9th Cir. 1988).

⁸⁵⁵ 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834)

⁸⁵⁶ Montesquieu, « *De l'esprit des lois* », 1748.

487. Outre la reproduction directe par le contrefacteur les droits français et américain peuvent engager la responsabilité d'un défendeur pour complicité de reproduction.

II) La complicité de contrefaçon

488. La convention de Berne ne mentionne pas la notion de complicité mais elle n'interdit pas aux États membres d'établir des régimes de responsabilité pour complicité de contrefaçon. Le droit français a retenu que la complicité est applicable aux infractions au droit d'auteur⁸⁵⁷. Aux États-Unis, la jurisprudence a tiré parti de l'absence de mention de la complicité dans le *Copyright Act* pour considérer qu'elle s'applique par défaut⁸⁵⁸. Cette approche surprend de la part des juges américains car les auteurs se trouvent protégés au-delà de ce que prévoit le *Copyright Act*. Il faut certainement y voir le résultat de la montée en puissance des droits des auteurs aux États-Unis depuis la réforme de 1909⁸⁵⁹. Les droits français et américain appliquent donc la notion de complicité.

489. En droit français, la complicité requiert une infraction principale et un acte volontaire du complice. L'acte peut être constitué par une action relevant de l'aide ou de l'assistance ou par un acte dit d'instigation⁸⁶⁰. En droit américain, la *contributory infringement* aura vocation à s'appliquer lorsqu'une personne aura, en connaissance du caractère illégal de l'acte initial⁸⁶¹, encouragé, causé ou contribué matériellement à l'activité illégale⁸⁶². Le droit français a donc adopté une approche bipartite là où le droit américain a privilégié une conception tripartite sans que ces classements n'importent sur l'application de la notion de complicité aux hyperliens. En effet, la notion de complicité par aide ou assistance recouvre la contribution américaine et l'instigation correspond à l'encouragement ou au fait d'avoir causé l'infraction. Les deux droits sont donc en mesure d'apporter des réponses similaires.

⁸⁵⁷ En droit français la contrefaçon constitue un délit pénal soumis au régime de droit commun de la complicité (Voir : F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 1792 ; Cass. crim., 18 juin 2013, n°12-84571).

⁸⁵⁸ *Sony Corp. v. Universal Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 435 (1984).

⁸⁵⁹ A. STROWEL, « *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences* », L.G.D.J., 1993, p. 153-154.

⁸⁶⁰ Article L. 121-7 du Code pénal.

⁸⁶¹ *Demetriades v. Kaufman*, 690 F. Supp. 289 (S.D.N.Y. 1988), à 291-94.

⁸⁶² *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt.*, 443 F. 2d 1159 (2d Cir. 1971).

490. Aux Etats-Unis, la doctrine⁸⁶³ avait retenu qu'un lien pouvait être à l'origine d'un acte de complicité. Les juges ont été saisis de la question et une *district court* a retenu dans l'arrêt Utah lighthouse⁸⁶⁴ que la fourniture des adresses URL de pages contenant des contrefaçons constitue une *contributory infringement*. En effet, la page du défendeur fournissait les adresses, ce qui constitue selon les juges l'élément matériel de l'infraction, et le défendeur savait que le contenu de la page référencée était contrefaisant, ce qui constitue l'élément moral de l'infraction. La même solution a été appliquée en matière de droit des marques⁸⁶⁵, établissant ainsi une interdiction de créer des liens lorsque cela a pour conséquence de permettre de contourner une décision judiciaire. En France, la Cour d'appel d'Aix en Provence⁸⁶⁶ s'est inscrite dans le sillage de l'arrêt Utah. Il a en effet été retenu que les liens vers des jeux contrefaisants constituent une complicité par fourniture de moyens. Cette solution était logique dans la mesure où l'établissement du lien constitue une aide à la diffusion des contrefaçons. L'harmonie initiale entre les droits français et américain a été remise en cause par la doctrine étasunienne et par la Cour de cassation française.

491. En effet, la portée de l'arrêt Utah doit être relativisée dans la mesure où le lien visait à contourner les dispositions d'une décision judiciaire. La solution est par conséquent d'application restrictive et ne s'applique que dans les cas où la création d'un lien vise à contourner une interdiction judiciaire⁸⁶⁷. En outre, l'arrêt Utah avait retenu que le créateur d'un lien était complice de l'internaute qui clique sur le lien alors même que le créateur et l'internaute ne se connaissent pas⁸⁶⁸, ce qui est pour le moins peu convaincant. Le créateur de lien ne pouvait donc pas être impliqué dans un acte de complicité de contrefaçon⁸⁶⁹. En revanche, si le créateur de liens avait établi les hyperliens en accord avec le propriétaire de la

⁸⁶³ M. DOCKINS, « *Internet Links : the good, the Bad, the Tortious, and a two-Part Test* », Toledo Law Review, hiver 2005, 36 U. Tol. L. Rev. 367.

⁸⁶⁴ *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.*, 75 F. Supp. 2d 1290 (D. Utah 1999).

⁸⁶⁵ *Jeri-Jo Knitwear, Inc. v. Club Italia, Inc.*, 94 F. Supp. 2d 457 (S.D.N.Y. 2000).

⁸⁶⁶ Aix-en-Provence, 10 mars 2004, Gaz. Pal. 2005. Somm. 633, obs. O. Barbry et E. Fève ; TGI Épinal, 24 oct. 2000, LPA 2001, n° 161, obs. X. Daverat ; CCE 2000, n° 125, obs. C. Caron ; C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, 2^e éd., n°s 504 et 533.

⁸⁶⁷ J.J. LUNARDI, « *Guerilla video : Potential Copyright Liability for Websites that Index Links to Unauthorized Streaming Content* », Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, été 2009, 19 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1077.

⁸⁶⁸ 17 No. 7 Andrews Computer & Online Indus. Litig. Rep. 9.

⁸⁶⁹ Le critère de la connaissance de la contrefaçon requiert une connaissance approfondie proche de la participation (35 U.S.F. L. Rev. 83). Voir *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.*, 24 F.3d 1088, 1093 (9th Cir. 1994).

page cible, il aurait été retenu que le créateur de lien encourait une *contributory infringement* car le *direct infringement* était constitué par la mise en ligne des contrefaçons et la relation directe avec le *direct infringer* aurait été établie. Le droit américain considère donc que la complicité peut s'appliquer lors de la création d'un lien en cas d'accord avec le propriétaire du site cible. La solution s'avère donc plus nuancée que ce que pouvaient laisser comprendre l'arrêt Utah Lighthouse ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel de d'Aix en Provence.

492. La Cour de cassation⁸⁷⁰ est venue mettre fin à cette unité des deux droits en rejetant le pourvoi visant à casser l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait condamné le créateur d'un lien pour complicité de contrefaçon. Les juges ont retenu que la création d'un lien vers une contrefaçon constitue une infraction principale. Ainsi, alors que le droit américain applique la notion de complicité - en recourant à la doctrine de *contributory infringement* - lorsque les liens sont créés vers une contrefaçon en accord avec le propriétaire du site, le droit français écarte simplement la possibilité qu'un lien puisse constituer un acte de complicité et considère qu'il s'agit d'une infraction *per se*.

493. Ce rejet de la qualification de complicité n'a pas d'incidence sur le caractère dissuasif des peines dans la mesure où le complice emprunte la responsabilité de l'auteur de l'infraction principale et encourt la même peine que lui⁸⁷¹. Les méthodes varient donc entre le droit français et le droit américain, mais ils se retrouvent sur les résultats lorsque le droit américain applique la notion de complicité. Le droit américain arrive ainsi à compenser la faiblesse du raisonnement techniciste en appliquant la doctrine de *contributory infringement* qui permet d'arrimer la responsabilité du créateur de lien à celle du contrefacteur initial, permettant ainsi de protéger l'état de rareté artificiel des œuvres.

494. La création d'un lien ne soulève donc que rarement le droit de reproduction. Cependant, lors de la création d'un lien, l'internaute devra en outre contrôler qu'il n'enfreint pas le droit de représentation.

Section 2 : La liberté de lier et le droit de représentation

⁸⁷⁰ Cass. crim. 18 juin 2013, n° de pourvoi : 12-84571.

⁸⁷¹ Article L. 121-6 du Code pénal.

495. Le *copyright* est né comme un mécanisme de réservation des œuvres afin de leur conférer une valeur économique sur le marché. À l'époque du statut de la Reine Anne⁸⁷² en Angleterre, l'objectif était d'assurer aux éditeurs un droit sur les œuvres dans le but de contrôler, et censurer, la diffusion des œuvres⁸⁷³. Le mécanisme s'est en fin de compte développé comme un moyen de réservation pour les auteurs leur permettant d'écarter les copies illicites. Le droit d'auteur est ainsi fondé sur une logique d'exclusion. Les deux droits opèrent donc une distinction entre la licéité des expositions autorisées par l'auteur, qui sont légales, et l'illicéité de celles non autorisées par l'auteur. En imposant le principe de l'illégalité des copies non autorisées, le droit d'auteur et le *copyright* visent à les écarter du marché.

496. Or, les liens ont la capacité de porter à la connaissance du public aussi bien des œuvres licites que des copies contrefaisantes. Ils permettent ainsi aux internautes de consulter des œuvres sans les reproduire. Les liens posent par conséquent le problème de l'existence d'un droit d'accès aux œuvres que le traité OMPI n'a pas réglé alors qu'il devait conférer les moyens d'affronter les défis numériques. Les États membres se sont en effet entendus sur une proposition *a minima* ne nécessitant ni de l'Union Européenne, ni des Etats-Unis, qu'ils modifient leurs législations⁸⁷⁴. Le principe du droit d'accès à l'œuvre au sens du traité OMPI permet de prendre en compte non pas une reproduction matérielle, mais le simple fait de rendre l'œuvre accessible⁸⁷⁵, ce qui permet d'inclure le droit de représentation français ainsi que les droits de *performance* et de *display* américains. Le droit de mise à disposition de l'œuvre au sens du traité OMPI, intégré au droit européen à l'article 3-1 de la directive 2001/29/CE⁸⁷⁶, n'a pas d'équivalent exacte en droit américain⁸⁷⁷ et en droit français. Les

⁸⁷² *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*, 5 avril 1710.

⁸⁷³ P. GOLDSTEIN, « *History of Copyright* », *op. cit.*, 1.13.1.1.

⁸⁷⁴ Copyright Office, « *The Making Available Right In The United States* », février 2016, p. 11-12.

⁸⁷⁵ OMPI, « *Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions* », 2-20 décembre 1996, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Diplomatic Conference, 44 ; Copyright Office, « *The Making Available Right In The United States* », février 2016, p. 13.

⁸⁷⁶ « Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire 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 individuellement ».

⁸⁷⁷ Copyright Office, « *The Making Available Right In The United States* », février 2016, p. 68.

législateurs nationaux ont en effet considéré que ce droit existait déjà sous la forme des différentes prérogatives que les systèmes offrent aux ayants droit, semble donc inclure les hyperliens. Le droit de mise à disposition inclut l'offre de communication au public de façon individualisée⁸⁷⁸, ce qui inclut les hyperliens⁸⁷⁹. Cette interprétation semblait corroborée par les jurisprudences européenne⁸⁸⁰ et américaine⁸⁸¹.

497. Cependant, les droits européen et américain ont pris acte de la dangerosité que constituerait l'opposabilité d'un droit à tous les liens et ont nuancé l'application du droit de mise à disposition. Ils ont par conséquent convergé sur le principe de la liberté de lier (Sous-section 1) tout en posant des limites à ce principe (Sous-section 2).

Sous-Section 1 : Le principe de la liberté de lier

498. Le principe de la liberté de lier se fonde sur l'absence d'obligation de requérir une autorisation préalable à la création d'un lien (Paragraphe 1), ainsi que sur la liberté des modalités de création des liens (Paragraphe 2) car ils ne violent pas le droit de représentation français ni les droits de *display* ou de *performance* américain.

Paragraphe 1 : L'absence d'autorisation préalable à la création d'un lien

499. Tim Berners-Lee, l'inventeur de l'hyperlien, avait imaginé un internet sur lequel il serait possible de lier sans autorisation préalable des auteurs des pages cibles⁸⁸². La doctrine est allée en ce sens en retenant « qu'il faut considérer que le simple fait de rendre disponible un contenu sur un site web et de participer ainsi à cet immense forum qu'est

⁸⁷⁸ J.C. GINSBURG, « *Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office's Feb. 25, 2014 Notice of Inquiry* », 7 avril 2014, 6.

⁸⁷⁹ Copyright Office, « *The Making Available Right In The United States* », février 2016, p. 69.

⁸⁸⁰ CJCE, 7 décembre 2006, aff. C-306/05, *SGAE c. Rafael Hoteles*, 43.

⁸⁸¹ *Buck v. Jewel-Sa Salle Realty Co.*, 283 U.S. 191, 197-98, 51 S.Ct. 410, 75 L.Ed. 971 (1931) ; *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008).

⁸⁸² T. BERNERS-LEE, « *Weaving the Web* », Texere, p. 134.

l'internet suppose que l'on accepte le principe que les autres s'y réfèrent. Il y a, en quelque sorte, à travers la participation au processus de communication en ligne, une autorisation tacite de se référer au contenu mis sur un site du réseau⁸⁸³ ».

500. Cette conception est fondée sur l'idée que l'internet constitue un espace partiellement à part de nos sociétés. Cependant, avec le mouvement de commercialisation de la toile ainsi que l'appropriation du medium par le public, l'internet ne pouvait plus constituer un espace séparé mais plutôt une extension du monde analogique. Les règles de droit ont par conséquent vocation à s'appliquer à l'internet. Les contours de la liberté de lier ne sont donc pas évidents et la jurisprudence a marqué une hésitation (I). Néanmoins, les deux droits ont *in fine* convergé sur le principe de l'absence d'autorisation préalable de lier (II).

I) L'hésitation initiale

501. L'internet était initialement autorégulé⁸⁸⁴ par les habitudes des utilisateurs ainsi que par les chartes de bonnes conduites comme la Nétiquette. Il s'agit d'une règle dite de *soft law*⁸⁸⁵ applicable sur l'internet⁸⁸⁶. La valeur de la Nétiquette est donc limitée, en France⁸⁸⁷ et aux États-Unis⁸⁸⁸, à sa force de conviction⁸⁸⁹. Or la force de conviction de la Nétiquette est fortement limitée par son absence de légitimité - étant donné qu'elle n'est pas une norme créée par un accord de tous les internautes ou de leurs représentants - et la difficulté d'en définir le contenu⁸⁹⁰. Ainsi, alors que le droit français a pu ponctuellement appliquer la

⁸⁸³ L. A. Stangret, « *The legalities of linking on the world wide web* », in *Communications law*, 1997, vol. 2, p. 204.

⁸⁸⁴ B. BENHAMOU, « *L'État a aujourd'hui des responsabilités particulières par rapport à Internet* », *Le Figaro*, 22 mai 2003.

⁸⁸⁵ La soft law est une règle non obligatoire à valeur indicative. La soft law a été initialement traduite en français par « droit mou » puis par droit souple dans l'étude annuelle de 2013 du Conseil d'État. Voir C. VIGOUROUX, J. RICHARD, « *Du droit 'mou' au droit 'souple'* », *AJDA* 2013, p. 1825.

⁸⁸⁶ « *Autorégulation générale : la nétiquette* », *Lamy droit du numérique*, 2013, 2245.

⁸⁸⁷ La jurisprudence française a déjà fondé certaines décisions sur la Nétiquette : Tribunal de Grande Instance de Rochefort-sur-Mer en 2001 et par le Tribunal de Grande Instance de Paris en 2002 sur le fondement de la coupure de compte ; Poitiers, 11 mai 2004, RG n° 01/00808, *JCP* 2005. IV. 1859.

⁸⁸⁸ I.C. BALLON, « *E-Commerce & Internet Law* », décembre 2015, 2.06.

⁸⁸⁹ Seul la Cour supérieure de l'Ontario dans une décision du 9 juillet 1999 a fondé sa décision sur la Nétiquette : <www.juriscom.net>

⁸⁹⁰ Certains auteurs considèrent que la Nétiquette autorise à établir des liens sans autorisation préalable. Voir notamment : E. BARTHE, « *Le lien hypertexte et la loi* », in *le droit à l'information*,

Nétiquette - ce qui était favorable à la création de liens car elle suggère aux internautes de solliciter l'autorisation de l'auteur de l'œuvre vers laquelle ils lient⁸⁹¹ - le droit américain n'a pas eu recours à ce type de réglementation.

502. Les juges américains⁸⁹² français⁸⁹³ ont appliqué leurs droit interne dès les premiers arrêts concernant les liens. La jurisprudence française postérieure a néanmoins laissé penser qu'elle allait se référer aux principes des Pères Fondateurs de l'internet et recourir à la Nétiquette. En effet, le Tribunal de commerce de Paris a retenu dans un jugement en date du 26 décembre 2000⁸⁹⁴ que « le bon usage des possibilités offertes par le réseau Internet commanderait, pour le moins, de prévenir le propriétaire du site cible ». Le jugement propose donc d'appliquer les règles de la Nétiquette suggérant de solliciter l'autorisation préalablement à la création du lien. Cependant, l'utilisation du conditionnel marque l'absence d'obligation juridique à la charge des créateurs de liens. Il s'agit d'une décision étrange dans laquelle le juge informe les parties du comportement qu'elles devraient adopter sans considération pour les règles légales. Le juge contrôle donc l'internet et les relations sociales qui s'y déroulent alors qu'il lui est uniquement demandé de trancher les questions de droit positif. La solution du Tribunal de commerce s'avère peu convaincante pour les Tribunaux de Grande Instance en charge des questions relevant du droit d'auteur, et n'a pas été suivie en Europe. En effet, sur un fondement autre que la Nétiquette, la décision belge dite copiepresse⁸⁹⁵ a retenu que le moteur de recherche Google devait demander l'autorisation de lier aux titulaires de droits sur les articles de journaux. Les juges belges ont ainsi retenu que la création d'un lien nécessite l'autorisation de l'auteur de l'œuvre liée⁸⁹⁶ en application du droit national. L'arrêt du Tribunal de commerce de Paris s'avère donc isolée et le droit national a vocation à s'appliquer à l'internet en Europe comme aux États-Unis.

Archimag, avril 2004, accessible à http://www.precisement.org/panor_presse/resume_archimag.htm (dernier accès: 4/08/2014).

⁸⁹¹ Network Working Group, octobre 1995, accessible à <http://www.afa-france.com/netiquette.html> (dernier accès: 16/05/2014).

⁸⁹² *American Civil Liberties Union of Georgia, et al., v. Zell Miller, et al.*, 977 F.Supp.1228 (N.D. Ga., 1997).

⁸⁹³ TGI Saint Etienne, 6 décembre 1999, n°3561/1999 ; TGI Épinal, 22 novembre 2000, n°1981/2000.

⁸⁹⁴ T. com. Paris, référé, 26 décembre 2000, Havas et Cadre On Line c. Keljob, juriscom.net/

⁸⁹⁵ TI Bruxelles, 5 et 22 septembre 2006, Copiepresse c. Google, Inc., RLDI 2006/20, n°599.

⁸⁹⁶ J. Jacob, L. Dumont, « *Google face aux éditeurs de presse belge* », Revue Lamy droit de l'immatériel, novembre 2006, n°21, p. 16.

503. Le principe de l'application des droits nationaux sans adaptation qui se dégageait risquait de fortement limiter le droit de créer des liens. En effet, cela aurait permis aux auteurs d'interdire toute liaison entre un site critique de leurs travaux et leurs pages. Le référencement aurait pâti d'une telle situation en se trouvant limité aux liens consensuels alors que la liberté d'expression doit pouvoir être contestatrice et subversive. La nécessité de solliciter l'autorisation de l'auteur de l'œuvre liée avant de créer le lien aurait pour conséquence d'introduire une capacité de censure en faveur des auteurs. Les droits français et américain ont par conséquent écarté le principe de l'autorisation préalable à la création d'un lien sur le fondement de la liberté d'expression. Néanmoins, si les deux systèmes ont fondé la liberté de lier sur le fondement de la liberté d'expression, les méthodes employées ont divergé.

II) L'absence d'autorisation préalable de lier

504. Le créateur de l'hyperlien, Tim Berner-Lee⁸⁹⁷, a expressément affirmé qu'il ne s'opposerait pas à l'établissement de liens vers son site internet, considérant que l'internet doit constituer un canal d'accès libre et gratuit à l'information. Cette conception a marqué notre approche libertaire de l'accessibilité des contenus sur l'internet⁸⁹⁸.

505. Le droit américain a été le premier à prendre position sur la question de l'absence d'autorisation préalable à la création d'un lien. L'arrêt Miller⁸⁹⁹ s'est inscrit dans le sillage de l'arrêt *United States v. Washington Post*⁹⁰⁰ et a retenu que la législation de l'État de Géorgie, interdisant la création de liens sans autorisation préalable du propriétaire de la page liée, était contraire aux dispositions du premier Amendement de la Constitution relatif à la liberté d'expression. En effet, l'arrêt *Washington Post* retient que « *few phrases are as firmly rooted in our constitutional jurisprudence as the maxim that [a]ny system of prior restraints of expression comes to [a] court bearing a heavy presumption against its constitutional*

⁸⁹⁷ See Tim Berners-Lee, « *Axioms of Web Architecture, Links and Laws - Myths* », accessible à : <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html> (dernier accès: 31/07/2014).

⁸⁹⁸ Berkeley Technology Law Journal, « *Survey of Developments in European Database Protection* », 2003, 18 BERKTLJ 447.

⁸⁹⁹ *American Civil Liberties Union of Georgia, et al., v. Zell Miller, et al.*, 977 F.Supp.1228 (N.D. Ga., 1997).

⁹⁰⁰ *United States v. Washington Post Co.*, 403 U.S. 713, 714 (1971).

validity ». Or, les liens constituent des moyens d'expressions⁹⁰¹ et, à ce titre, ils bénéficient de la protection du premier Amendement de la Constitution américaine relatif à la liberté d'expression⁹⁰². La reconnaissance de ce principe a été plus tardif et plus lent en droit français. Ainsi, alors que le droit français a montré des hésitations entre l'application du droit national et la Nétiquette, le droit américain a opté à la première occasion pour une approche libertaire en application du droit national.

506. La Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique⁹⁰³ a néanmoins établi à l'article 1^{er} le principe de la liberté de communication par voie électronique et a ainsi convergé vers la solution du droit américain. La loi a donc ouvert la porte à l'affirmation de la liberté de lier. La jurisprudence a explicitement retenu cette solution dans un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre le 25 mars 2010⁹⁰⁴ en affirmant que « l'existence d'un lien, à titre informatif, [n'est pas] soumis à une autorisation préalable » lorsque le lien n'implique pas le droit d'auteur. La liberté de créer des liens à visée informative se trouve par conséquent protégée constitutionnellement par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. L'approche s'avère néanmoins particulièrement restrictive à cause du recours à deux critères cumulatifs que sont la visée informative du lien et la liaison entre deux sites informatifs. Étant donné que cette distinction n'a jamais été reprise, il y a lieu de retenir qu'il s'agit là d'un errement de la jurisprudence et que la liberté de lier s'étend à tous les liens indépendamment de leur objectif. Le droit français s'est donc montré plus frileux et plus lent que le droit américain à reconnaître le principe de l'absence d'autorisation préalable à la création de liens. La Cour de Justice de l'Union Européenne a élargi ce principe.

507. La Cour de Justice de l'Union Européenne a dégagé un autre fondement afin de justifier l'absence d'autorisation préalable à la création d'un lien dans l'arrêt *Svensson*⁹⁰⁵. Le raisonnement se divise en deux temps. Dans le premier, les juges reconnaissent que les liens communiquent les œuvres aux internautes en se fondant sur les arrêts *Football Association Premier League*⁹⁰⁶ - retenant que l'acte de communication doit être entendu de façon large⁹⁰⁷

⁹⁰¹ *Universal City Studios v. Corley*, 111 F.Supp.2d 294.

⁹⁰² *ACLU v. Miller*, 977 F. Supp. 1228 (1997).

⁹⁰³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁹⁰⁴ TGI Nanterre, 1^{er} chambre, 25 mars 2010, Legalis.

⁹⁰⁵ CJUE, 13 février 2014, C-466/12.

⁹⁰⁶ Voir CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 et C-429/08.

⁹⁰⁷ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*, 17.

afin de garantir un niveau élevé de protection des titulaires de droit d'auteur - et SGAE⁹⁰⁸ - qui avait retenu, en se fondant sur les articles 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29 ainsi que sur l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, qu'il suffit que « l'œuvre soit mise à disposition du public de sorte que les personnes qui composent celui-ci puissent y avoir accès » pour qu'il y ait communication au public. Outre la rigueur de l'analyse juridique sur ce point, la solution des juges s'avère cohérent avec les doctrines française⁹⁰⁹ et américaine⁹¹⁰ défendant l'intérêt des hyperliens pour la liberté d'expression. Il nous semble donc que l'analyse européenne est plus rigoureuse sur cette question que celle adaptée aux Etats-Unis dans le *server test* de l'arrêt Perfect 10⁹¹¹ qui avait retenu que seul le site cible, et en aucun cas le lien, communique les œuvres au public. Les juges de Luxembourg ont réaffirmé leur solution par la suite⁹¹². Le droit européen oppose donc un raisonnement fondé uniquement sur le droit d'auteur à une approche fondamentaliste tirant ses racines de la liberté d'expression ainsi que sur une conception erronée de la technique des liens aux Etats-Unis et à une conception jusnaturaliste en France.

508. Cependant, dans un second temps, les juges européens ont retenu qu'il n'y a pas communication au public dans la mesure où l'œuvre n'est pas communiquée à un public nouveau. Le public est entendu, dans les deux systèmes⁹¹³, de façon large car il inclut le public potentiel et non pas seulement effectif. Cependant, les juges européens ont opéré une distinction inconnue aux Etats-Unis⁹¹⁴ mais traditionnelle en France⁹¹⁵ consistant à diviser le

⁹⁰⁸ 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, point 43.

⁹⁰⁹ A. MENDOZA-CAMINADE, « *Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte* », RLDI, 39, 1^{er} juin 2008.

⁹¹⁰ N. IDE, A. STROWEL, « *Liability With Regards to Hyperlinks* », 24 Colum.-VLA J.L. & Arts 403, été 2001, 411-412.

⁹¹¹ Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 2006 U.S. Dist. LEXIS 6664, 78 U.S.P.Q.2D (BNA) 1072, Copy. L. Rep. (CCH) P29,143 (C.D. Cal. 2006), 843-845.

⁹¹² La CJUE a par ailleurs confirmé sa position dans l'arrêt Bestwater. Voir CJUE, 21 octobre 2014, aff. C-348/13, Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch ; CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker.

⁹¹³ Union Européenne : considérant n°23 et article 4 de la directive 2001/29/CE ; Svenson, 21, se fondant sur SGAE, points 37 et 38 ainsi que sur ITV Broadcasting e.a., point 32.

France : Cass. civ. 1^e, 6 avril 1994, n° de pourvoi : 92-11186.

Etats-Unis : *On Command Video Corp. v. Columbia Pictures Indus.*, 777 F. Supp. 787, 790 (N.D. Cal. 1991) ; H.R. Rep. No. 94-1476, at 65 (1976) ; J. M. KNOBLER, « *Performance Anxiety : The Internet and Copyright's Vanishing Performance / Distribution Distinction* », Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 2007, 25 Cardozo Arts & Ent. L.J. 531.

⁹¹⁴ N. ELKIN-KOREN, « *Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway : the Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators* », Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 1995, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 345.

⁹¹⁴ *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002).

public. La création d'un lien sera par conséquent légale sans autorisation préalable⁹¹⁶ lorsqu'elle vise le même public que celui ciblé par l'auteur. Cette solution était relativement prévisible car la CJUE⁹¹⁷ avait déjà défini le public nouveau comme celui qui « n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne ». Il en découle logiquement que le public non visé initialement par l'ayant droit est un public nouveau lorsque l'œuvre lui est communiquée. L'arrêt Svensson précise simplement cette position en retenant que l'œuvre n'est pas communiquée à un nouveau public dès lors que la communication est effectuée grâce au même medium technique et devant le même public⁹¹⁸. Or, la communication d'une œuvre par un lien s'effectue par le même medium que la communication initiale car il s'agit d'internet dans les deux cas. Les auteurs ne peuvent donc pas limiter la communication de leur œuvre sur l'internet ouvert. En outre, l'arrêt Del Corso⁹¹⁹, concernant les droits voisins, avait retenu que sans public nouveau, il n'y avait pas de communication au public. L'arrêt Svensson constitue donc une adaptation de la solution Del Corso au droit d'auteur. Le résultat de la solution de l'arrêt Svensson correspond non seulement à la jurisprudence en formation au sein des États membres de l'Union Européenne⁹²⁰, mais également à la pratique des acteurs de l'internet. En effet, le Groupement des Éditeurs de Services en Ligne⁹²¹ notamment a conclu une charte d'édition électronique autorisant l'établissement de lien sans autorisation préalable opposable uniquement aux signataires. La charte a par conséquent anticipé la position de la jurisprudence.

509. Cette position s'avère cohérente dans la mesure où il existe effectivement plusieurs publics qu'il est possible de segmenter selon des critères économiques, culturels ou encore

⁹¹⁵ PH. GAUDRAT, « *Droit de représentation* », Lexisnexis, fasc. 1242, 25 août 2016, 13.

⁹¹⁶ V.L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur l'internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », p.2, accessible à

⁹¹⁷ CJUE, 13 octobre 2011, C-431/09 et C-432/09, Airfield.

⁹¹⁸ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB, 27 ; V.L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », droitdu.net, 16 février 2014, accessible à <http://droitdu.net/2014/02/quand-la-cjue-determine-laces-aux-oeuvres-sur-internet-larret-svensson-liens-cliquables-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/> (dernier accès : 15/04/2014).

⁹¹⁹ CJUE, 15 mars 2012, aff. C-135/20, SCF c. Del Corso.

⁹²⁰ La jurisprudence outre-rhin retenait en effet qu'en mettant en ligne des œuvres les auteurs acceptent le mode de fonctionnement de l'internet et concèdent par conséquent une licence implicite de lier vers leurs œuvres. OLG Düsseldorf, June 29, 1999, accessible à : http://www.netlaw.de/urteile/olgd_2.htm (dernier accès : 16/05/2014).

⁹²¹ GESTE, « *La charte de l'édition électronique* », avril 2000, accessible à <http://www.geste.fr/les-activites/les-chartes/la-charte-de-ledition-electronique/> (dernier accès : 4/08/2014).

linguistiques. Le ciblage publicitaire est ainsi fondé sur la distinction de différents publics⁹²². L'approche américaine se limite à une conception universaliste et sans doute naïve en considérant que le public de l'internet est unique⁹²³ - ce qu'avait également retenu le droit français⁹²⁴ dans un premier temps - alors que la société américaine est divisée en communautés culturelles et qu'*a contrario* il existe des publics homogènes transfrontaliers. Cette solution va cependant à l'encontre de l'idéal de partage de l'internet visant à amener les utilisateurs à échanger indépendamment de leur localisation, de leurs cultures et de leurs habitudes.

510. Le raisonnement adopté par la Cour est cependant juridiquement critiquable en ce qu'il introduit un double critère cumulatif de communication de l'œuvre et de public nouveau pour retenir qu'une œuvre est communiquée au public. Ce critère du public nouveau est contraire à la convention de Berne⁹²⁵. En effet, ce critère n'existe pas dans la convention car il a été rejeté lors des discussions relatives à la réforme de 1948⁹²⁶. La solution de l'arrêt *Svensson*, confirmée par l'ordonnance *Bestwater*⁹²⁷, est par conséquent *contra legem*. Le droit européen est donc obligé d'adopter une solution *contra legem* pour ne pas bloquer la création de lien alors que le droit américain, en retenant de façon artificielle que les liens ne communiquent pas les œuvres, respecte les engagements internationaux des Etats-Unis. Le risque de poursuite de l'Union Européenne devant le panel de l'OMC est cependant faible étant donné que le résultat de la solution de l'arrêt *Svensson* ne dérange pas de façon importante les relations commerciales des États membres.

⁹²² V.L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », droitdu.net, 16 février 2014, accessible à <http://droitdu.net/2014/02/quand-la-cjue-determine-laces-aux-oeuvres-sur-internet-larret-svensson-liens-cliquables-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/> (dernier accès : 15/04/2014).

⁹²² CJUE, 13 février 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*, 33 à 39.

⁹²³ *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002).

⁹²⁴ TGI Paris (référé), 14 août 1996, JCP, éd. G, 1996-II-22727, obs. Olivier et Barbry.

⁹²⁵ ALAI, « *Opinion de l'ALAI sur la décision Svensson de la CJUE* », 17 septembre 2014, accessible à : <http://www.afpida.org/?p=66> (dernier accès : 8/12/2014).

⁹²⁶ Voir S. RICKETSON et J. GINSBURG, « *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond* », n°12.26, 12.27 (2006). Il est par ailleurs rappelé que les travaux préparatoires constituent un moyen d'interprétation des traités conformément à la Convention de Vienne de 1969.

⁹²⁷ CJUE, 21 octobre 2014, C-348/13, *Bestwater International GmbH c. Mebes, Potsch*.

511. Les solutions des deux droits se rejoignent donc sur le principe de la liberté de lier grâce à l'absence d'obligation de solliciter une autorisation préalablement à l'établissement d'un lien. Cette liberté jouit néanmoins d'une assise juridique plus forte en droit américain et français dans la mesure où elle est fondée sur des dispositions constitutionnelles, alors que la CJUE a retenu que les liens ne représentaient *a priori* pas l'œuvre. Le principe de la liberté de lier ne pourra donc être remis en cause que par une modification de la Constitution - ce qui s'avère particulièrement difficile aux Etats-Unis - alors qu'en Europe une simple modification législative permettrait une réduction du champ d'application de cette liberté. Il est peu probable qu'une modification en ce sens intervienne en Europe, mais la différence de niveau de norme souligne la divergence dans l'importance conférée à la liberté de lier dans les deux systèmes. Cette différence d'importance a des conséquences dans les limites apportées à la liberté de lier.

Paragraphe 2 : La liberté des modalités d'établissement d'un lien

512. Le *copyright* et le droit d'auteur constituent des moyens de réservations de créations intellectuelles par la création d'un état de rareté artificielle. Or, les différents types de liens (I) peuvent permettre aux internautes de visualiser des œuvres selon des modalités auxquelles l'auteur n'a pas consenti. Cela ne devrait généralement pas enfreindre le droit d'auteur dès lors que le lien mène vers une reproduction licite (II).

I) L'indifférence de la nature du lien

513. Les doctrines françaises⁹²⁸ et américaine⁹²⁹ s'étaient initialement interrogées sur la nécessité de distinguer entre les différents types de liens. Il avait notamment été suggéré qu'il est nécessaire de distinguer entre la légalité des liens de surface (dits aussi simples) - qui

⁹²⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », Lexisnexis, 2012, p. 292, 309 ; Commission du droit d'auteur du Canada, « Tarif 22 », 2^e octobre 1999, p. 48.

⁹²⁹ N. IDE, A. STROWEL, « *Liability With Regards to Hyperlinks* », 24 Colum.-VLA J.L. & Arts 403, été 2001.

mènent vers la page d'accueil d'un site - et les autres types de liens qui étaient censés être illicites *per se*. Cette distinction était fondée sur l'idée que certains types de liens permettent à l'internaute de prendre connaissance de l'œuvre dans des conditions similaires à la visualisation sur le site internet d'origine, alors que par un lien de surface l'internaute prendra connaissance de l'œuvre sur le site original. La distinction proposée reprenait la division qu'avait opérée le demandeur dans l'arrêt écossais *Shetland News*⁹³⁰. Celui-ci ne soulevait l'illégalité que des liens profonds, considérant que les liens de surface étaient légaux⁹³¹. L'arrêt n'a cependant pas expressément accepté ni rejeté cette position. Aux premiers temps des hyperliens une tendance générale consistant à distinguer entre la légalité des liens de surface et l'illégalité des autres liens se développait dans le monde. Elle a par la suite été nuancée.

514. Aux Etats-Unis tout d'abord, la proposition de distinguer entre les différents types de liens n'a jamais - contrairement à la doctrine française - créé de consensus parmi les auteurs. De nombreux auteurs ont en effet suggéré de retenir le principe de l'indifférence de la nature des liens dès les prémisses de la démocratisation de l'internet. La doctrine française a quant à elle commencé à nuancer sa position en adoptant un critère objectif avec le Forum des Droits sur l'Internet. Il continuait néanmoins à suggérer, dans sa recommandation relative aux liens hypertextes⁹³², qu'il était nécessaire de distinguer entre les différents types de liens, mais le critère de la légalité était le respect de la stricte fonctionnalité technique de référencement. Les liens n'étaient donc pas considérés comme illégaux *per se* mais selon leur capacité à faire « plus que permettre de naviguer de site en site ». Cette solution ne constituait qu'une convergence limitée vers la solution américaine dans la mesure où certains liens continueraient d'être considérés illicites car leur utilisation permet plus qu'une simple navigation. Cette divergence des doctrines a eu des conséquences sur la jurisprudence.

515. La jurisprudence américaine⁹³³ a été la première à être saisie de la question. Elle a retenu que les liens - sans distinction - sont capables de « *substantive non infringing use* » sur

⁹³⁰ *Shetland News v. Shetland Times*, 24 octobre 1996, Court of Session, Édimbourg, accessible à <http://www.linksandlaw.com/decisions-87.htm> (dernier accès : 14/09/2014).

⁹³¹ DePaul Business Law Journal, « *Linking and Framing on the Internet : Liability under Trademark and Copyright Law* », automne-hiver, 1998, 11 DPLBLJ 185.

⁹³² Le Forum des droits sur l'internet, Hyperliens : statut juridique, 3 mars 2003, p. 24, 3.1.

⁹³³ *Bernstein v. JC Penney, Inc.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 19048, 50 U.S.P.Q.2D (BNA) 1063, Copy. L. Rep. (CCH) P27,824, 26 Media L. Rep. 2471 (C.D. Cal. Sept. 29, 1998).

le fondement de l'arrêt Sony⁹³⁴. Cet arrêt avait retenu qu'une technologie peut être utilisée et commercialisée dès lors qu'elle peut faire l'objet d'une utilisation licite substantielle. Le recours à l'arrêt Sony souligne donc le fait que la nature des liens est indifférente dès lors qu'ils sont tous susceptibles de faire l'objet d'une utilisation licite substantielle⁹³⁵. Les juges ont par conséquent suivi la doctrine libertaire et majoritaire. Les hésitations de la jurisprudence française sont en revanche le reflet des doutes de la doctrine.

516. La jurisprudence française a tout d'abord retenu, dans un arrêt du 26 décembre 2000⁹³⁶, 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 la page d'accueil ». Les juges français opéraient donc une distinction entre la légalité des liens simples et l'illégalité des autres liens à l'instar d'autres jurisprudences européennes⁹³⁷. Il apparaissait donc qu'un mouvement liberticide se développait en France et menait vers une divergence avec le droit américain. La jurisprudence française a par la suite introduit une solution plus libertaire.

517. Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre⁹³⁸, puis le TGI de Nancy⁹³⁹, ont en effet retenu que les liens profonds et les liens cadres sont légaux. L'arrêt Ticketmaster v. Ticket.com⁹⁴⁰ avait également retenu le principe de la licéité des liens profonds, et l'arrêt Futuredontics v. Applied Anagramics⁹⁴¹ avait retenu la même solution pour les liens cadres⁹⁴². Cette évolution a ainsi mis fin à la distinction en droit français entre les différents types de

⁹³⁴ *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417, 442, 78 L. Ed. 2d 574, 104 S. Ct. 774 (1984).

⁹³⁵ 11 DPLBLJ 185, DePaul Business Law Journal, « *Linking and Framing on the Internet : Liability under Trademark and Copyright Law* », automne-hiver, 1998.

⁹³⁶ Tribunal de commerce de Paris, Ordonnance de référé, 26 décembre 2000, legalis, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=81 (dernier accès : 29/10/2014).

⁹³⁷ *Shetland News v. Shetland Times*, 24 octobre 1996, Court of Session, Édimbourg, accessible à <http://www.linksandlaw.com/decisions-87.htm> (dernier accès : 14/09/2014) ; AAP Madrid, Secc. 2^a, 11.9.2008 (ARP 2008\498; MP: Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia).

⁹³⁸ TGI Nanterre, 1^{re} ch., 25 mars 2010, RLDI 2010/60

⁹³⁹ TGI Nancy, pôle civile, section 1, 6 décembre 2010, legalis.

⁹⁴⁰ Ticketmaster v. Ticket.com, Case No. 99-CV-07654.

⁹⁴¹ U.S. District Court (CD CA), Case No CV 97-6991 ABC (MANx), 1998 U.S. Dist. LEXIS 2265; 45 U.S.P.Q.2D (BNA) 2005.

⁹⁴² En l'espèce le lien a été considéré comme illicite à cause des particularités des faits. Le défendeur avait effectivement manipulé un tiers au demandeur afin de créer des liens des œuvres du demandeur vers le site du défendeur.

liens et a permis une convergence avec le droit américain⁹⁴³. Il est ainsi interdit de distinguer entre les différents types de liens dans les deux pays. La Cour de cassation⁹⁴⁴ a confirmé cette solution en retenant que la fonction active des liens cadres permettant au moteur de recherche de s'accaparer l'œuvre constitue une contrefaçon dès lors qu'elle dépasse la stricte fonctionnalité de référencement. La fonction active était en l'espèce constituée par la possibilité offerte par la société défenderesse de visionner l'œuvre liée sur son propre site. Les liens cadres peuvent cependant ne pas donner connaissance de l'intégralité de l'œuvre liée dès lors qu'ils ne montrent que des extraits des œuvres. L'arrêt ne retient donc pas l'illicéité *per se* de certains liens mais adopte le critère de la stricte proportionnalité. Le droit français ne distingue donc pas entre les types de liens mais entre le respect de la stricte fonction de référencement et son dépassement. Malgré un choix lexical peu heureux, la solution de la Cour de cassation présente l'intérêt de réfléchir en termes économiques. En effet, derrière le critère de l'appropriation se dissimule la question de l'appropriation de la valeur économique de l'œuvre. Cependant, le raisonnement ne va pas assez loin car il permet de sanctionner les entités retirant des bénéfices de l'utilisation d'une œuvre sans prendre en considération toutes les hypothèses pouvant diminuer les contours du monopole artificiel d'une œuvre. La solution française était en outre partagée par d'autres États membres de l'Union Européenne comme les Pays-Bas⁹⁴⁵. La Cour de Justice de l'Union Européenne s'est placée dans le sillage de ces jurisprudences libérales et a retenu, dans l'arrêt Svensson⁹⁴⁶ ainsi que dans l'ordonnance Bestwater⁹⁴⁷, que la nature des liens est indifférente, assurant ainsi une convergence avec le droit américain sur le principe de la neutralité des liens.

518. Le droit de créer des liens se trouve par conséquent grandement renforcé par les solutions française, européenne et américaine car il est possible d'utiliser tous les types de liens. Les auteurs doivent donc anticiper la création de liens vers leurs œuvres dès lors qu'ils les mettent en ligne⁹⁴⁸. Les internautes jouissent donc d'une autorisation implicite de lier indépendamment de la nature du lien.

⁹⁴³ *Futuredontics v. Applied Anagramics*, U.S. District Court (CD CA), Case No CV 97-6991 ABC (MANx), 1998 U.S. Dist. LEXIS 2265; 45 U.S.P.Q.2D (BNA) 2005.

⁹⁴⁴ Cass. civ. 1, 12 juillet 2012, n° de pourvoi : 11-13666, 11-15165, 11-15188, 11-13669.

⁹⁴⁵ *Kranten.com*, 2002 ECDR 1, p. 12.

⁹⁴⁶ CJUE, 13 février 2014, aff. C-466/12.

⁹⁴⁷ CJUE, 21 octobre 2014, C-348/13, *Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*; L. BUBOIS, F. GAULLIER, « L'ordonnance 'Bestwater International' de la CJUE : la meilleure eau n'étanche pas complètement la soif », RLDI 3623, décembre 2014, p. 8.

⁹⁴⁸ *ACLU*, 929 F. Supp. at 4.

519. Le standard de l'autorisation implicite constituerait ainsi, dans une perspective Rawlsienne, un élément de justice procédurale en matière de *copyright*⁹⁴⁹ visant à une répartition plus juste des ressources. Étant donné que les droits d'auteur français et européen ont adopté la même solution, il y a lieu de conclure qu'ils assurent eux aussi une répartition plus juste des ressources. En effet, l'autorisation implicite permet de répartir de façon égalitaire l'accès aux œuvres sans discrimination sociale ou géographique grâce à la facilitation de l'accès aux œuvres⁹⁵⁰. Cette approche est conforme à l'idéal libertaire de l'internet qui ne connaît pas le principe de la propriété et qui promeut les échanges entre les internautes. Cependant, si les deux droits se sont accordés sur le principe de la neutralité de la technique de liens, ils divergent sur la question de la légalité d'un lien menant vers un contenu illicite.

II) La légalité des liens vers des contenus légaux

520. Les doctrines française⁹⁵¹ et américaine⁹⁵² ont proposé une distinction entre les liens menant vers des contenus légaux et les liens menant vers des contrefaçons. Cette solution est conforme à l'objectif de création d'un état de rareté artificielle des œuvres. En effet, en promouvant l'interdiction du référencement de contrefaçons les doctrines ostracisent les copies non autorisées et empêchent ainsi l'instauration d'un état d'abondance de l'œuvre qui retirerait sa valeur économique. Les jurisprudences ont néanmoins divergé sur cette question. Le droit français a ainsi adopté la solution la plus protectrice des auteurs alors que le droit américain a privilégié la sécurité des créateurs de liens. Les deux systèmes se rejoignent néanmoins sur l'autorisation de créer des liens vers des œuvres licites.

⁹⁴⁹ O. FISCHMAN AFORI, « *Implied License : an Emerging New Standard in Copyright Law* », 25 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 275.

⁹⁵⁰ CJUE, 8 septembre 2016, C-160/15, voir les positions du Gerechtshof Amsterdam, 18 et 23.

⁹⁵¹ « Lien vers des sites contenant de la contrefaçon », RLDI, mai 2001, 521-56.

⁹⁵² STACEY L. DOGAN, « *Infringement once removed : the perils of hyperlinking to infringing content* », Iowa Law Review, Mars 2002, 87 Iowa L. Rev. 829.

521. En effet, en matière de liens manuels, les juges français⁹⁵³ et américain⁹⁵⁴ n'ont jamais condamné l'établissement d'un lien vers un contenu licite. Ainsi, le simple fait de mener le public vers une œuvre licite ne limite pas l'état de rareté artificielle dont bénéficie l'auteur. Le lien n'a pas naturellement la capacité de la reproduire⁹⁵⁵ ni de la représenter⁹⁵⁶. La solution est identique pour les liens automatiques. Cependant, la réponse n'est pas venue de la jurisprudence mais des législateurs américain puis européen. En effet, la légalité des liens automatiques vers les contenus licites se déduit *a contrario* des régimes *ad hoc* de responsabilité dont jouissent les créateurs de liens. Le *Digital Millenium Copyright Act*⁹⁵⁷ américain a ainsi été le premier à exonérer les créateurs automatiques de liens lorsqu'ils mènent vers des contenus illicites dès lors qu'ils respectent une série de critères. La directive e-commerce⁹⁵⁸ a par la suite emboité le pas au législateur américain pour introduire un régime de responsabilité limitée relativement similaire. Le législateur européen n'ayant pas pris position sur le régime applicable aux créateurs automatiques de liens, la CJUE⁹⁵⁹ a étendu le régime applicable aux hébergeurs aux créateurs automatiques de liens. L'interdiction de stocker des contenus illicites implique que les hébergeurs peuvent stocker des contenus licites, et que par une extension forcée par la jurisprudence, les créateurs automatiques de liens peuvent référencer les contenus licites. Ainsi, les droits américain et européen ne sanctionnent donc pas les liens menant vers des contenus licites.

522. La solution européenne peut surprendre étant donné qu'il existe des différences techniques importantes entre un hébergeur et un créateur automatique de liens. Elle semble s'inspirer de la solution américaine qui a établi des régimes très similaires pour les hébergeurs et les créateurs automatiques de liens. Il est probable que cette similarité n'ait pas échappé à Poiares Maduro qui était l'avocat général dans l'arrêt *Google c. Vuitton*. Or, Monsieur Maduro a une connaissance assez précise du droit américain car il a été *visiting scholar* à

⁹⁵³ Voir notamment TGI Nancy, Pôle civil, section 1, 6 décembre 2010, Legalis.

⁹⁵⁴ *Flava Works, Inc. v. Gunter*, 689 F.3d 754, 2012 U.S. App. LEXIS 15977, 103 U.S.P.Q.2D (BNA) 1563, Copy. L. Rep. (CCH) P30,291, 2012 WL 3124826 (7th Cir. Ill. 2012).

⁹⁵⁵ France : Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n°11-13669.

Etats-Unis : *Flava Works, Inc. v. Gunter*, 689 F.3d 754, 2012 U.S. App. LEXIS 15977, 103 U.S.P.Q.2D (BNA) 1563, Copy. L. Rep. (CCH) P30,291, 2012 WL 3124826 (7th Cir. Ill. 2012).

⁹⁵⁶ Union Européenne : CJUE, 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*, Etats-Unis : *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F. Supp. 2d 828, 2006 U.S. Dist. LEXIS 6664, 78 U.S.P.Q.2D (BNA) 1072, Copy. L. Rep. (CCH) P29,143 (C.D. Cal. 2006), 843-845.

⁹⁵⁷ 17 U.S.C. §512(d).

⁹⁵⁸ Directive 2000/31/CE.

⁹⁵⁹ CJCE, 23 mars 2010, C-236/08 et C-238/08, *Google c. Louis Vuitton*, 111.

l'Université de Harvard. Il est donc fort probable qu'il se soit inspiré de la similitude américaine entre les deux régimes pour proposer une analogie pour l'Union Européenne.

523. L'autorisation d'établir des liens vers des contenus licites est donc fondée sur des logiques différentes en fonction de l'origine de la création. Pour les liens manuels il s'agit d'un droit fondé sur l'idée que les hyperliens ne violent pas le droit d'auteur ni le *copyright* et que les internautes jouissent d'un droit d'utilisation des œuvres échappant au monopole de l'auteur à l'instar du droit de revente⁹⁶⁰. La liberté d'établir des liens vers des contenus licites pour les créateurs automatiques vient en revanche de la volonté du législateur d'encourager le développement des intermédiaires techniques de l'internet.

524. La liberté de lier est donc le fruit de la licéité du système ainsi que du besoin d'encourager le développement des créateurs automatiques de liens. Ces solutions doivent être approuvées car elles ne remettent pas en cause le monopole des auteurs. Il n'en va pas de même pour les liens menant vers des contenus illicites.

Sous-section 2 : Les limites au principe de la liberté de lier

525. L'optimisme des pionniers⁹⁶¹ du web a été refroidi par l'arrivée d'une logique commerciale sur le réseau. Certains auteurs⁹⁶² considèrent désormais que tout ne peut être autorisé sur l'internet et la jurisprudence a confirmé cette approche⁹⁶³. Ce constat a débouché sur l'établissement d'une distinction entre la responsabilité des créateurs manuels de liens (Paragraphe 1) et celle des créateurs automatiques (Paragraphe 2).

⁹⁶⁰ France : en dehors des hypothèses visées à l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle. Etats-Unis : 17 USC § 109.

⁹⁶¹ J. YAMATO, « *World Wide Web Inventor Tim Berners-Lee : Free the Internet* », 26 janvier 2016, the Daily Beast, accessible à : <http://www.thedailybeast.com/articles/2016/01/26/world-wide-web-inventor-tim-berners-lee-free-the-internet.html> (dernier accès: 27/09/2016).

⁹⁶² Maureen A. O'Rourke, « *Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World* », 82 Minn. L. Rev. 609, 1998), 660.

⁹⁶³ T. com. Paris, référé, 26 décembre 2000, Havas et Cadre On Line c. Keljob, Juriscom.

Paragraphe 1 : La responsabilité des créateurs manuels de liens

526. L'établissement d'un lien vers un contenu illicite permet d'améliorer la diffusion de copies illicites non voulues par l'auteur. Le recours à l'œuvre originale perd donc son intérêt car une copie - souvent exacte grâce à la capacité des systèmes numérique de reproduire un contenu à l'identique - permet de prendre connaissance de l'œuvre. L'auteur perdra ainsi les revenus censés lui permettre de créer de façon indépendante. Les liens risquent par conséquent, s'ils mènent vers des contrefaçons, de limiter l'incitation à la création qui constitue la justification de l'existence du *copyright* américain et qui a largement contribué à l'introduction du droit d'auteur en France.

527. La doctrine⁹⁶⁴ s'est donc interrogée sur le régime de légalité des liens sur le fondement de l'incitation à la création. Cette approche se place dans le sillage de la recherche de création artificielle de rareté qui est à la base du *copyright* et du droit d'auteur. Il a ainsi été suggéré que, dans le cadre de l'examen de la légalité d'un lien, les juges établissent un équilibre entre l'incitation et l'interdiction afin d'enrichir le public. La jurisprudence européenne⁹⁶⁵, à l'inverse de celle américaine, a adopté cette approche. Il y a donc lieu d'établir un équilibre entre l'intérêt des internautes résidant dans la circonscription de l'illégalité des liens en ce qu'elle permet d'inciter à la création de liens⁹⁶⁶, et le respect des droits des auteurs afin de stimuler la création. Les jurisprudences française et américaine ont divergé sur la question de l'interdiction de lier vers des contenus illicites (I). Les nuances apportées ont globalement convergé sur le principe de la responsabilité personnelle des créateurs de liens (II).

I) Les liaisons interdites

528. L'établissement d'un lien entre deux sites peut être interdit lorsqu'il perturbe le monopole des ayants droit (A). Les créateurs manuels de liens sont par conséquent tenus de

⁹⁶⁴ STACEY L. DOGAN, « *Infringement once removed: the perils of hyperlinking to infringing content* », Iowa Law Review, Mars 2002, 87 Iowa L. Rev. 829.

⁹⁶⁵ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker.

⁹⁶⁶ STACEY L. DOGAN, « *Infringement once removed: the perils of hyperlinking to infringing content* », Iowa Law Review, Mars 2002, 87 Iowa L. Rev. 829.

contrôler le contenu de la page liée (B).

A) Les limites à la licéité du lien

529. Le monopole des auteurs est traditionnellement protégé et la violation de l'état de rareté artificielle est traditionnellement interdite (1). Outre cette protection juridique, les législateurs américain et français ont introduit une protection par les mesures techniques efficaces visant à assurer *de facto* le maintien du monopole de l'auteur (2).

1) L'illicéité d'un lien vers un contenu illicite

530. En matière de liens manuels, les deux droits ont clairement divergé sur la question de la liberté de créer des liens vers des copies illicites. En effet, alors que le droit français⁹⁶⁷ a dans un premier temps interdit l'établissement de liens vers des contrefaçons et que la jurisprudence a introduit un principe général⁹⁶⁸ d'interdiction de lier des contenus illicites que la jurisprudence européenne⁹⁶⁹ a nuancé, les juges américains autorisent l'établissement de liens vers des contrefaçons car ce n'est pas le lien en soi qui engage la responsabilité de son créateur mais la présentation de l'ancre⁹⁷⁰.

531. Les juges français⁹⁷¹ ont été les premiers à être saisis de la question en 1999. Ils ont retenu que l'établissement de liens vers des contrefaçons est illicite. Aux Etats-Unis, l'arrêt

⁹⁶⁷ TGI Saint Etienne, 6 décembre 1999, n°3561/1999 ; TGI Épinal, 22 novembre 2000, n°1981/2000.

⁹⁶⁸ TGI 12 mai 2003, 4 janvier 2002 : Gaz. Pal. 12 octobre 2004, n°286, p. 32 ; TGI Nanterre, 1^{re} ch., 6 sept. 2012, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3500 (dernier accès : 1/11/2014).

⁹⁶⁹ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker.

⁹⁷⁰ *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013).

⁹⁷¹ TGI Saint Étienne, 6 décembre 1999, n°3561/1999, accessible à <http://lexing.eu/wp-content/uploads/23638389.pdf> (dernier accès: 1/11/2014) ; TGI Epinal, 24 octobre 2000, MP et SCPP c. Conraud, Com. comm. élec., décembre 2000, Comm. n°125, note C. CARON.

Utah Lighthouse⁹⁷² a retenu la même solution l'année suivante. En l'espèce le défendeur avait fourni l'adresse URL d'une page - qu'il n'y a pas lieu de distinguer d'un hyperlien car dans les deux cas les internautes reçoivent communication de l'emplacement d'une page sur internet - où un livre était publié. Or, l'église mormone, qui en était l'auteur, avait retiré l'œuvre de la toile qui avait réapparu sur d'autres sites. Le défendeur a établi des liens vers ces sites mettant en ligne les œuvres contrefaites. Il a été retenu que le lien était illicite car, lorsque les internautes cliquent dessus, ils effectuent une reproduction de l'œuvre sur la mémoire cache. Néanmoins, les raisonnements divergeaient. En effet, le droit français retient que le lien est illégal *per se* alors que les juges américains ont retenu que le créateur du lien est *contributorily liable* - c'est à dire que le créateur de lien donne les moyens de commettre la contrefaçon en connaissance de cause. La théorie de la *contributory liability* s'approche de celle de la complicité en France - bien que la première s'applique en matière civile alors que la seconde est uniquement une notion pénale. Or, le droit français a parfois considéré que les liens constituent des actes de complicité⁹⁷³ et semble donc s'être rapproché du droit américain. Il s'agit cependant d'une décision isolée⁹⁷⁴ symptomatique d'une confusion assez courante en droit français⁹⁷⁵ entre les délinquants primaires et les complices. Il y aura donc lieu d'appliquer la théorie de la *contributory liability* aux Etats-Unis - notamment lorsque le créateur de liens référence des contrefaçons afin d'aider les internautes à y avoir accès⁹⁷⁶ - voire de la *vicarious liability*, ainsi que le régime de contrefaçon directe en France.

532. Cependant, la solution de l'arrêt Utah Lighthouse n'est plus applicable aujourd'hui étant donné que les reproductions temporaires sont autorisées étant donné qu'elles ne sont pas sujettes au *Copyright Act*⁹⁷⁷. L'arrêt Pearson v. Ishayev⁹⁷⁸ a tiré les conséquences de ce changement et a expressément retenu que la fourniture d'un lien menant vers un site permettant d'obtenir des contrefaçons n'enfreint pas le *Copyright Act*⁹⁷⁹ car il ne reproduit pas

⁹⁷² *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.*, 75 F. Supp.2d 1290, 2000 Copr. L. Dec. P 28, 013, 53 U.S.P.Q.2d 1425.

⁹⁷³ CA Aix en Provence, 10 mars 2004, Jurisdata 2004-240851 ; Cass. crim. 18 juin 2013 n° de pourvoi : 12-84571 ; J. LARRIEU, « L'hyperlien complice », Expertises 2002, p. 141.

⁹⁷⁴ Voir supra n°492.

⁹⁷⁵ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, « Droit pénal général », Economica, 16^e édition, 2009, 568

⁹⁷⁶ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016), 42.

⁹⁷⁷ *CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc.*, 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004). ; *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008).

⁹⁷⁸ *Pearson Education, Inc. v. Ishayev et al.*, 11 Civ. 5052 (PAE).

⁹⁷⁹ « *As a matter of law, sending an email containing a hyperlink to a site facilitating the sale of a copyrighted work does not itself constitute copyright infringement* » (Légalement, l'envoi d'un email

l'œuvre. Cela n'écarte pas *a priori* la responsabilité des créateurs de liens. Cependant, leur *secondary liability* ne sera plus fonction de la contrefaçon commise par l'internaute cliquant sur le lien, mais de la contrefaçon commise par le propriétaire du site lié. Le droit américain ne tolérera donc pas tous les liens menant vers des contrefaçons. En effet, l'arrêt *Arista*⁹⁸⁰ a retenu que le créateur de lien engage sa responsabilité lorsqu'il a un « *overall course of conduct which materially contributed to copyright infringement*⁹⁸¹ ». Il en va ainsi lorsque les liens présentent des noms évocateurs⁹⁸² laissant comprendre aux internautes qu'ils menaient vers des contrefaçons. Ainsi, le défendeur n'engagera sa responsabilité que s'il « *possess either actual or constructive knowledge of the infringing activity to be found contributorily liable*⁹⁸³ ». Il faut donc que la participation à la contrefaçon soit substantielle et qu'elle présente une relation directe avec la contrefaçon. Le droit américain sanctionne donc uniquement les modalités de présentation du lien alors que le droit français sanctionne le lien en soi.

533. La jurisprudence américaine a néanmoins établi une exception à ce principe lui permettant de converger partiellement avec le droit français. L'arrêt *Universal City Studios v. Reimerdes*⁹⁸⁴ rendu par le Deuxième Circuit a en effet interdit la création de liens vers des logiciels permettant de contourner les mesures techniques de protection conformément à la section 1201(&)(2) du *Copyright Act* interdisant l'offre au public de logiciels de contournement des mesures techniques de protection. Cette section a été introduite conformément au traité de l'OMPI⁹⁸⁵ sur le droit d'auteur imposant aux États membres d'assurer aux auteurs une protection légale adéquate contre le contournement des mesures techniques utilisées par les auteurs afin de protéger leurs droits. L'interdiction de lier vers des

contenant un lien vers un site facilitant la vente d'une œuvre protégée par le copyright ne constitue pas une contrefaçon en soi (traduction libre).

⁹⁸⁰ *Arista v. MP3 Board*, August 29, 2002, 2002 WL 1997918 (S.D.N.Y.).

⁹⁸¹ « Une conduite globale qui a contribué matériellement à la contrefaçon » (traduction libre).

⁹⁸² « *A substantial number of the posted links themselves promoted their illegal nature, as the posters of the links gave themselves such names as "superillegal mp3z," "free illegal mp3 files direct download," "free fast illegal mp3 direct download," "the biggest archive of illegal mp3 flz," "100% illegal fast downloads" »* (un nombre substantiel des liens mis en ligne exprimaient leur illégalité, dans la mesure où les ancres des liens s'intitulaient "superillegal mp3z," "free illegal mp3 files direct download," "free fast illegal mp3 direct download," "the biggest archive of illegal mp3 flz," "100% illegal fast downloads" (traduction libre)).

⁹⁸³ « S'il possède une connaissance soit effective ou qu'il peut déduire de l'activité contrefaisante afin d'être considéré comme complice » (traduction libre).

⁹⁸⁴ *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 104 F. Supp. 2d 334, 2000 U.S. Dist. LEXIS 9936, Copy. L. Rep. (CCH) P28,121 (S.D.N.Y. 2000).

⁹⁸⁵ Article 11 du traité OMPI sur le droit d'auteur.

sites contenant des logiciels de contournement apparaît néanmoins limité dans l'arrêt Reimerdes étant donné que la page cible permettait le téléchargement direct du logiciel dès lors que l'internaute s'y trouvait⁹⁸⁶. L'arrêt précise néanmoins qu'il en irait de même si la page ne cible rien d'autre que le logiciel. En revanche, le lien ne serait pas illicite s'il menait vers un site contenant d'autres contenus. L'interdiction de lier vers une contrefaçon est donc limitée dans l'esprit de l'arrêt Sony⁹⁸⁷ car, dès lors qu'un site sera substantiellement non contrefaisant, le lien ne sera pas interdit. Cette solution a été réaffirmée par l'arrêt Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung⁹⁸⁸ en se référant à la théorie de *inducement*, c'est à dire de l'incitation à commettre des contrefaçons lorsque l'utilisation prédominante du site a pour objet la contrefaçon.

534. La jurisprudence américaine a en outre encadré cette interdiction. L'arrêt Universal City Studios v. Corley⁹⁸⁹ a en effet souligné les dangers qu'un régime de responsabilité de plein droit pourrait avoir en se fondant sur l'arrêt Reimerdes⁹⁹⁰ qui avait interdit la distribution d'un logiciel de contournement de mesures techniques. Les créateurs de liens seraient dissuadés de lier, et cela ferait obstacle à l'accès aux contenus en ligne. L'arrêt a par conséquent établi un test en trois étapes reprenant et modifiant l'arrêt Sullivan⁹⁹¹ relatif à la liberté d'expression pour établir la responsabilité du créateur de lien vers un logiciel permettant le contournement de mesures techniques efficaces. Le créateur de lien doit savoir (1) au moment opportun⁹⁹² que le site lié comportait des contenus contrefaits, (2) que la technique permettant le contournement ne peut être légalement proposée, (3) crée ou maintient le site dans l'objectif de disséminer cette technologie. L'arrêt a donc intégré dans le test l'exigence que le créateur de lien avait connaissance de la présence du contenu contrefait au moment de la création du lien. Le test américain s'avère néanmoins plus protecteur des

⁹⁸⁶ *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294, 2000 U.S. Dist. LEXIS 11696, 55 U.S.P.Q.2D (BNA) 1873, Copy. L. Rep. (CCH) P28,122 (S.D.N.Y. 2000), 325.

⁹⁸⁷ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 U.S. LEXIS 19, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 224 U.S.P.Q. (BNA) 736, 52 U.S.L.W. 4090, 55 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (U.S. 1984).

⁹⁸⁸ *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013).

⁹⁸⁹ *Universal City Studios v. Corley*, 273 F.3d 429, 2001 U.S. App. LEXIS 25330, 60 U.S.P.Q.2D (BNA) 1953, Copy. L. Rep. (CCH) P28,345, Comm. Fut. L. Rep. (CCH) P28,345 (2d Cir. N.Y. 2001).

⁹⁹⁰ *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294, 2000 U.S. Dist. LEXIS 11696, 55 U.S.P.Q.2D (BNA) 1873, Copy. L. Rep. (CCH) P28,122 (S.D.N.Y. 2000), 340.

⁹⁹¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 283, 11 L. Ed. 2d 686, 84 S. Ct. 710 (1964).

⁹⁹² « *Relevant time* » (traduction libre).

créateurs de liens que le droit français. En effet, le créateur de lien doit contrôler le site au moment de la création du lien dans les deux systèmes, mais il est plus facile de déterminer si une page contient un logiciel permettant le contournement de mesures techniques que de savoir si une œuvre est protégée par le droit d'auteur ou le *copyright* et si l'ayant droit a cédé ses droits au propriétaire du site.

535. Le droit français est allé encore plus loin en étendant le principe de l'interdiction de lier vers des contenus illicites à d'autres branches du droit⁹⁹³ jusqu'à constituer un principe général⁹⁹⁴ d'interdiction d'établir des liens vers des contenus illicites. Ce type d'illicéité par contamination n'est pas isolé en droit français. En effet, l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 29 octobre 2014⁹⁹⁵ a retenu que le contrat d'assurance de l'exposition *our body* était illicite à cause de la contrariété à l'ordre public de l'exposition. Cet arrêt confirmait la jurisprudence⁹⁹⁶ en matière de contrats de travail des maisons de tolérance. La solution dégagée n'est donc pas entièrement nouvelle mais elle étend le champ d'application de la notion de contamination au droit d'auteur et le fait sortir de son champ d'application initial qui était la cause des contrats. Contrairement au droit français, la jurisprudence américaine n'a pas étendu le principe de l'interdiction de lier vers des contenus illicites à d'autres branches du droit⁹⁹⁷.

536. Les solutions française et américaine manquent de nuance. En effet, il ne semble pas que la création d'un lien par un journaliste afin d'illustrer son article, la fourniture d'un lien par un activiste agissant contre le droit d'auteur par conviction, ou encore l'établissement d'un lien par une société afin de tirer des bénéfices constituent des situations similaires

⁹⁹³ Ainsi, le 1^{er} juillet 2011, la Cour d'appel de Paris (PARIS, pôle 5, ch. 13, 1^{er} juillet 2011, N°10/08129) a retenu que les liens permettant d'accéder à des contenus contrefaisants constituent des représentations non autorisées. Le 21 février 2012 (Cass. crim., 21 février 2012, n° de pourvoi : 11-80738) la chambre criminelle de la Cour de cassation retenait que les liens vers des sites permettant le téléchargement d'œuvres contrefaites après obtention d'un logiciel de peer to peer facile d'accès étaient illégaux. C'est en ce sens qu'est allée la Cour d'appel d'Aix en Provence (CA Aix en Provence, 10 mars 2004, jurisdata : 2004-240851), confirmant la décision du Tribunal de Grande Instance de Draguignan, qui a retenu que le lien vers un site proposant des jeux contrefaits viole le droit d'auteur. La solution a été répétée plusieurs fois depuis (CA Paris, 25 mai 2012 ; Cass.crim. 25 septembre 2012 ; CA Paris, 25 mai 2012 ; Cass. Crim., 18 juin 2013).

⁹⁹⁴ TGI 12 mai 2003, 4 janvier 2002 : Gaz. Pal. 12 octobre 2004, n°286, p. 32 ; TGI Nanterre, 1^{er} ch., 6 sept. 2012, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3500 (dernier accès : 1/11/2014).

⁹⁹⁵ Cass. civ. 1^e, 29 octobre 2014, n°13-19729.

⁹⁹⁶ Cass. civ. 1^e, 15 février 1967, n° 63-12371, Bull., I, n° 67

⁹⁹⁷ Dans l'arrêt *United States v. Navrestad* (No. 07-0199 (C.A.A.F., May 14, 2008)) les liens menaient vers des contenus pédo-pornographiques mais n'ont pas été considérés illégaux.

pouvant être traitées de la même façon⁹⁹⁸. En introduisant le critère de la *overall course of conduct*⁹⁹⁹ le droit américain a permis de distinguer entre les liens établis afin de commettre une contrefaçon et les autres, ce qui pourra permettre de distinguer entre ces différentes situations. Il nous semble cependant que pour plus de prévisibilité les deux droits devraient introduire une exception journalistique pour la fourniture de liens afin que les journalistes ne tombent pas dans l'autocensure. La seconde hypothèse - celle concernant les activistes - ne semble pas devoir profiter d'une exception dans la mesure où un combat idéologique ou politique ne donne *a priori* pas le droit de violer le droit d'auteur ni le *copyright*. Enfin, la troisième hypothèse étant assimilable à un acte parasitaire il n'y a pas lieu de l'autoriser.

537. Cependant, afin d'assurer la plus grande liberté de lier, la jurisprudence française a circonscrit son interdiction au minimum. Elle se trouve en effet strictement limitée à la page contenant des contrefaçons. Les juges¹⁰⁰⁰ ont retenu que le lien est illicite non pas lorsqu'il mène simplement vers le site de stockage de la contrefaçon, mais directement vers la copie illicite. Ce principe pourra souffrir une exception. Des juges ont en effet pu retenir que des liens menant vers des sites de téléchargement illégaux constituaient des contrefaçons seulement si le site en lui-même est illégal¹⁰⁰¹. Il nous semble que cette solution manque de précision. En effet, si en l'espèce le lien menait vers le site de *peer to peer* appelé Jiggle qui était effectivement substantiellement contrefaisant, le jugement ne se prononce pas sur le seuil à atteindre afin que le site soit considéré comme illicite et que l'établissement de liens soit interdit. Le droit américain a apporté une réponse à cette problématique. En effet, dans l'arrêt Napster¹⁰⁰², les juges ont relevé que lorsque la majorité des contenus est illicite le site doit être considéré comme illégal à moins qu'il ne passe un test de *fair use*. Le seuil introduit par l'arrêt Napster est particulièrement favorable aux contrefacteurs car il laisse une importante marge de tolérance en matière de contrefaçon qui va bien au-delà de l'exception *de minimis*. Néanmoins, lorsque le site de *peer to peer* ne présente qu'une partie non substantielle de

⁹⁹⁸ S.L. DOGAN, « *Infringement once Removed : The Perils of Hyperlinking to Infringing Content* », 87 Iowa L. Rev. 829, mars, 2002.

⁹⁹⁹ *Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 16165, Copy. L. Rep. (CCH) P28,483 (S.D.N.Y. Aug. 28, 2002).

¹⁰⁰⁰ TGI Paris, 31^e ch. corr., 2 avril 2015, SACEM, SEVN, APP et autres c. D.M., legalis.

¹⁰⁰¹ TGI Paris, 31^e ch., 20 juin 2006, legalis, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1832 (dernier accès : 20/07/2015).

¹⁰⁰² *A&M Records, Inc. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

contrefaçons, il nous semble que la liberté de lier vers le site ne devrait pas être brimée, surtout lorsque les contrefaçons sont mises en ligne par des tiers au propriétaire du site.

538. La solution française est en outre largement partagée en Europe¹⁰⁰³ bien que les approches diffèrent. Seuls la Suède¹⁰⁰⁴ et les Pays-Bas¹⁰⁰⁵ - qui ont adopté des systèmes mixtes entre le droit d'auteur et le *copyright* - ne condamnent pas la création de liens vers des contrefaçons. Il existe donc un clivage entre l'Union Européenne et les Etats-Unis sur cette question, que l'arrêt *Svensson*¹⁰⁰⁶ et l'ordonnance *Bestwater*¹⁰⁰⁷ ont réaffirmé en retenant qu'un lien représente une œuvre s'il la communique à un public nouveau - reprenant ainsi la position suggérée par le Forum des droits sur l'internet¹⁰⁰⁸.

539. Or, étant donné qu'une contrefaçon est communiquée à un public n'ayant pas eu accès à l'œuvre licite et que l'auteur n'a pas pu vouloir viser ce public, il y a lieu de considérer qu'un lien menant vers une contrefaçon la communique à un public nouveau et constitue par conséquent une contrefaçon. Il en ira ainsi notamment lorsque le lien permet de contourner les mesures techniques d'un site.

2) Le contournement de mesures techniques par les liens

¹⁰⁰³ Tribunal régional de Munich, I, 7 March 2005, 21 O 3220/05, confirmé par la Cour d'appel de, 28 juillet 2005, ZUM 2005/12, p. 896. : la création d'un hyperlien menant vers une page contenant des logiciels permettant le contournement de mesures techniques a été considéré comme un acte d'importation illégal ; Case Nos. VL B-1943-99 and L B-2089-99 (Western High Court, Denmark 2001) ; Belgique : *IFPI v Beckers*.

¹⁰⁰⁴ *IFPI c/ Olsson*, *Cour d'appel Göta*, Suède, 27 déc. 1999 ; affaire *Zoekmp3.nl* citée dans le *World eBusiness Law Report* du 24 juin 2004.

¹⁰⁰⁵ B.L. JOSLOVE, A.V. KRYLOV, « Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche dans l'Union Européenne », *Lamy droit de l'immatériel*, 2005, 6.

¹⁰⁰⁶ CJUE, 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*, 24, 25, 28.

¹⁰⁰⁷ CJUE, 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater Interntional GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*, 15, 18, 19.

¹⁰⁰⁸ Forum des droits sur l'internet, « Hyperlien : statut juridique », 3 mars 2003, p. 22 : « une autorisation ne serait requise que dans le cas où l'œuvre serait communiquée à un nouveau public ».

540. Nous assistons désormais à un mouvement de privatisation de l'internet surnommée la deuxième enclosure¹⁰⁰⁹, en référence à la séparation des terres agricoles en Angleterre à la fin du 18^e siècle¹⁰¹⁰, marqué par la parcellisation de l'internet. Cette tension reflète le conflit entre le droit d'auteur et le droit d'accès à internet.

541. Les mesures techniques de protection sont le résultat du constat que le droit n'assure pas, à lui seul, une protection efficace des auteurs. A donc émergée l'idée - matérialisée à l'article 11¹⁰¹¹ du traité OMPI sur le droit d'auteur de 1996 - qu'un triple niveau de protection devait être assuré. Tout d'abord, le droit doit poser une interdiction. Dans un second temps, une mesure technique vient empêcher l'utilisation contraire à la volonté de l'auteur. Enfin, le droit interdit le contournement des mesures techniques¹⁰¹². En limitant l'accès aux œuvres, les mesures techniques efficaces limitent l'accès à la culture en violation de l'article 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme¹⁰¹³ - ratifiée par la France et les Etats-Unis mais n'y ayant aucune force obligatoire - ainsi que l'accès à l'internet dans le but de protéger le premier volet du droit à la culture que constitue le droit d'auteur.

542. L'article 11 du traité de l'OMPI interdit le contournement des mesures techniques efficaces. Or, les liens peuvent contourner les mesures techniques efficaces s'ils sont dotés des éléments techniques nécessaires. Dès lors, la création d'un lien vers une page contenant une mesure technique efficace et permettant son contournement devra être considérée illégale conformément à l'article 11 du traité de l'OMPI dès lors qu'elle contient des œuvres protégées. Les traités OMPI ont donc conféré un droit de mise à disposition qui, s'il ne

¹⁰⁰⁹ P. Evans, « *The Second Enclosure Movement* », *Studies in Comparative International Development*, été 2005 ; J. BOYLE, « *The Public Domain* », New Haven, CT : Yale University Press, 2008, p. 43-45. A lire

¹⁰¹⁰ A. BRIGGS, « *The Age of Improvement – 1783-1867* », Longman, 1959, p. 41.

¹⁰¹¹ « 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 ou de la Convention de Berne 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 ».

¹⁰¹² P. SIRINELLI, Rapport général, ALAI, 2001, p. 2-3, accessible à http://www.alai-usa.org/2001_conference/1_program_fr.htm (dernier accès: 27/02/2015)

¹⁰¹³ L. SHAVER, C. SGANGA, « *The Right to Take Part in Cultural Life : On Copyright and Human Rights* », 27 *Wis. Int'l L.J.* 637, hiver 2010, p. 8.

constitue pas un droit d'accès absolu¹⁰¹⁴, autorise une restriction de l'accès sur internet¹⁰¹⁵. Cela permet certes aux auteurs de maintenir l'état de rareté artificielle de leurs œuvres, mais ce faisant, ils participent de l'enclosure de l'internet. Les juges européens ont eu l'occasion, à l'inverse des juges américains, de statuer sur la question.

543. La CJUE s'est conformée à la *ratio legis* de l'article 11 du traité OMPI en retenant explicitement dans l'arrêt Svensson¹⁰¹⁶ que les hyperliens peuvent contourner les mesures techniques efficaces et, ce faisant, ils communiqueront l'œuvre à un public non visé initialement qui sera donc considéré comme nouveau¹⁰¹⁷. Le second critère de la représentation, à savoir le nouveau public, peut ainsi être opposé dès lors qu'un lien contourne une mesure technique efficace. L'arrêt Svensson rejoint ainsi une position largement partagée par la doctrine qui considérerait que l'établissement du lien est libre tant que l'auteur n'a pas eu recours à des systèmes de limitation de l'accès à ses œuvres¹⁰¹⁸.

544. La jurisprudence américaine n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Elle se fonderait sur la section 1201(a)(1) du *Copyright Act* interdisant le contournement des mesures techniques efficaces. Le DMCA n'introduit pas *expressis verbis* un droit d'accès, c'est à dire la possibilité pour l'auteur de contrôler la lecture ou le visionnage de son œuvre. Cependant, les dispositions de la section 1201 ont amené une partie de la jurisprudence¹⁰¹⁹ à l'admettre. Il

¹⁰¹⁴ J.C. GINSBURG, « *From Having Copies to Experiencing Works : The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law* », Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper Number 8, New York 2000, p. 3.

¹⁰¹⁵ T. HOEREN, « *Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction ?* », Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001, p. 349.

¹⁰¹⁶ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB.

¹⁰¹⁷ que « dans l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au public » (nous soulignons), à 31.

¹⁰¹⁸ V.VARET, « *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes* », Légipresse n°196, novembre 2002, p. 139.

¹⁰¹⁹ *Los Angeles Times v. Free Republic*, 54 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1453, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5669 (C.D. Cal. 2000) : « *as the copyright holders, however, plaintiffs have the "right to control" access to the articles* »; *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 346, 2000 US Dist Lexis 11949 (SDNY 17 août 2000) : « *the statute expressly provides that "a technological measure 'effectively controls access to a work' if the measure, in the ordinary course of its operation, requires*

a ainsi été retenu¹⁰²⁰ que les mesures permettant de limiter un accès constituent des mesures techniques de protection qui ne peuvent être contournées. Cette solution ouvre la voie, par analogie, à l'interdiction de créer des liens vers des sites protégés par des mesures techniques efficaces¹⁰²¹. Il y a donc lieu de penser que les juges interdiront, comme au sein de l'Union Européenne, les liens contournant les mesures techniques installées sur un site.

545. Le mouvement de la seconde enclosure est le résultat d'une déficience du marché. En effet, les ayants droit ne perçoivent pas de revenus des moteurs de recherche lorsque leurs œuvres sont placées sur l'internet libre. Dès lors, afin non seulement de conserver l'état de rareté artificiel sur leurs œuvres et d'obtenir des revenus, l'installation de mesures techniques devient nécessaire. Il est donc urgent d'imposer aux moteurs de recherche de partager leurs revenus avec les créateurs afin de conserver le caractère ouvert de l'internet et ce, même si l'importance des coûts et la faible rémunération des ayants droit nuance l'intérêt de recourir aux mesures techniques de protection¹⁰²². Nous recommandons *a minima* d'introduire l'obligation pour les moteurs de recherche de proposer une option permettant aux propriétaires de sites internet d'obliger à la visualisation d'une publicité à la suite du clic sur un lien menant vers l'œuvre. Les auteurs obtiendraient ainsi la rémunération qu'ils attendent en limitant l'accès à leur site et les internautes bénéficieraient de l'accès gratuit¹⁰²³ aux œuvres.

546. Les interdictions de lier vers certains contenus impliquent que les créateurs de liens devront contrôler le contenu de la page liée.

B) L'obligation de contrôle

the application of information or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to a work.... This view is confirmed by the legislative history ».

¹⁰²⁰ *Pearl Invs. LLC v. Std. I/O, Inc.*, 257 F. Supp. 2d 326, 2003 U.S. Dist. LEXIS 5376, 50 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 377 (D. Me. 2003).

¹⁰²¹ A. SCHWABACH, « *Internet and the Law : Technology, Society, and Compromises* », ABC-CLIO, 2006, p. 94.

¹⁰²² W.M. LANDES, R.A. POSNER, « *The Economic Structure of Intellectual Property Law* », The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 87.

¹⁰²³ La gratuité ne serait qu'apparente cependant car les internautes pourraient communiquer une partie de leurs données et seraient obligés d'accomplir une tâche en visualisant une publicité.

547. Les droits américain, européen et français ont placé un devoir de contrôle de la page liée sur les créateurs de lien. Le seuil de contrôle n'a pas été précisé mais il semble relativement bas aux Etats-Unis étant donné qu'il suffira, lorsqu'un site contient un logiciel de contournement des mesures techniques, qu'il soit substantiellement non contrefaisant pour que le lien puisse être créé, ce qui ne nécessite pas un contrôle important. La jurisprudence française retient traditionnellement que les utilisateurs s'exonèrent de leur responsabilité s'ils n'avaient pas les moyens de suspecter l'erreur de fait¹⁰²⁴ ou de droit¹⁰²⁵. Ce fondement a rarement l'occasion d'exonérer les créateurs de liens. L'obligation faite aux créateurs de liens est le fruit d'une application à l'internet de solutions déjà connues en droit français. Les utilisateurs d'une œuvre ont en effet traditionnellement un devoir de contrôle des œuvres¹⁰²⁶ très stricte. Le seuil s'avère ainsi élevé et participe à la création d'une infraction matérielle du droit d'auteur¹⁰²⁷, certes classique, mais qui n'est pas souhaitable¹⁰²⁸ pour les créateurs de liens n'agissant pas en qualité de professionnel. Le droit américain n'imposant pas un tel contrôle s'avère beaucoup plus libertaire que le droit européen.

548. La CJUE a pris la mesure de cette difficulté dans l'arrêt *GS Media BV c. Sanoma*¹⁰²⁹. Les juges européens ont souligné la nécessité d'établir un équilibre entre « l'intérêt des titulaire des droits d'auteur » et la « protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information¹⁰³⁰ ». La jurisprudence européenne adopte ainsi un raisonnement déjà connu aux Etats-Unis. En effet, dans l'arrêt *Diebold*¹⁰³¹, les juges ont retenu que la liberté d'expression pouvait justifier l'établissement d'un lien vers une contrefaçon en se fondant sur l'exception de *fair use* et ce, alors que les jurisprudences des deux côtés de l'Atlantique refusent traditionnellement de

¹⁰²⁴ CA Paris, 9^e ch., 9 mars 1964 : RIDA 1965, n°45, p. 199, note C.J. ; Cass. crim., 1^{er} juin 1994, n°93-83077 ; CA Paris, 13^e ch. B, 29 avril 2004 : Jurisdata n°2004-247019.

¹⁰²⁵ Cass. crim., 20 mars 1944 : JCP 1944, II, 2731, note R.L. ; CA Paris, 13^e ch. A, 14 février 2001 : Jurisdata n°2001-143716.

¹⁰²⁶ E. DREYER, Fasc. 1610, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, n°128.

¹⁰²⁷ E. DREYER, Fasc. 1610, *ibidem.*, n°128.

¹⁰²⁸ A. LUCAS, J.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, 1083.

¹⁰²⁹ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*.

¹⁰³⁰ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, 31.

¹⁰³¹ *Online Policy Group v. Diebold, Inc.*, 337 F. Supp. 2d 1195, 2004 U.S. Dist. LEXIS 19697, 72 U.S.P.Q.2D (BNA) 1200 (N.D. Cal. 2004).

confronter le droit d'auteur¹⁰³² ou le *copyright*¹⁰³³ à la liberté d'expression. En l'espèce, des internautes avaient mis en ligne des emails relatifs au manque de fiabilité de machines de votes et des liens ont été créés vers ces emails. La société d'où provenaient les emails litigieux affirmait qu'ils étaient mis en ligne en contravention du *copyright* et que les liens qui y mènent sont par conséquent illégaux. L'arrêt Diebold a retenu que le *copyright* ne peut être interprété comme un moyen de bloquer la liberté d'expression dans la mesure où il constitue, au contraire, un droit visant à inciter à la création d'œuvres et donc à l'expression. Partant, la création de liens vers des œuvres protégées mises en ligne sans autorisation sera légale dès lors qu'elle est soutenue par la liberté d'expression. En évitant que le *copyright* ne devienne un instrument de censure, la jurisprudence américaine assure l'accès aux informations et par conséquent à la culture. La jurisprudence européenne n'a pas eu l'occasion de trancher une question aussi extrême mais elle adopte une perspective similaire en acceptant d'établir un équilibre entre les intérêts divergents dont le droit d'auteur. L'approche européenne s'avère cependant plus économique et moins fondamentaliste que celle adoptée aux Etats-Unis.

549. L'arrêt *GS Media BV c. Sanoma* a ainsi redéfini l'équilibre entre les intérêt des ayants droit et celui des internautes en se fondant sur la conscience du caractère contrefaisant de la copie liée¹⁰³⁴. Les créateurs de liens agissant à but non lucratif sont supposés ne pas avoir connaissance du caractère contrefaisant de la copie liée¹⁰³⁵. Néanmoins, si l'internaute agissant à but non lucratif « savait ou devait savoir » que le lien mène vers une contrefaçon, il aurait pour effet de communiquer l'œuvre au public et enfreindrait par conséquent les dispositions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE¹⁰³⁶.

550. La présomption fonctionne en sens inverse pour les créateurs de liens agissant à but lucratif. En effet, il leur est demandé d'effectuer les « vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent [...] les liens hypertexte¹⁰³⁷ ». Dès lors, les juges de Luxembourg ont établi une présomption « que le

¹⁰³² Strowel A. et Tulkens F., « *Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur, À propos des libertés de créer et d'user des œuvres* », in *Droit d'auteur et liberté d'expression* (ss. dir. Strowel A. et Tulkens F.), Larcier, 2006, p. 10 et s.

¹⁰³³ C.J. CRAIG, « *Putting The Community In Communication : Dissolving The Conflict Between Freedom Of Expression And Copyright* », 56 *Univ. of Toronto L.J.* 75, hiver 2006.

¹⁰³⁴ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, 48.

¹⁰³⁵ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *ibidem.*, 47.

¹⁰³⁶ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *ibidem.*, 49.

¹⁰³⁷ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *ibidem.*, 51.

placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur internet par le titulaire du droit d'auteur¹⁰³⁸ ». Il s'agit néanmoins d'une présomption réfragable qu'il sera particulièrement difficile de renverser. Cette approche est sans doute conforme à une dichotomie entre l'internet à titre non-lucratif qui bénéficie d'un régime juridique plus favorable que l'internet lucratif. Cependant, le droit d'auteur français et européen ne retient traditionnellement pas que la connaissance est constitutive de la contrefaçon. Le droit d'auteur est en effet un régime de responsabilité de plein droit¹⁰³⁹. La connaissance - et donc la mauvaise foi - n'interviennent traditionnellement qu'au stade de la détermination du régime de responsabilité et non pas de celui de l'existence de la violation du droit, comme cela est traditionnellement le cas en *copyright* américain pour la contrefaçon directe¹⁰⁴⁰. Cette confusion est déjà partiellement connue en droit américain étant donné que les *copyright management informations* ne sont violées que si le défendeur a l'intention d'aider à commettre une contrefaçon¹⁰⁴¹. Il ne s'agit cependant pas d'un raisonnement complètement nouveau en France où le droit reconnaît, avec l'usucapion¹⁰⁴², le principe de la titularité du droit de propriété par la bonne foi. En outre, la bonne foi intervient dans la titularité du simili-droit d'auteur¹⁰⁴³ des œuvres posthumes¹⁰⁴⁴. L'intervention de la bonne foi, qui était jusqu'alors largement périphérique, intervient désormais en droit d'auteur européen. Pour ajouter à la confusion, la bonne foi n'intervient que lorsque le droit d'auteur est appliqué à un hyperlien. Si le résultat peut apparaître satisfaisant, le raisonnement est pour le moins confus.

551. La CJUE n'écarte pas le principe de l'illicéité de l'établissement d'un lien vers une copie contrefaisante. Cependant, en se fondant sur la charge de la preuve, elle permet d'assouplir la rigidité du droit d'auteur en faveur des créateurs de liens agissant à titre non lucratif. Cette distinction entre internautes agissant soit à titre onéreux soit sans but lucratif est

¹⁰³⁸ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *ibidem.*, 51.

¹⁰³⁹ Civ. 1^e, 29 mai 2001 et 26 juin 2001, Prop. intell. 2001, p. 71, obs. Sirinelli ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, « Droit d'auteur et droits voisins », Dalloz, 3^e édition, 2016, 1057.

¹⁰⁴⁰ *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008), 131 ; *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016), 32.

¹⁰⁴¹ *Pers. Keppsakes, Inc. v. Personalizationmall.com, Inc.*, 975 F. Supp. 2d 920, 929 (N.D. Ill. 2013) ; J. GINSBURG, « *The Most Moral Of Rights : The Right To Be Recognized As The Author Of One's Work* », Geo. Mason. J. Int'l. Commercial L., 11 juillet 2016.

¹⁰⁴² Articles 2258 et 2259 du Code civil.

¹⁰⁴³ L'article 4 de la directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 évoque à ce titre une période de protection équivalente aux droits de l'auteur.

¹⁰⁴⁴ J. GROFFE, « La bonne foi en droit d'auteur », Institut Varenne, 2015, 77-85 et 84.

le fruit d'une prise en compte des idéaux de l'internet. Le réseau a en effet été pensé comme un espace libéré du droit et du marché. Les logiques lucratives n'ont donc pas vocation à s'y appliquer. Dès lors, la CJUE distingue entre les utilisations non lucratives de l'internet auxquelles le droit ne sera pas opposé - sauf si le créateur de lien avait connaissance du caractère illicite de la copie - et les utilisations lucratives s'excluant d'elles-mêmes des idéaux de l'internet et auxquelles il est cohérent d'appliquer le droit dans toute sa dureté.

552. Cette prise en compte de la dimension lucrative permet au droit européen de converger partiellement vers le droit américain. En effet, les créateurs de liens substantiellement contrefaisants pourront voir leur responsabilité engagée en droit américain s'ils tirent des bénéfices de cette activité¹⁰⁴⁵. Cette approche est cohérente avec la réticence américaine à condamner sévèrement les contrefaçons sans but commercial car les reproductions à but non lucratif pourront bénéficier plus facilement de l'exception de *fair use*. Dans l'arrêt *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung*¹⁰⁴⁶, le moteur de recherche avait créé des liens qui menaient vers des contrefaçons dans au moins 90% des cas. Le site source était contrefaisant et maintenait des liens vers des contrefaçons attirant des publicitaires. Le critère des revenus issus de la contrefaçon était par conséquent opposable au créateur automatique de liens¹⁰⁴⁷ et il ne pouvait être argué qu'il n'avait pas connaissance de la présence de contenus illicites. La prise en compte de la dimension économique d'une contrefaçon est donc au cœur de l'établissement de la responsabilité des droits européen et américain.

553. Le droit européen, plus que le droit américain, introduit par conséquent un mécanisme juridique afin d'amener les internautes à exclure les sites présentant des contenus illégaux. Il s'agit d'un mécanisme d'auto-régulation de type *webring*. Le *webring* consiste en effet à exclure les offres ou les acteurs d'une place de marché lorsqu'ils ne respectent pas ses règles¹⁰⁴⁸. Le régime juridique des liens manuels diverge donc entre les systèmes français et américain, mais il converge largement en matière de liens automatiques.

¹⁰⁴⁵ 17 U.S.C. 512(d)(2).

¹⁰⁴⁶ *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013).

¹⁰⁴⁷ W. PATRY, « *Patry on Copyright* », *op. cit.*, §21:85.

¹⁰⁴⁸ T. SCHULTZ, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique* », Bruylant, 2005, p. 361.

I) Le principe de la responsabilité personnelle des créateurs de liens

554. Les principes de l'absence de surveillance du site (A), ainsi que l'absence de responsabilité pour autrui (B), ont permis aux deux systèmes de converger partiellement sur la question de la légalité des liens menant vers des contenus illicites.

A) L'absence de contrôle à la suite de la création du lien

555. Les jurisprudences française et américaine n'ont jamais retenu que le créateur manuel de liens a une obligation de surveillance du contenu lié, mais seulement de contrôle au moment de la création du lien. L'obligation de surveillance n'a ainsi pas été appliquée aux liens manuels et n'a pas vocation à l'être.

556. En effet, l'obligation de surveillance ne peut logiquement être imposée que sur une personne ou une chose sur laquelle un agent a la garde. Or, même si les jurisprudences française¹⁰⁴⁹ et américaine¹⁰⁵⁰ ont pu se montrer accueillantes dans l'appréciation de la garde, le créateur de lien n'est pas le gardien de la page liée dans la mesure où il n'a aucun contrôle sur elle. Le créateur de lien ne peut donc pas engager sa responsabilité pour un acte commis par autrui.

557. Cette solution est confortée par un rapport européen de 2007¹⁰⁵¹ qui retient que les créateurs manuels de liens ne peuvent engager leur responsabilité pour les changements intervenus sur la page liée à la suite de la création du lien¹⁰⁵² dans la mesure où ils n'en sont pas informés. Le rapport nuance toutefois cette affirmation en affirmant que dans les cas où la procédure de *notice and takedown* est initiée, les créateurs de liens ont connaissance des modifications et peuvent donc engager leur responsabilité. Le critère utilisé est le même que

¹⁰⁴⁹ Cass. civ. 2^e, 4 février 2016, n°14-29839.

¹⁰⁵⁰ Vaughn v. First Transit, Inc., 346 Ore. 128, 206 P.3d 181, 2009 Ore. LEXIS 15 (Or. 2009).

¹⁰⁵¹ G. SPINDLER, T. VERBIEST, « *Study on the Liability of Internet Intermediaries* », 12 novembre 2007, accessible à http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf (dernier accès: 22/12/2015).

¹⁰⁵² *ibidem.*, p. 19.

celui auquel ont eu recours les législateurs américain¹⁰⁵³ et européen¹⁰⁵⁴ pour les créateurs automatiques de liens. En effet, les créateurs automatiques de liens n'engagent leur responsabilité pour les liens menant vers des contrefaçons que s'ils ont connaissance du caractère illicite du contenu. La convergence des deux régimes autour d'un principe unique permet une meilleure lecture du droit par tous les créateurs de liens. Les jurisprudences française et américaine n'ont pas eu l'occasion de trancher cette question mais il y a lieu de penser qu'elles écarteraient la responsabilité du créateur de lien lorsque le contenu de la page liée est modifié postérieurement à la création du lien.

558. Cette approche est corroborée par la solution en vigueur en Allemagne. La jurisprudence allemande a en effet eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans une affaire concernant la responsabilité pour le changement d'un contenu postérieur à l'établissement d'un lien. Dans l'arrêt Radikal¹⁰⁵⁵ le parquet allemand, qui considérait que la création du lien était assimilée à un acte de distribution de textes illicites, poursuivait Madame Marquardt pour avoir établi un lien vers un site d'éco-terrorisme qui était interdit. L'action publique n'a pas abouti parce que la prévenue avait installé le lien avant que ne paraisse l'article incriminé. Le tribunal a retenu que l'on ne pouvait condamner la prévenue pour son absence de contrôle périodique du contenu du site lié. La solution inverse aurait abouti à mettre à charge de celui qui place le lien une obligation de surveillance très lourde sans régler la question de la périodicité des contrôles. Bien que cette affaire ne concerne pas le droit d'auteur, elle est riche d'enseignement dans la mesure où le raisonnement est tout à fait applicable au domaine de la propriété littéraire et artistique. En effet, le créateur de lien n'engage pas sa responsabilité pour les modifications qui peuvent être apportées postérieurement à la création d'un lien et ce, même si le contenu concerne des activités terroristes. *A fortiori* le créateur de lien n'aura pas d'obligation de surveillance des contenus liés afin de s'assurer qu'ils ne violent pas le droit d'auteur, car il n'y a pas lieu de penser que les droits européens et américain placent une obligation de surveillance du respect du droit d'auteur là où il n'existe aucune mesure en matière de lutte contre le terrorisme.

559. Le raisonnement de la juridiction allemande apparaît transposable en droit français et américain, renforçant ainsi la liberté de lier. Cependant, les créateurs de liens supporteront la

¹⁰⁵³ 17 U.S.C. §512(d).

¹⁰⁵⁴ Article 14 de la directive 2000/31/CE ; article 6-I de la LCEN.

¹⁰⁵⁵ AG Tiergarten, 30 juin 1997, MMR, 1998/1, p. 49, note St Hütig.

charge de la preuve du contenu du site au moment de la création du lien. Ils auront ainsi tout intérêt à se créer des preuves du contenu des pages liées, ce qui constitue un formalisme supplémentaire pesant sur la liberté de lier. Il sera néanmoins facile de constituer une preuve par une capture d'écran ou par une impression de la page cible. Les créateurs de liens ne sont donc pas responsables des changements opérés sur la page qu'ils lient à leur insu, ni des liens présents sur la page cible. Il n'y a donc pas lieu de surveiller une chose, à savoir la page, ni autrui.

B) L'absence de responsabilité pour autrui

560. Sur l'internet une page ne serait jamais à plus de 19 clics d'une autre page¹⁰⁵⁶. Cette estimation est imparfaite étant donné que tous les sites ne bénéficient pas de la même intégration au sein du réseau internet. Néanmoins, se pose la question de savoir si un créateur de lien engage sa responsabilité par contamination si un lien se trouvant sur la page cible mène vers un contenu illicite. Étant donné que les sites ne sont jamais très distants les uns des autres, cela imposerait une obligation de contrôle particulièrement lourde.

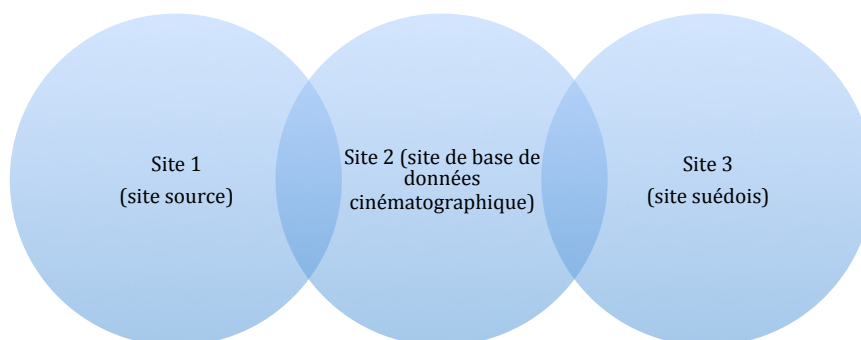
561. L'Association Littéraire et Artistique Internationale¹⁰⁵⁷ a suggéré que la création d'un lien vers un site proposant des liens vers d'autres sites n'engage pas la responsabilité du créateur du premier lien. Cette suggestion n'a aucune valeur obligatoire mais propose une synthèse de la réflexion d'experts internationaux du droit d'auteur relevant de traditions juridiques différentes. La doctrine française avait adopté la même solution en suggérant que la responsabilité du premier site renvoyant vers un second site menant lui-même vers un troisième site ne puisse être engagée du fait du second lien¹⁰⁵⁸. Ce principe a été affirmé par la jurisprudence américaine.

¹⁰⁵⁶ A. Reka, J. Hawoong, « *Internet : Diameter of the World-Wide Web* », *Nature*, 401, 9 septembre 1999, 130-131.

¹⁰⁵⁷ ALAI, « *Rapport et avis relatif à la mise à disposition du public et à la communication au public dans l'environnement internet – avec l'accent sur les mesures techniques s'établissement de liens sur internet* », 16 septembre 2013, p. 1.

¹⁰⁵⁸ V. Spacensky-Riff, « *Promotion d'un site Web et risques encourus - Quelle responsabilité pour les outils de recherche et les créateurs de liens hypertexte ?* », *Légipresse*, avril 1998, n° 150, p. 37

562. Elle a en effet été saisie de la question dans l'arrêt *Bernstein v. Penney*¹⁰⁵⁹. En l'espèce, la publicité d'un parfum se trouvait sur un site lié par un site de base de données cinématographique lui-même lié à un site universitaire suédois contenant des contrefaçons des photos du demandeur. Les sites étaient ainsi liés entre eux selon le schéma suivant :



563. Les juges ont retenu que le *copyright* n'était pas violé par le lien du défendeur qui menait vers la base de données cinématographique. Il n'existe donc pas d'obligation de contrôle des liens se trouvant sur la page cible. La jurisprudence française n'a en revanche pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question. Cependant, les décisions concernant la responsabilité pour l'établissement des liens se réfèrent au contenu contrefaisant de la page liée et ne mentionne jamais l'accessibilité de contrefaçons à partir de la page liée. L'obligation de contrôle est limitée à la page liée et ne s'étend pas aux sites liés par le site cible. Les juges français ne se sont pas prononcés sur la question mais étant donné que le principe de la responsabilité pour autrui doit être entendu de la façon la plus restrictive dans un souci d'égalité entre les citoyens, il n'y a pas lieu de penser que les juges étendraient l'obligation de surveillance aux sites liés par le site cible. En outre, l'arrêt *GS Media BV c. Sanoma*¹⁰⁶⁰ adopte une conception restrictive de l'obligation de surveillance. Il n'y a donc pas lieu de penser que les juges emprunteront le chemin inverse et augmenteront l'obligation de surveillance pesant sur les créateurs de liens.

564. Cette solution est heureuse dans la mesure où elle assure une sécurité juridique satisfaisante pour les créateurs de liens qui n'ont l'obligation de contrôler que les contenus présents sur la page liée et non pas les liens qui s'y trouvent. À défaut, les internautes auraient

¹⁰⁵⁹ *Bernstein v. J.C. Penney, Inc.*, No. 98-2958-R (CD CA, dismissal Sept. 22, 1998).

¹⁰⁶⁰ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker*.

fortement diminué la création de liens¹⁰⁶¹. En outre, cette position renforce la liberté d'entreprendre ainsi que l'accès à internet en permettant aux acteurs d'augmenter le nombre de liens sans engager trop facilement leur responsabilité.

565. Les créateurs de liens manuels ont donc une obligation circonscrite de contrôler le contenu de la page liée. Ce devoir ne peut s'analyser en une obligation de surveillance d'autrui. Le régime de la création des liens automatiques s'avère encore plus favorable au développement de l'internet.

Paragraphe 2 : La responsabilité des créateurs automatiques de liens

566. En ce qui concerne les liens automatiques vers des contenus illicites, les deux droits ont largement convergé. En effet, ils s'accordent à les interdire tout en faisant bénéficier les prestataires techniques d'un régime de responsabilité limitée leur permettant de n'engager leur responsabilité que s'ils ne réagissent pas promptement lorsqu'ils ont connaissance de la présence d'un contenu illicite sur une page liée¹⁰⁶². Le principe est donc l'interdiction de lier vers des contrefaçons. Les législateurs ont cependant pris en compte les spécificités des créateurs automatiques de liens qui ont recours à des machines sans contrôle humain direct. Il n'est en effet pas possible de leur appliquer le même régime juridique que pour des liens créés par des personnes humaines. Le temps de réaction laissé aux créateurs automatiques de liens ne remet donc pas en cause le principe de l'interdiction de lier vers des contenus illicites mais l'adapte aux spécificités des intermédiaires techniques.

567. Les Etats-Unis ont été les précurseurs en la matière en introduisant le *Digital Millenium Copyright Act*. L'exemple américain a inspiré l'Union Européenne. Cette dernière a en effet été influencée par les dispositions du DMCA pour rédiger la directive e-commerce. L'Union Européenne a cependant largement simplifié les dispositions américaines tout en poursuivant le même objectif de la stimulation de la création de prestataires de services sur

¹⁰⁶¹ « *Judges Dismisses Copyright Claims Based on Linking, Andrew Telecommunications Industry Reporter* », 2 No. 2 Andrews Telecomm. Indus. Litig. Rep. 9, octobre 1998.

¹⁰⁶² France : article 6-I-2 de la LCEN.
Etats-Unis : 17 U.S.C. §512(d)(3).

internet¹⁰⁶³. Ainsi, l'Union Européenne et les Etats-Unis visent à soutenir le développement du secteur économique de l'internet en établissant des régimes juridiques favorables aux intermédiaires techniques.

568. Si le DMCA américain brille par sa complexité¹⁰⁶⁴, la directive européenne¹⁰⁶⁵ souffre sans doute d'une trop grande simplification. La directive européenne n'a en effet pas abordé le régime juridique applicable aux moteurs de recherche alors même que la section 512(d) du *Copyright Act* le prévoyait expressément. L'Union Européenne avait donc une solution dont elle pouvait s'inspirer en la matière. Face à cette faiblesse de la réglementation européenne, les juges de Luxembourg ont été saisis afin de déterminer le régime juridique applicable aux moteurs de recherche. Dans l'arrêt du 23 mars 2010, la CJUE¹⁰⁶⁶ a ainsi convergé vers les dispositions de la section 512(d) du *Copyright Act* en retenant que les moteurs de recherche jouissent du régime de responsabilité limité applicable aux hébergeurs¹⁰⁶⁷. Par conséquent, dans les deux systèmes, les créateurs automatiques de liens que sont les moteurs de recherche bénéficient de régimes de responsabilité limitée.

569. Le régime de responsabilité allégée ne signifie pas que l'établissement de liens vers des contenus illicites par les prestataires techniques devient légal, mais que les moteurs de recherche n'engagent pas automatiquement leur responsabilité lorsqu'ils créent des liens vers des contenus illégaux. Le régime est donc plus favorable que pour les créateurs manuels de liens qui engagent automatiquement leur responsabilité - du moins en droit français - lorsqu'ils mènent vers des contrefaçons. Les contenus illégaux ont été définis dans le rapport

¹⁰⁶³ Union Européenne : Document de la Commission COM (2003) 702 final du 21 novembre 2003, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen – Premier rapport sur l'application de la 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 »), 4.6 : « Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues par la directive ont été considérées comme indispensables pour garantir d'une part la fourniture de services de base assurant la libre circulation en continu de l'information sur le réseau et d'autre part la fourniture d'un cadre qui permette à l'Internet et au commerce électronique de se développer ».

Etats-Unis : S. Rep. No. 105-190, 40 (1998); H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, 49-50 (1998).

¹⁰⁶⁴ Le DMCA est en effet d'une longueur excessive et s'avère particulièrement mal rédigé, alternant des définitions différentes pour le terme de service provider en fonction des alinéas et en adoptant un style redondant difficile à suivre. Cependant, des hypothèses nombreuses y sont traitées et notamment le régime juridique applicable aux moteurs de recherche.

¹⁰⁶⁵ Directive 2000/31/CE.

¹⁰⁶⁶ CJCE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, C-237/08 et C-238/08.

¹⁰⁶⁷ CJCE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, C-237/08 et C-238/08, 120.

du Département du Commerce comme « *the wrongful activity that is occurring at the location to which the user is linked or referred by the information location tool, without regard to whether copyright infringement is technically deemed to have occurred at that location or at the location where the material is received*¹⁰⁶⁸ ». La jurisprudence française adopte une solution similaire en retenant qu'est illicite la page présentant un contenu illégal.

570. Les régimes de responsabilité des deux systèmes sont largement fondés sur la notion d'ignorance des prestataires techniques. Leur responsabilité n'est en effet pas engagée automatiquement parce que les législateurs considèrent que les logiciels utilisés ne sont pas en mesure d'alerter les propriétaires sur la présence de contenus contrefaisants. Néanmoins, si les créateurs automatiques de liens ont connaissance de l'illégalité du contenu vers lequel ils mènent, ils s'exonèrent de leur responsabilité dès lors qu'ils agissent promptement¹⁰⁶⁹ pour déréférencer la page.

571. C'est sur ces deux exceptions au régime de responsabilité de droit commun que réside la sécurité juridique des moteurs de recherche. Il y a donc une séparation de l'acte illégal et de la responsabilité de l'entité qui en est à l'origine en droit américain et européen. Cette solution est cependant logique dans la mesure où une machine ne peut en effet s'ériger en juge des activités humaines et ne peut engager la responsabilité d'une personne. Les régimes de responsabilité des créateurs de liens sont donc intimement liés à la connaissance de la présence d'une contrefaçon sur la page liée. Les créateurs automatiques de liens bénéficient donc d'un régime similaire à celui en vigueur au sein de l'Union Européenne pour les internautes créant des liens sans but lucratif dans la mesure où ils bénéficient d'une présomption d'ignorance de la présence d'un contenu illicite sur la page cible.

572. Les régimes de responsabilité des créateurs de liens sont donc le fruit d'un équilibre entre leurs intérêts et ceux des auteurs. Si les solutions des droits français et américain convergent assez largement en ce qui concerne les droits patrimoniaux, il n'en va pas de même pour les droits moraux ainsi que pour le droit *sui generis*.

¹⁰⁶⁸ Commerce Rep. (DMCA), p.56.

¹⁰⁶⁹ France : article 6, I, 2 LCEN.

Etats-Unis : 17 U.S.C. 512(d)(1)(C).

Chapitre 2 : Les divergences en matière d'établissement de liens face aux droits moraux et aux droits *sui generis*

573. Les différences initiales entre les systèmes de droit d'auteur et de *copyright*¹⁰⁷⁰ se sont amplifiées à partir du 19^e siècle et à la fin du 20^e siècle. Ainsi, le droit français assure une protection du droit moral (Section 1) et des bases de données (Section 2), alors que le droit américain est réfractaire à l'idée d'assurer une protection de ces deux prérogatives.

Section 1 : L'établissement des liens face aux droits moraux

574. Le droit moral s'est développé en France, au cours du 19^e siècle, dans le but de protéger les intérêts intellectuels de l'auteur. À cette époque, le droit d'auteur français se recentrait sur la figure de l'auteur¹⁰⁷¹ et le public se trouvait petit à petit écarté du centre de gravitation du système de protection. Les Etats-Unis ont en revanche maintenu le *statu quo* et n'ont pas pris en considération les intérêts intellectuels des auteurs. Cette différence est non seulement le fruit des différences de mouvements artistiques - l'Europe connaissait à cette époque le mouvement romantique qui a exalté la figure de l'auteur alors que les Etats-Unis avaient le mouvement naturaliste - mais aussi des types de productions culturelles de chaque pays¹⁰⁷². La France jouissait en effet d'un contexte plus propice au développement des beaux arts alors que les Etats-Unis étaient encore un pays en construction et en expansion nécessitant des œuvres utilitaires où la littérature romanesque et les beaux arts étaient perçus comme une perte de temps¹⁰⁷³. Les œuvres utilitaires ou civiques qui se sont développées aux Etats-Unis présentent une dimension moins marquée d'*intuitu personae* que les œuvres des beaux arts qui se sont développées en France et de manière générale en Europe. Il était donc cohérent que le droit français développe les droits moraux afin de protéger la dimension personnaliste des œuvres et que les Etats-Unis la rejettent.

¹⁰⁷⁰ J. GINSBURG, « *A Tale of Two Copyrights* », *Tulane Law Review*, 64 (5), mai 1990, p. 991-992.

¹⁰⁷¹ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », *op. cit.*, n°578.

¹⁰⁷² J. GINSBURG, « *A Tale of Two Copyrights* », *op. cit.*, p. 1001.

¹⁰⁷³ T. JEFFERSON, « *The Writings Of Thomas Jefferson* », cité dans FEDERAL COPYRIGHT RECORDS, 1790-1800 xxii, J. Gilreath ed., 1987.

575. Bien que les droits moraux soient apparus à une époque d'exaltation de la figure de l'auteur, ils assurent de façon accessoire l'intérêt du public. La jurisprudence française les a en effet introduit afin de protéger l'auteur¹⁰⁷⁴ dans le but « de faire respecter les choix culturels qu'il [lui] incombe de prendre dans l'intérêt général¹⁰⁷⁵ ». En effet, le droit moral vise à assurer la protection de la « personnalité intellectuelle¹⁰⁷⁶ » de l'auteur qui permet aux tiers d'identifier la « pensée créatrice¹⁰⁷⁷ » d'une œuvre. Malgré la protection qu'il accorde au public le droit moral n'a été introduit que limitativement en droit américain et le droit européen, qui assure pourtant un haut niveau de protection aux auteurs, n'a pas harmonisé cette prérogative¹⁰⁷⁸.

576. Le droit américain n'a en effet pas adopté de réglementation *ad hoc* protégeant les prérogatives morales des auteurs avant le *Visual Artists Rights Act* (VARA) de 1990. Le droit américain rejette traditionnellement la notion de droit moral à cause notamment d'une mauvaise traduction. En effet, le terme « *moral* » en anglais se réfère à la morale et laisse dubitatif les juristes nés dans un système juridique sacralisant la liberté d'expression. Ils y voient un moyen d'interdire certains discours¹⁰⁷⁹. Les juristes américains ont ainsi généralement mal interprété la notion de droit moral qu'ils comprennent à la lumière de son étymologie. Le droit français fait en effet fi de l'origine du terme « moral » qui vient du latin *moralis* signifiant « relatif aux mœurs ». Ce droit se réfère par conséquent à l'état d'esprit d'une société¹⁰⁸⁰. Or un droit relatif aux mœurs risque effectivement d'introduire une censure des tiers à l'auteur. Le droit allemand utilise le terme de *Urheberpersönlichkeitsrecht*¹⁰⁸¹ qui signifie la sensibilité de la personnalité de l'auteur. Si le terme présente l'inconvénient de ne centrer le droit moral que sur l'auteur en écartant les intérêts du public - qui ne sont que sous-entendus - il a l'avantage de souligner le fait que ce droit vise à protéger la conception que l'auteur se fait de son œuvre sans connotation moraliste. Ainsi, si l'Allemand avait été la langue de rédaction de la convention de Berne, les Etats-Unis auraient peut-être abordé différemment la question des droits moraux. Le droit américain n'assure qu'une protection *a*

¹⁰⁷⁴ H. DESBOIS, « *Le droit moral* », *op. cit.*, p.121 s.

¹⁰⁷⁵ P. GAUDRAT, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, 573.

¹⁰⁷⁶ MICHAELIDES-NOUAROS, « *Le droit moral de l'auteur* », Arthur Rousseau, 1935, p. 7 s.

¹⁰⁷⁷ C. DOUTRELEPONT, « *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* », Bruylant, 1997, p. 24.

¹⁰⁷⁸ P. SIRINELLI, Chronique de jurisprudence, RIDA, octobre 2014, 242, p. 311.

¹⁰⁷⁹ W.F. PATRY, « *Copyright Law and Practice* », *op. cit.*, n.162.

¹⁰⁸⁰ P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 193, 189.

¹⁰⁸¹ Artikel 11.2 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

minima afin de respecter les dispositions de l'article 6bis de la convention de Berne¹⁰⁸² mais n'a pas de véritable fondement intellectuel pour cette protection.

577. Le *Visual Artists Rights Act* n'a pas vocation à s'appliquer à une reproduction¹⁰⁸³ d'une œuvre mais seulement aux originaux. Le champ d'application du *Visual Artists Rights Act* sur l'internet sera donc limité aux œuvres créées numériquement. Le champ d'application du *Visual Artists Rights Act* est ainsi beaucoup plus circonscrit que celui du droit moral français qui s'applique à toutes les œuvres originales ainsi qu'à leurs reproductions et représentations. Les auteurs des œuvres protégées par le *Visual Artists Rights Act* jouissent néanmoins du droit de paternité et du droit au respect de l'œuvre. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le respect des dispositions du *Visual Artists Rights Act* par un hyperlien et aucun arrêt n'a encore eu l'occasion de se prononcer sur son applicabilité à l'internet. Les travaux préparatoires du *Visual Artists Rights Act* n'ont pas précisé les modalités selon lesquelles le nom de l'auteur devait être mentionné et par conséquent aucune indication n'a été donnée sur une possible application aux œuvres liées. Le *Visual Artists Rights Act* aura vocation à s'appliquer aux œuvres liées bénéficiant de mesures techniques de protection empêchant leur reproduction, dès lors qu'il s'agira d'une œuvre créée indépendamment en dehors de tout contrat de *work made for hire* et mentionnée dans la liste de la section 101¹⁰⁸⁴. Le *Visual Artists Rights Act* ne sera que d'un faible recours car il n'introduit que le droit de paternité et interdit la destruction d'une œuvre de *recognized stature* ainsi que la dégradation d'une œuvre qui aurait pour conséquence de causer un préjudice à l'honneur ou à la réputation de l'auteur¹⁰⁸⁵. Le législateur américain a donc lié, conformément aux dispositions de l'article 6bis de la convention de Berne, la protection du droit à l'intégrité à l'honneur de l'auteur. La réglementation américaine a ainsi adopté une solution se situant dans le sillage de la convention de Berne qui ne prend pas en considération les intérêts du public et qui se trouve difficile à appliquer aux liens.

¹⁰⁸² R.J. SHERMAN, « *The Visual Artists Rights Act of 1990 : American Artists Burned Again* », 17 *Cardozo L. Rev.* 373, décembre 1995.

¹⁰⁸³ *Martin v. Walt Disney Internet Group*, 2010 WL 2634695 (S.D. Cal. Jun. 30, 2010) ; K. MUCINSKAS, « *Moral Rights and Digital Art : Revitalizing the visual Artists' Rights Act ?* », 2005 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 291, 313.

¹⁰⁸⁴ K. MUCINSKAS, « *Moral Rights and Digital Art : Revitalizing the visual Artists' Rights Act ?* », 2005 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 291, 315.

¹⁰⁸⁵ 17 U.S.C. 106(A).

578. Néanmoins, les auteurs jouissent d'une forme de protection de leurs prérogatives morales en ayant recours au *Lanham Act* qui régit le droit des marques. Le droit moral des auteurs sera donc protégé dès lors que la modification de l'œuvre a pour conséquence de tromper le consommateur sur l'origine¹⁰⁸⁶ d'un produit. Cette compréhension du droit des marques est le fruit d'une évolution commune des droits américain et européen. En effet, alors que le droit des marques était initialement¹⁰⁸⁷ pensé comme un moyen de protéger son propriétaire, nos droits modernes y voient un moyen de protéger le consommateur¹⁰⁸⁸. Le public ayant récemment émergé en Europe¹⁰⁸⁹ et aux Etats-Unis¹⁰⁹⁰ dans sa dimension consommatrice le bénéficiaire de la protection du droit moral et du droit des marques est similaire dans les deux systèmes. Cependant, en limitant le respect du droit moral à l'erreur commise par un consommateur moyen, le droit américain n'assure pas la protection de tous les consommateurs contre un risque de confusion¹⁰⁹¹ mais seulement de ceux correspondant au standard. Le droit français, en obligeant à respecter le droit moral de l'auteur, permet à tous les publics de ne pas être trompés quant à l'origine intellectuelle de l'œuvre. Les approches diffèrent dans la mesure où la France permet de protéger les intérêts culturels du public avec le droit moral alors que les Etats-Unis ont adopté une approche mercantile¹⁰⁹² en recourant au droit des marques.

579. Le droit moral et les liens s'avèrent ainsi complémentaires dans la protection de l'accès à la culture. En effet, les liens permettent d'accéder à des contenus et le droit moral assure que ces contenus soient fiables. Il sera en effet interdit de mentionner une paternité erronée ou de présenter les œuvres dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur, ce qui permet aux internautes de prendre connaissance de l'œuvre dans un contexte conforme à la conception de l'auteur. La complémentarité n'est cependant pas absolue car le conflit peut

¹⁰⁸⁶ §43(a) Lanham Act.

¹⁰⁸⁷ J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, « *Droit de la propriété industrielle* », Dalloz, 7^e édition, 2012, 1425 S.

¹⁰⁸⁸ P.-Y. GAUTIER, « *Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle* », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2015, n°54, p. 11.

¹⁰⁸⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, « *A Digital Single Market Strategy for Europe* », SWD(2015) 100 final, 6 mai 2015, 2.1.

¹⁰⁹⁰ La prise en considération des intérêts des consommateurs remonte au rapport CONTU de 1974. Voir B. NIMMER, « *Nimmer on Copyright* », *op. cit.*, 11-62.

¹⁰⁹¹ K. COLLINS, « *Intending to Confuse : Why Preponderance is the Proper Burden of Proof for Intentional Trademark Infringement Under the Lanham Act ?* », 67 *Okla. L. Rev.* 73, automne 2014.

¹⁰⁹² J. ESCARRA, « *Le projet français sur la propriété littéraire et artistique* », *RIDA.*, V ; octobre 1954, p. 33.

déboucher sur une limitation de l'accès à la culture (Sous-Section 1). Il n'en reste pas moins que les droits moraux peuvent constituer un atout pour l'accès à la culture (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : Le droit moral en tant que limite à l'accès à la culture

580. Le droit moral a initialement été pensé comme une prérogative des auteurs dans leur seul intérêt. Il présente néanmoins un intérêt social car il assure au public un accès non biaisé aux œuvres. Il arrive ainsi que les droits moraux entrent en contradiction avec le droit du public à l'accès à la culture, notamment lorsque le droit de divulgation (Paragraphe 1) et le droit de retrait et de repentir (Paragraphe 2) sont opposés au public.

Paragraphe 1 : Le droit de divulgation

581. Nous avons vu que le droit à la culture est dual en ce qu'il est composé du droit d'auteur et du droit d'accès à la culture, et qu'il est nécessaire d'assurer un équilibre entre ces deux droits impose. Le droit à la divulgation assure les intérêts de l'auteur contre ceux du public qui pâtie de l'absence de communication d'une œuvre en l'autorisant à décider la manière dont l'œuvre sera communiquée au public. Desbois¹⁰⁹³ affirmait en effet qu'il s'agit d'une « aspiration naturelle » de l'auteur à ne communiquer son œuvre au public que lorsqu'elle répond à ses attentes, ce qui retarde voire exclut la divulgation de l'œuvre et donc la communication d'idées à la société. Le droit de divulgation permet néanmoins d'assurer à l'auteur que seule une pensée murie sera communiquée au public. Cette prérogative constitue sans doute un gage de qualité intellectuelle des œuvres. Le droit de divulgation relève donc d'une logique jusnaturaliste très présente en droit français mais étrangère au droit américain¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹³ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », *op. cit.*, p. 474.

¹⁰⁹⁴ *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834).

582. À la suite de la reconnaissance des droits moraux en Europe continentale ils ont été intégrés au droit international lors de la révision de Rome en 1928¹⁰⁹⁵. Cependant, le caractère hautement culturel et contingent de ce droit a fait obstacle à sa reconnaissance en droit international. Le droit de divulgation n'est donc pas visé par la convention de Berne qui ne se réfère qu'à la notion de publication¹⁰⁹⁶ relevant des droits patrimoniaux. La définition de la publication peut cependant s'avérer pertinente pour dessiner les contours du droit de divulgation. La convention définit les œuvres publiées comme celles « éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à la disposition du public ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'œuvre ». En pratique les droits de publication et divulgation se recouvrent en partie. Desbois¹⁰⁹⁷ avait fait remarquer qu'en droit français les droits de divulgation et de publication n'étaient séparés que par un « trait de temps » car la divulgation précède le contrat. La divulgation est donc le premier temps alors que la publication est donc le second temps de l'acte de communication d'une œuvre au public. Le droit américain n'assure donc pas une protection beaucoup plus tardive que le droit français. Cette approche reflète la conception dualiste que le droit d'auteur français véhicule par opposition avec la frilosité à reconnaître les droits moraux par le droit d'auteur international. Il ne s'agit donc pas d'un droit harmonisé parmi les États membres de la convention. Il existe par conséquent de fortes disparités entre les États membres de la convention de Berne.

583. Traditionnellement, les pays de droit civil¹⁰⁹⁸ - dont le droit français¹⁰⁹⁹ - reconnaissent le droit de divulgation. En revanche, les pays de *common law* ne l'ont pas introduit¹¹⁰⁰. Cependant, il ne s'agit là que d'une tendance. En effet, la conception patrimoniale du droit de divulgation, par opposition à l'approche française relevant du droit moral, n'est pas étrangère à certaines législations continentales. Ainsi, la loi italienne dispose à l'article 12¹¹⁰¹, qui se trouve dans la section relative à la protection de l'utilisation économique de l'œuvre, que

¹⁰⁹⁵ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 2169.

¹⁰⁹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit moral en France* », in *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, 1993, p. 131-132.

¹⁰⁹⁷ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », *op. cit.*, p. 477.

¹⁰⁹⁸ L'Espagne reconnaît ainsi le droit moral de divulgation à l'article 4 du Real Decreto Legislativo 1/1996 du 12 avril 1996 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

¹⁰⁹⁹ Article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹¹⁰⁰ G. DWORKIN, « *Pays de Common Law* », ALAI, 1993, p. 81 s.

¹¹⁰¹ Loi du 22 avril 1941 n°633, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

l'auteur a le droit exclusif de publier son œuvre. Le législateur italien n'a donc pas intégré la distinction proposée par Desbois¹¹⁰². Le droit américain n'a pas introduit le droit de divulgation dans sa législation mais adopte une interprétation restrictive du test de *fair use* lorsqu'une œuvre non publiée a été utilisée¹¹⁰³ et se place ainsi dans une perspective encore plus patrimoniale que le droit italien. Une œuvre non publiée par le titulaire du *copyright* peut être reproduite dans le cadre de l'exception de *fair use*¹¹⁰⁴ mais le *safe harbor* sera compris de façon restrictive¹¹⁰⁵. L'approche diverge donc de celle française car les exceptions au droit d'auteur de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle ne sont pas opposables aux droits moraux¹¹⁰⁶ alors que le *fair use* est opposable aux droits patrimoniaux américains. Un équivalent fonctionnel limité du droit de divulgation est donc protégé aux États-Unis dans la mesure où le titulaire du *copyright*¹¹⁰⁷ peut opposer ses droits patrimoniaux¹¹⁰⁸.

584. Les approches diffèrent donc profondément, du moins d'un point de vue philosophique, entre le droit français, qui interdit toute divulgation d'une œuvre sans l'autorisation de l'auteur, et le droit américain, qui réduit le champ d'application d'une exception au *copyright*.

585. Étant donné que l'établissement d'un lien vers une œuvre protégée ne constitue une violation du droit de *copyright* que dans de rares hypothèses, les auteurs se trouveront largement démunis face à la création de liens vers des œuvres divulguées sans autorisation. L'analyse de la situation s'avère différente pour les États qui, comme la France, retiennent que le droit de divulgation est un droit moral et que les liens vers une contrefaçon est illicite.

586. La jurisprudence française n'a pas été amenée à se prononcer sur la question de la divulgation d'une œuvre par un lien, et la jurisprudence européenne est inexistante sur la question étant donné que la directive 2001/29/CE n'assure aucune protection des droits

¹¹⁰² H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », *op. cit.*, p. 477.

¹¹⁰³ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enter.*, 471 U.S. 539 (1985).

¹¹⁰⁴ 17 U.S.C. §107 : « *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* ».

¹¹⁰⁵ *Harper & Row, Publs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218, 85 L. Ed. 2d 588, 1985 U.S. LEXIS 17, 225 U.S.P.Q. (BNA) 1073, 53 U.S.L.W. 4562, 11 Media L. Rep. 1969 (U.S. 1985).

¹¹⁰⁶ P. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique – 1° propriété des créateurs », Dalloz, Répertoire de droit civil, 783.

¹¹⁰⁷ Le titulaire du *copyright* peut ne pas être l'auteur lorsqu'il a cédé ses droits. Voir 17 U.S.C. 201(d)(2).

¹¹⁰⁸ G. DWORKIN, « *Moral rights and the Common Law Countries* », *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, 1993, p. 85.

moraux et se contente d'un renvoi à la convention de Berne. Il y a donc lieu d'appliquer les solutions françaises en vigueur jusqu'aux arrêts *Svensson*¹¹⁰⁹ et *GS Media*¹¹¹⁰. Ainsi, avant que la CJUE ne se prononce, la jurisprudence française avait établi un principe général d'interdiction de lier vers des contenus illicites¹¹¹¹. Il y a lieu de continuer à appliquer ce principe en matière de droit moral étant donné que le principe de subsidiarité n'a pas retiré cette compétence au droit français qui reste souverain en la matière. Dès lors, l'établissement d'un lien vers une page contenant une œuvre en violation du droit de divulgation de son auteur sera illicite. La situation est différente en droit américain non seulement parce que le droit de divulgation est inconnu, mais aussi parce que l'arrêt *Perfect 10 v. Google*¹¹¹² a retenu que, conformément au *server test*, un hyperlien ne communique pas les œuvres au public. Dès lors, le droit de *display* et de *performance* n'ont pas vocation à s'appliquer et il ne sera donc pas possible de trouver un équivalent fonctionnel, même partiel, au droit de divulgation en droit américain.

587. Le droit des marques américain a momentanément et partiellement convergé vers le droit français entre 1969 et 2003. Il a en effet interdit l'apposition des noms des auteurs sur une publication non autorisée¹¹¹³. Une telle publication constituait une fausse publicité car il ne s'agissait pas d'un produit que l'auteur a voulu mettre sur le marché. La publication trompait donc sur la réelle implication de l'auteur dans la création. L'objectif de cette règle divergeait profondément du droit français. Il ne s'agissait pas de protéger l'auteur contre la divulgation de ses œuvres mais d'assurer aux consommateurs qu'aucun produit ne serait mis sur le marché sans l'accord du producteur. Ainsi, alors que le droit français confère à l'auteur ou à ses ayants-droits les droits moraux le droit américain en a confié un *ersatz* au producteur. Les bénéficiaires des règles n'étaient pas les mêmes car le producteur est celui qui crée matériellement un produit. Il peut donc être différent de l'auteur qui conçoit intellectuellement une œuvre. Malgré la faible protection accordée aux intérêts moraux des auteurs, l'arrêt *Dastar*¹¹¹⁴ a marqué un retour à une conception plus rigoureuse du *Lanham Act*. L'arrêt a en

¹¹⁰⁹ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

¹¹¹⁰ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*.

¹¹¹¹ Voir supra n°530 et 535.

¹¹¹² *Perfect 10 v. Google, Inc., et al.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

¹¹¹³ *Williams v. Weisser*, 273 Cal. App. 2d 726, 78 Cal. Rptr. 542, 163 U.S.P.Q. 42 (2d Dist. 1969) ; *Radio Today, Inc. v. Westwood One, Inc.*, 684 F. Supp. 68 (S.D.N.Y. 1988) ; *U.S. Media Corp., Inc. v. Eddie Entertainment, Inc.*, 40 U.S.P.Q. 2d 1581 (S.D.N.Y. 1996).

¹¹¹⁴ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 123 Ct. 2041, 2046, 156 L. Ed. 2d 18, 66 U.S.P.Q.2d 1641, 1645 (U.S. 2003).

effet retenu que la loi sur les marques ne s'applique qu'en cas de risque de confusion sur l'origine matérielle du produit. Le droit américain ne protège donc pas l'origine intellectuelle d'une œuvre comme le fait le droit moral français.

588. Le droit de divulgation français limite l'accès à la culture et permet aux auteurs de circonscrire l'idéal libertaire des Pères Fondateurs de l'internet. Les auteurs peuvent donc bénéficier du médium de l'internet sans en accepter le fonctionnement. L'approche française constitue néanmoins un mal nécessaire car toute œuvre non divulguée par l'auteur risque de ne pas être achevée. Or, la divulgation d'une œuvre incomplète risque de tromper le public sur la philosophie et l'intention de l'auteur. Le public gagne donc à avoir la patience d'attendre que l'auteur daigne divulguer son œuvre. La distinction entre les droits français et américain risque cependant d'avoir une portée pratique limitée à cause de la culture de la rapidité que véhicule l'internet. Les auteurs sont en effet encouragés à communiquer le plus rapidement possible des œuvres afin de satisfaire la voracité informationnelle du public. Il n'y a pas lieu de le regretter *a priori* bien que cette tendance ait pour conséquence d'amener les auteurs à publier des œuvres parfois incomplètes intellectuellement. Ainsi, cette culture de la rapidité videra souvent le droit de divulgation de son sens en ce qu'il permet à l'auteur de conserver l'œuvre dans son giron jusqu'à ce qu'il la considère présentable. L'effectivité du droit de divulgation ne relève donc plus du pouvoir du législateur mais de la demande du public de l'internet qui pourrait également réduire quasiment à néant l'effectivité du droit de retrait et de repentir. Il n'y a là rien de nouveau car l'entrée en masse du public dans un type de création artistique a, depuis l'Antiquité¹¹¹⁵, tendance à être façonnées par des conceptions autres qu'intellectuelles.

Paragraphe 2 : Le droit de retrait et de repentir

589. Le droit de retrait et de repentir est la possibilité, pour l'auteur, de retirer un ou plusieurs droits d'exploitation accordés¹¹¹⁶ lorsque la communication de l'œuvre ne lui paraît

¹¹¹⁵ PLINE LE JEUNE, « *Lettres* », IX, 34 ; I. DIU, E. PARINET, « Histoire des auteurs », Perrin, 2013, p. 26.

¹¹¹⁶ LEROY, « *Le droit de repentir* » J.T., 1979, p. 210, n°7.

plus opportune¹¹¹⁷. Ce droit constitue le pendant du droit de divulgation¹¹¹⁸ car il permet d'y mettre un terme. L'objectif du droit de retrait ou de repentir est en effet de limiter les effets pour le futur de la publication de l'œuvre¹¹¹⁹.

590. Ce droit n'est pas mentionné à l'article 6bis de la convention de Berne. Cette absence a fait obstacle à une harmonisation internationale qui se justifie sans doute par son manque d'universalité. En effet, seuls certains pays de droits continentaux l'ont adopté¹¹²⁰. Parmi eux, le droit français s'avère particulièrement protecteur des auteurs dans la mesure où le droit de retrait ou de repentir est large car son champ d'application n'est limité que par la théorie de l'abus de droit¹¹²¹. La France se place ainsi dans le groupe des États les plus respectueux des intérêts intellectuels des auteurs¹¹²². À l'opposé de ce groupe certains pays ne reconnaissent aucun droit de retrait ou de repentir. Il s'agit notamment des droits américain¹¹²³, indien¹¹²⁴ et belge¹¹²⁵. La Cour Suprême américaine estimerait sans nul doute, conformément à sa jurisprudence¹¹²⁶, que le droit de retrait ou de repentir est inconstitutionnel car il limite la

¹¹¹⁷ C. DOUTRELEPONT, « *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* », Bruylant, 1997, p. 336, 529.

¹¹¹⁸ C. DOUTRELEPONT, « *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* », *ibidem.*, p. 180, 242.

¹¹¹⁹ C. DOUTRELEPONT, « *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* », *ibidem.*, p. 336, 530.

¹¹²⁰ Allemagne : §42 UrhG.

Croatie : article 17 *Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima i Djela o izmjenama i dopunama zakona o autorskom pravu i srodnim pravima* (OG NN. 167/2003, 79/2007, 80/2011, 141/2013, 127/2014).

Italie : articles 142 à 143 *della legge del 22 aprile 1941 n°633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

¹¹²¹ Cass. 1re civ., 14 mai 1991, Chiavarino : JCP G 1991, II, 21760, F. Pollaud-Dulian ; RIDA 1/1992, p. 272, note P. SIRINELLI.

¹¹²² L'Allemagne (article 42.1 de la *Urheberrechtsgesetz* de 1965), l'Espagne (article 14.6° du *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*) ainsi que la Grèce (article 4 §1 de la Νόμος 2121/1993, Πνευματική Ιδιοκτησία, Συγγενικά Δικαιώματα και Πολιτιστικά Θέματα) permettent également à l'auteur de retirer son œuvre lorsque ses convictions ont évolué.

¹¹²³ J.C. GINSBURG, J.M. KERNOCHAN, « *Questionnaire on Moral Rights* », *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, 1993, p. 200.

¹¹²⁴ Inde : article 57 du *Copyright Act* indien.

¹¹²⁵ La Belgique (Rapport de Clerck, Doc. Parl. Chambre, 473/33-91/92, S.E., 17 mars 1994, n°3.4).

¹¹²⁶ *Kingsley v. Regents of the Univ. Of New York*, 360 U.S. 684, 79 S. Ct. 1362, 3 L. Ed. 2d 1512, 1959 U.S. LEXIS 662 (U.S. 1959): l'arrêt a retenu qu'un film ne peut être interdit uniquement pour le message qu'il véhicule.

liberté d'expression des tiers non pas de façon neutre¹¹²⁷ mais bien à cause du message exprimé. L'approche du droit de retrait et de repentir est donc hétérogène à cause des difficultés qu'ils soulèvent, notamment en ce qui concerne l'économie des contrats¹¹²⁸ et l'accès à la culture.

591. En effet, en imposant le retrait des œuvres du marché, il met un terme à la critique¹¹²⁹ et à l'accès aux informations. Il peut même aboutir à un appauvrissement culturel dans la mesure où les auteurs ne pourraient s'inspirer d'œuvres retirées du marché. Lorsque le droit de repentir ou de retrait est appliqué aux liens il a effectivement pour conséquence de bloquer l'accès à l'œuvre en tant que forme protégée, mais aussi à l'idée que l'œuvre véhicule. Le droit français, en application du principe général¹¹³⁰ d'interdiction de lier vers des contenus illicites, et à l'inverse du droit américain, permet donc de bloquer *de facto* l'accès à une idée qui circulait avant que l'auteur n'exerce sa prérogative. Il s'agit d'une faiblesse du droit de retrait qui n'a abordé que la question du préjudice du cessionnaire, en obligeant l'auteur à l'indemniser du préjudice subi, sans prendre en compte le dommage subi par le public car ce dernier n'a pas de mandataire. Cette absence nous semble critiquable étant donné que la question de l'accès à l'information est devenue une demande primordiale de la société.

592. Les droits de retrait et de repentir semblent de prime abord impossible à exercer sur l'internet. Le réseau est en effet doté d'une « mémoire gigantesque qui repousse l'oubli¹¹³¹ ». Cependant, malgré les difficultés techniques que le droit de retrait affronte, il aura vocation à s'appliquer car l'internet ne constitue pas un espace de non-droit. Les ayants droit auront simplement plus de difficulté à obtenir un retrait total que dans le monde analogique.

593. La conception romantique du droit français nous semble incomplète. En effet, certains droits, dont le droit irlandais¹¹³², assurent une forme de protection des droits moraux par le

¹¹²⁷ *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37, 103 S. Ct. 948, 74 L. Ed. 2d 794, 1983 U.S. LEXIS 130, 51 U.S.L.W. 4165, 112 L.R.R.M. 2766 (U.S. 1983); S.H. WILLIAMS, « Content Discrimination And The First Amendment », 139 U. Pa. L. Rev. 615, janvier 1991, 616.

¹¹²⁸ C. DOUTRELEPONT, « *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* », Bruylant, 1997, p. 349, 552.

¹¹²⁹ C. CLARK, « *Moral Rights* », *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, 1993, p. 255.

¹¹³⁰ Voir supra n°586.

¹¹³¹ N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD, « *Les moteurs de recherche, maître ou esclaves du droit à l'oubli numérique ?* », *Recueil Dalloz* 2014, p. 1481, 4.

¹¹³² R. CLARK, « *Ireland* », *Copyright Software Protection in the EC*, Kluwer, 1993, p. 2.

« *right to privacy*¹¹³³ ». Les droits moraux français pèchent donc par l'absence de prise en compte du droit à la vie privée alors que les deux droits se complètent. Appliquée aux hyperliens, la possibilité de retirer des œuvres sur l'internet pose la question plus générale du droit à l'oubli sur le réseau. Il s'agit d'un droit uniquement européen et inconnu aux États-Unis¹¹³⁴. Les auteurs peuvent ainsi solliciter des moteurs de recherche la suppression de liens vers des contenus les concernant sur le fondement du droit à l'oubli¹¹³⁵ conformément à la directive 95/46 relative aux libertés et droits fondamentaux des personnes physiques. Cette directive vise à assurer le respect de la vie privée des personnes physiques uniquement. Les juges de Luxembourg¹¹³⁶ l'ont interprété comme le fondement du droit à l'oubli d'un fait révolu n'étant plus d'actualité. Le droit américain se contente d'un droit à la vérité¹¹³⁷ qui s'avère bien différent dans la mesure où il ne permet pas de retirer des contenus qui s'avèrent dépassés mais uniquement ceux contraires à la vérité. La différence d'approche reflète les divergences traditionnelles en matière de respect de la vie privée¹¹³⁸ et de liberté d'expression. Dès lors, le droit américain n'offre pas d'outil juridique équivalent au droit de retrait ou de repentir français et n'assure pas la même protection de la vie privée que le droit européen. Il en résulte que les œuvres mises en ligne ne peuvent être supprimées si l'auteur change d'opinion.

594. Les auteurs risquent cependant de rencontrer des difficultés lors de l'exercice du droit au retrait. En effet, la société Google ne fait pas preuve de transparence sur la procédure suivie. Face au grondement des critiques, elle a dévoilé¹¹³⁹ quelques informations sur la méthodologie suivie sans ouvrir les archives des décisions. Le système reste néanmoins largement opaque. Les auteurs auront toutefois la possibilité de saisir un tribunal de grande instance afin que soit ordonné le déréférencement d'une page. Cependant, les juges effectuent un examen de la demande de suppression du lien à la lumière de la liberté d'information et

¹¹³³ Le droit à la vie privée. Voir C. DOUTRELEPONT, « *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* », Bruylant, 1997, p. 213, 300.

¹¹³⁴ S.C. BENNETT, « *The 'Right to be Forgotten': Reconciling EU and US Perspectives* », 30 Berkeley J. Int'l L. 161, 2012.

¹¹³⁵ CJUE, 13 mai 2014, Google Spain SL c. AEPD, C-131/12.

¹¹³⁶ CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain, Google Inc. c. AEPD, Mario Costeja Gonzalez.

¹¹³⁷ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

¹¹³⁸ R.J. PELTZ-STEELE, « *The New American Privacy* », 44 Geo. J. Int'l L. 365, hiver 2013. Les modèles européen et américain commencent à converger en terme de respect de la vie privée mais la question du respect des données sur internet constitue encore une pomme de discorde.

¹¹³⁹ L. FLEISHER, « *How Google's Top Minds Decide What to Forget* », The Wall Street Journal, 12 mai 2015, accessible à : http://www.wsj.com/article_email/how-googles-top-minds-decide-what-to-forget-1431462018-1MyQjAxMTE1MjEzZmJExNDI5Wj (dernier accès: 19/05/2015).

rejetent ainsi la désindexation lorsque l'intérêt du public à obtenir l'information est fort. Cette approche risque de limiter le droit au retrait d'un auteur. En effet, lorsque le contenu d'une œuvre sera relatif à une information représentant un intérêt public les auteurs risquent de se voir dépossédés de leurs œuvres. Dans une telle hypothèse la seule solution sera de créer une autre œuvre contenant les mêmes informations afin de remplacer celle qu'ils voulaient retirer. Cela implique un devoir d'offrir une œuvre au public dès lors qu'elle contient un intérêt public. Nous sommes donc loin de la conception personnaliste du droit d'auteur du 19^e siècle et nous penchons - peut-être déraisonnablement - en faveur du public. Il ne semble pas en effet que les auteurs aient une telle dette envers la société.

595. En outre, la directive n'a vocation à s'appliquer que sur le territoire de l'Union Européenne et, par extension, sur l'internet qui y est accessible. Les moteurs de recherche accessibles depuis le territoire européen sont ainsi tenus d'appliquer le droit à l'oubli. Cependant, le droit à l'oubli ne s'étend pas aux moteurs de recherche accessibles aux Etats-Unis régis par le droit américain. Il s'en suit que les informations ne sont que partiellement oubliées sur l'internet. Les auteurs n'auront donc aucun outil, en dehors du *tort law*, afin de solliciter la suppression de liens menant vers leurs œuvres depuis les moteurs de recherche à destination des internautes extra-communautaires. Or, la logique du *tort law* est différente car elle sanctionne un préjudice causé à individu et ne permet pas à l'auteur d'exercer un droit dans une mesure proportionnée aux intérêts de la société. Les auteurs devront ainsi prouver qu'ils ont subi un *tort* de diffamation - qui consiste en la publication d'un discours visant à porter atteinte à la réputation d'une personne¹¹⁴⁰ - notamment afin de solliciter le retrait du lien. Il sera par conséquent plus difficile d'obtenir le retrait d'un lien aux Etats-Unis qu'en Europe et en France.

596. L'application du droit de retrait et de repentir se trouve donc limité sur l'internet à cause de la fondamentalisation des droits européens qui oblige à une mise en balance de droits fondamentaux et de la rencontre avec les systèmes juridiques étrangers et notamment américain. L'accès à la culture ne sera donc que partiellement limité par le droit au retrait car l'œuvre échappe toujours en partie à l'auteur lorsqu'elle se trouve sur internet. La

¹¹⁴⁰ J.B. LAKE, « *Restraining False Light: Constitutional and Commonw Law Limits on a 'Troublesome Tort'* », 61 Fed. Comm. L.J. 625, juin 2009.

réintroduction du temps court et de l'oubli¹¹⁴¹ par la CJUE n'est donc que partielle et ne permet pas aux auteurs de jouir pleinement du droit de retrait et de repentir.

597. Le droit moral ne constitue donc qu'un frein limité à l'accès à la culture à cause de ses difficultés d'applications et de son manque de reconnaissance aux États-Unis. Outre les prérogatives relatives au contrôle de la circulation de l'œuvre les droits moraux recouvrent des fonctions de soutien à l'accès à la culture.

Sous-Section 2 : Le droit moral comme soutien à l'accès à la culture

598. Le droit moral, en ce qu'il assure une présentation de l'œuvre conforme à son environnement intellectuel, améliore l'accès à la culture du public. Les obligations que les droits moraux mettent à la charge des tiers permettent d'éviter des situations telle que celle qui s'est produite aux États-Unis lorsque Bruce Springsteen a écrit sa chanson « *Born in the USA* » critiquant le mauvais accueil réservé aux vétérans de la guerre du Vietnam, mais qui a été reprise par des groupes nationalistes. À cause de cette utilisation de l'œuvre dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur, Bruce Springsteen véhicule une image nationaliste éloignée de l'objectif de sa chanson, mais il n'a eu aucun recours¹¹⁴².

599. Le droit moral facilite l'accès au nom de l'auteur (Paragraphe 1), dont la connaissance influe sur la compréhension de l'œuvre. En outre, il permet de visualiser l'œuvre dans un contexte permettant de comprendre son esprit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le droit de paternité face aux liens

¹¹⁴¹ N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD, « *Les moteurs de recherche, maître ou esclaves du droit à l'oubli numérique ?* », Recueil Dalloz 2014, p. 1481, 4.

¹¹⁴² R. TUSHNET, « *Legal Fictions : Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law* », 17 Loy. L.A. Ent. L.J. 651, 1997, 675-676.

600. Le droit à la paternité est le résultat d'une lente évolution de la place de l'auteur en Europe. Alors qu'il était souvent effacé pendant l'Antiquité et que les œuvres étaient reprises par plusieurs orateurs - comme pour l'Iliade et l'Odyssée - l'auteur commence à apparaître en tant qu'individualité à la fin du Moyen-Âge¹¹⁴³. Ainsi Dante se fait nommer par sa femme au chant XXX du Purgatoire¹¹⁴⁴. La place de l'auteur s'est faite de plus en plus pressante jusqu'à notamment l'affirmation de l'individualité de Rousseau¹¹⁴⁵ puis du mouvement romantique. L'établissement d'une liaison entre l'auteur et son œuvre permet d'informer le public quant à son origine intellectuelle. Cela permet de contextualiser l'approche intellectuelle de l'auteur et assure par conséquent une meilleure compréhension de l'œuvre.

601. La tradition religieuse juive a également acté l'importance de l'individualité de l'auteur. Le droit juif antique¹¹⁴⁶ avait en effet imposé aux lecteurs du Tamuld de prendre connaissance du nom de l'auteur à l'origine des mentions ajoutées. Les auteurs avaient donc l'obligation de mentionner leur nom près de leurs écrits afin que les lecteurs comprennent l'origine des principes. Le droit de paternité a donc une dimension informative et contextualisante.

602. Cette nécessité intellectuelle a été prise en compte par le droit international. En effet, la convention de Berne énonce à l'article 6bis que les auteurs jouissent du droit de paternité. Cette prérogative consiste à pouvoir établir la liaison entre l'auteur et son œuvre. Le droit de paternité fait donc partie du dénominateur commun des législations des États ayant adhéré à la convention de Berne. Cependant, tous les États n'ont pas adopté la même législation en la matière.

603. Le droit français reconnaît, outre le droit de paternité tel que conçu dans la convention de Berne dans sa dimension positive, le droit de garder l'anonymat ou d'utiliser un pseudonyme¹¹⁴⁷ qui en constituent le versant négatif. Ces droits pourront dans certains cas renforcer sa liberté d'expression¹¹⁴⁸. Le droit américain adopte en revanche une logique duale

¹¹⁴³ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », 2013, Tempus, p. 38, 42, 46, 48.

¹¹⁴⁴ DANTE, « *La Divine Comédie - Le Purgatoire* », c. 1308, Flammarion, 2005, p. 277.

¹¹⁴⁵ J.J. ROUSSEAU, « *Les Confessions* », 1782, Ellipses.

¹¹⁴⁶ R. WATT, « *Copyright and Economic Theory* », Edward Elgar Publishing, 2000, p. 18-19.

¹¹⁴⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 816.

¹¹⁴⁸ Le maréchal Foch a ainsi publié sous un pseudonyme afin de ne pas enfreindre son devoir de réserve (G. BONET, « *L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique* », thèse, Paris, 1966, p. 8), ou encore Noël du Fail dans les Baliverneries qui a écrit sous le nom de Léon

en appliquant le droit des marques ainsi que le *Visual Artists Rights Act* (VARA). Le droit des marques fait obstacle à l'introduction d'un droit à l'anonymat aux États-Unis étant donné que cela empêcherait la connaissance de l'origine du produit. En revanche, aucune distinction n'est effectuée entre l'utilisation du nom patronymique ou d'un pseudonyme¹¹⁴⁹ dès lors que cela n'a pas pour effet de tromper le consommateur sur l'origine de l'œuvre. Le VARA a bien introduit un droit de paternité pour les auteurs d'œuvres des beaux arts mais son champ d'application est limité aux originaux. Les reproductions sur internet se trouvent par conséquent exclus du VARA et seules peuvent être incluses les œuvres numériques – c'est à dire les œuvres créées sur ordinateur. Cependant, en l'absence de confirmation jurisprudentielle cette possibilité n'est pas certaine. Le champ d'application du VARA sur internet est donc fortement réduit. Il pourra néanmoins être opposé lorsque les œuvres liées sont originales.

604. Une partie de la doctrine américaine¹¹⁵⁰ soutient néanmoins l'extension du périmètre d'application du droit d'attribution. Il est notamment demandé la reconnaissance du recours aux outils numériques, dont les hyperliens, afin de satisfaire le droit d'attribution. Malgré cet appel, la position du droit américain ne devrait pas changer en la matière et le gouffre avec le droit français n'est pas prêt à se resserrer. À défaut d'application de la loi spéciale qu'est le VARA il y aura lieu d'appliquer la loi générale qu'est le *Lanham Act*.

605. Les liens constituent d'excellents outils de liaisons entre des idées, des personnes ou encore des œuvres. Ils sont donc en mesure de renforcer l'effectivité du droit à la paternité car ils offrent la possibilité de renvoyer vers une page complète présentant l'auteur avec précision. Une œuvre pourra donc être liée à une fiche bibliographique, ce qui permettra à l'auteur d'être mieux connu de son public. Cependant, si les liens peuvent effectuer une liaison correcte entre l'auteur et son œuvre (I), certaines liaisons peuvent s'avérer erronées (II).

Ladulfi, ou François Rabelais qui écrit *Pantagruel* sous le nom de plume d'Alcofribas Nasier (I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 51).

¹¹⁴⁹ J.T. MCCARTHY, « *Trademark* », Thomson West, 2004, vol. 2, §10:10.

¹¹⁵⁰ J. D. LIPTON, « *Moral Rights and Supernatural Fiction: Authorial Dignity and the New Moral Rights Agendas* », 21 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 537, 562-77 (2011).

I) La liaison correcte entre l'auteur et son œuvre

606. L'établissement d'une liaison correcte entre l'auteur et son œuvre est globalement protégé en droit français et américain. Cependant, les approches des deux droits s'opposent fortement. Le droit français impose en effet un principe de proximité (A) et de précision (B) qui n'est que très partiellement suivi par le droit américain.

A) Le principe de proximité

607. L'obligation de proximité entre le nom de l'auteur et son œuvre se limite à l'internaute à l'origine de la reproduction ou de la représentation de l'œuvre (1) et ne s'étend pas aux créateurs de liens vers une œuvre dont ils ne sont pas cessionnaires (2).

1) Le respect du lien de paternité par l'établissement d'un lien

608. L'obligation de mentionner le nom de l'auteur à proximité de son œuvre est traditionnelle en droit français. Cette obligation faite aux cessionnaires les amène à mentionner le nom de l'auteur ou son pseudonyme, lorsque cela ne pouvait être fait sur l'œuvre elle-même, dans son espace de présentation au public¹¹⁵¹. Le nom de l'auteur d'une pièce de théâtre n'a donc pas à être mentionné au-dessus de la scène dès lors que son nom est visible dans le théâtre. Cette obligation n'est opposable aux Etats-Unis que pour les œuvres protégées par le VARA qui présente un très faible intérêt sur l'internet. Cependant, à la différence du droit français, le droit américain n'accepte pas que le nom de l'auteur soit simplement mentionné dans l'espace de présentation de l'œuvre puisqu'elle doit être signée. Le manque de souplesse du droit américain se justifie par la volonté de limiter le champ d'application du VARA en établissant un nombre relativement important de conditions cumulatives. Le VARA ne permet donc pas d'assurer le respect du droit de paternité par les

¹¹⁵¹ CA Paris, pôle 5, 2e ch., 1er oct. 2010, préc., n° 12. – Comp. TGI Paris, 3e ch., 14 févr. 2003 : RIDA 3/2003, p. 311.

liens. Seul le *Lanham Act*, avec une *ratio legis* commerciale, aura vocation à s'appliquer au lien entre le producteur et l'œuvre. Les jurisprudences des deux pays, faisant application de leurs solutions traditionnelles, ont donc adopté des solutions divergentes.

609. En France, le TGI de Paris¹¹⁵² a explicitement rejeté la légalité d'un lien externe¹¹⁵³ - c'est à dire d'un lien menant vers une page internet se trouvant sur un site tiers - menant vers le nom de l'auteur. Il a été retenu que le lien « ne permet pas à la défenderesse de respecter le droit à la paternité des auteurs dès lors qu'il oblige l'internaute à se diriger vers le site d'un tiers ». Si cette solution est suivie, les juges devraient retenir que la création d'un lien interne au site satisfait le droit de paternité. La solution aurait été tout à fait différente si les juges américains avaient été saisis. En effet, le caractère interne ou externe d'un lien n'induit pas en soi de risque de confusion pour les consommateurs au sens de la section 43(a) du *Lanham Act*. Ce ne sera que lorsque la liaison établie constitue une publicité trompeuse que le lien sera considéré comme illégal, mais cela reste indépendant du caractère interne ou externe du lien.

610. Les solutions sont classiques. En effet, la jurisprudence française accepte que le nom de l'auteur ne soit pas mentionné sur l'œuvre, ce qui serait techniquement impossible pour certaines œuvres, mais elle impose qu'il apparaisse dans le périmètre physique de reproduction ou de représentation de l'œuvre. Ainsi, la mention du nom de l'auteur dans un livre¹¹⁵⁴ ou au sein d'un théâtre¹¹⁵⁵ où la pièce se joue satisfait au respect du droit à la paternité. Pour la jurisprudence française, le site internet correspond au cadre de représentation d'une œuvre et doit par conséquent être considéré comme l'équivalent d'un théâtre ou d'un livre. La jurisprudence traditionnelle postule donc la légalité de la mention du nom de l'auteur sur le site sans que celle-ci apparaisse sur la page où se trouve l'œuvre.

611. Ce raisonnement est fondé sur une analogie critiquable. En effet, il n'y a aucune raison de limiter l'espace sur lequel doit être mentionné le nom de l'auteur au site où elle est reproduite. Il aurait en revanche été cohérent, conformément à l'arrêt *Svensson*¹¹⁵⁶, de retenir

¹¹⁵² TGI Paris, 6 juin 2008, 3^e ch., 2^e section, n° de RG : 08/05391, Legalis.

¹¹⁵³ Un lien externe mène vers une page extérieure au site où se trouve l'ancre.

¹¹⁵⁴ Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, fasc. 1214, 5 septembre 2014, 16.

¹¹⁵⁵ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 1^{er} oct. 2010, préc., n° 12. – Comp. TGI Paris, 3^e ch., 14 févr. 2003 : RIDA 3/2003, p. 311 : l'arrêt précise que la mention du nom de l'auteur peut être apposée « sur quelque support que ce soit, qu'il s'agisse de l'affiche de la pièce, du programme, des billets ou des cartons d'invitation ».

¹¹⁵⁶ CJUE, 13 février 2014, C-466/12.

que les internets ouverts et fermés constituent des espaces différents¹¹⁵⁷ et que le nom de l'auteur doit apparaître sur le même espace que l'œuvre. Le droit américain est de ce point de vue plus cohérent car il ne distingue pas entre les liens internes et externes. Les juges français ont voulu transposer les principes du monde analogique au monde numérique sans réaliser, à l'inverse du juge européen, que l'internet n'est constitué que de deux types d'espaces : l'internet ouvert et l'internet fermé.

612. Le droit français a donc introduit un critère de proximité en imposant au créateur de lien de mener vers une page interne du site, alors que le véritable critère devrait être celui de l'accessibilité du nom de l'auteur par rapport à l'œuvre. La jurisprudence effectue ainsi une analogie hasardeuse entre un théâtre et un site internet alors que la dimension physique fait défaut pour le site internet. Or, peu importe que le nom de l'auteur se situe à proximité de l'œuvre ou sur un serveur qui se situe à l'autre bout du monde, ce qui importe pour l'auteur et son public est de respecter la liaison intellectuelle entre le nom de l'auteur et son œuvre. Le droit français ne tire donc pas les conséquences de son raisonnement et devrait aller au bout du principe de l'accessibilité du nom sur les supports numériques en imposant aux internautes de mentionner le nom de l'auteur sur la page où se trouve l'œuvre. En outre, si la page internet contient plusieurs œuvres la paternité de l'œuvre devrait être facilement accessible et non ambiguë. Toute solution contraire péserait indubitablement sur les intérêts des auteurs étant donné que la présentation du nom de l'auteur sur une autre page constitue une simple facilité et non pas une nécessité technique pour les internautes. Le droit américain évite cette difficulté dans la compréhension du droit de paternité quitte à ne pas assurer de protection du droit de paternité des auteurs.

613. La jurisprudence américaine¹¹⁵⁸ est cependant arrivée à un constat relativement similaire à la solution française en retenant que les liens ne permettent pas de respecter le formalisme des *copyright management informations* qui sont composées du nom et autres informations permettant d'identifier le titulaire du *copyright* d'une œuvre¹¹⁵⁹. Cependant, les *copyright management informations* n'identifient pas forcément le créateur de l'œuvre mais le

¹¹⁵⁷ Surtout lorsqu'un lien est créé entre l'internet ouvert et un espace privatisé. En effet, tous les internautes n'auront pas accès à cet espace et ils n'auront donc pas accès au nom de l'auteur.

¹¹⁵⁸ *IQ Group v. Wiesner Publ'g, Inc.*, 409 F. Supp. 2d 587, 2006 U.S. Dist. LEXIS 733, 78 U.S.P.Q.2D (BNA) 1755, Copy. L. Rep. (CCH) P29,111 (D.N.J. 2006).

¹¹⁵⁹ B.A. LEHMAN, « *Intellectual Property And The National Information Infrastructure* », 1995, p. 235, accessible à <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf> (dernier accès: 3/10/2016); P. SAMUELSON, « *The Copyright Grab* », 29 U. West. L.A. L. Rev. 165, 1998, 172.

titulaire des droits. Lesdites informations peuvent par conséquent viser le cessionnaire et non pas l'auteur. Les bénéficiaires des protections ne sont donc pas toujours les mêmes. En outre, alors que le droit moral français protège les intérêts intellectuels du public, les *copyright management informations* visent à protéger les intérêts des consommateurs¹¹⁶⁰. Le *White Paper* relatif aux *copyright management informations* a néanmoins souligné qu'elles pouvaient permettre au public de connaître l'auteur à l'origine de la création. La dimension sociale des droits moraux apparaît donc au grand jour aux Etats-Unis mais la réticence au droit moral fait obstacle à la prise en compte des intérêts du public. L'écart entre les deux systèmes reste important.

2) L'indifférence du respect du droit de paternité par le créateur d'un lien

614. Le droit de paternité ne pourra en revanche être opposé au créateur d'un lien vers un site externe en droit français. En effet, dès lors que le créateur du lien ne reproduit ni ne représente l'œuvre, il n'a pas l'obligation d'établir la filiation entre l'auteur et son œuvre. Ce principe devrait être suivi pour la majorité des liens.

615. Il risque cependant d'en aller différemment lorsqu'un créateur de lien crée un cadre. Dans une telle hypothèse, l'œuvre apparaît sur la page contenant l'ancre sans que l'internaute n'ait besoin de cliquer pour se rendre sur la page cible. Dès lors, le principe d'accessibilité du nom de l'auteur commande au créateur de lien de mentionner le nom près du cadre ou du moins à un emplacement directement accessible. Il nous semble qu'il en ira ainsi lorsque le lien présente une fonction active car la Cour de cassation¹¹⁶¹ a considéré que dans une telle situation le créateur de lien appliquait le droit de reproduction. Dès lors que les juges appliquent le droit de reproduction à un tel système il y a lieu de penser qu'ils appliqueront également les droits moraux. La solution est moins certaine lorsque le lien ne présentera pas une fonction active mais que l'œuvre pourra être visualisée depuis le site source. Il est possible que la jurisprudence française appliquera le droit de paternité dans une telle situation

¹¹⁶⁰ B.A. LEHMAN, « *Intellectual Property And The National Information Infrastructure* », 1995, p. 235, accessible à <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf> (dernier accès: 3/10/2016).

¹¹⁶¹ Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n° de pourvoi : 11-13669.

car elle se montre protectrice des droits moraux des auteurs, mais l'incertitude demeurera tant que les juges n'auront pas été saisis de la question.

616. Le droit français converge donc en grande partie vers le droit américain en ce qu'il n'impose pas aux créateurs de liens de respecter le droit de paternité, sauf lorsque l'œuvre pourra être visualisée sur le site source. Il n'y a cependant pas lieu d'y voir une discrimination envers ce type de lien mais une prise en considération des spécificités de la présentation qu'il implique.

617. L'intérêt de ces solutions est d'effectuer un renversement de paradigme en rendant l'auteur actif¹¹⁶² dans la protection de son lien de filiation avec son œuvre. En effet, si le site cible a une présentation originale ou que le nom de l'auteur est présent régulièrement sur chaque page, il n'y aura pas de risque d'erreur sur la paternité ou de confusion. Certains sites, dont celui de la chaîne CNN, encouragent par ailleurs à la création de liens vers leurs pages car leur présentation fait obstacle à tout risque de confusion¹¹⁶³.

618. En outre, l'internet étant un dédale, il est nécessaire que la liaison entre le nom de l'auteur et son œuvre soit précise.

B) L'obligation de précision

619. Les cessionnaires ont l'obligation de mentionner clairement, c'est à dire avec précision, la paternité d'une œuvre. La doctrine s'interroge particulièrement sur le risque d'absence de précision lors de l'utilisation de liens cadres¹¹⁶⁴. En effet, l'utilisation de ce type de lien permet d'incorporer des éléments du site lié sur le site source, créant ainsi une confusion entre les deux sites. Les éléments autour du contenu lié peuvent notamment constituer un facteur de confusion entre les deux sites. Ainsi, si ces éléments du site source entourent le contenu du site cible, le risque de confusion entre les deux sites est important. Le

¹¹⁶² BROUDOUX, Evelyne. Autoritativité, support informatique, mémoire. In Archive Ouverte en Sciences de l'Information et de la Communication, @rchivesic, novembre 2003, 11.

¹¹⁶³ CNN, « Help/RSS », accessible à <http://edition.cnn.com/help/rss.html> (dernier accès: 4/11/2014).

¹¹⁶⁴ J.T. MCCARTHY, « *McCarthy on Trademarks* », Thomson West, 2004, Vol. 4, §25 :70.

respect de la paternité de l'œuvre passe donc par une obligation de précision de la part du créateur de lien. Les créateurs de liens devront mentionner le nom de l'auteur sans équivoque.

620. Les droits français et américain ont suivi des trajectoires différentes. Le droit français a adopté une lecture stricte des dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle en imposant une mention précise du nom de l'auteur. La jurisprudence française a ainsi sanctionné le fait de mentionner le nom du directeur de collection de manière équivoque laissant penser qu'il est l'auteur du livre¹¹⁶⁵. Il sanctionne en effet les absences ainsi que les approximations dans la mention de la paternité de l'œuvre par les tiers. Il est donc nécessaire que les cessionnaires des droits d'auteur soient précis dans l'établissement du lien entre l'auteur et son œuvre. Le droit américain en revanche a modifié sa position. Malgré l'indifférence de principe face au droit moral qui prévalait initialement, le droit américain a pendant un temps sanctionné l'absence des noms de certains auteurs ayant participé à la réalisation d'une œuvre¹¹⁶⁶. L'origine du produit était comprise comme intellectuelle et non pas matérielle et s'inscrivait donc dans une logique de droit moral en des termes par ailleurs relativement similaires à ceux de l'article 38 de la loi polonaise du 29 mars 1926¹¹⁶⁷. Le droit américain intégrait donc une approche d'inspiration continentale du droit moral. En outre, les juges avaient rendu obligatoire de mentionner le nom de l'auteur de l'œuvre alors que la section 43(a) du *Lanham Act* ne connaît pas une telle obligation et se contente d'interdire de mentionner des liaisons provoquant une confusion dans l'esprit du consommateur quant à l'origine du produit. La jurisprudence, en effectuant un forçage de la lettre du *Lanham Act*, permettait ainsi au droit américain de rejoindre la solution adoptée en droit français alors que les Etats-Unis n'avaient pas ratifié la convention de Berne¹¹⁶⁸. À cette époque, le droit américain présentait, par rapport au droit français, l'intérêt de placer le public comme titulaire d'un droit de vérité quant à l'origine intellectuelle de l'œuvre. Il introduisait ainsi un droit à l'information et à la culture, alors que le droit français se limitait à la protection des intérêts de l'auteur et la protection du droit à l'information et à la culture n'en était qu'un corollaire.

¹¹⁶⁵ Cass. civ. 1^e, 5 mai 1993 : RIDA 1993, n°158, 205 ; jurisdata n°1993-001043.

¹¹⁶⁶ *Lamothe v. Atlantic Recording Corp.*, 847 F.2d 1403, 7 U.S.P.Q.2d 1249 (9th Cir. 1988).

¹¹⁶⁷ « Le dommage personnel a lieu quand quelqu'un s'arroge la paternité d'une œuvre et s'approprie le nom ou le pseudonyme de l'auteur ; quand il ne cite dans son ouvrage ni l'auteur ni la source à laquelle il a puisé le texte ou des extraits, ce qui est susceptible d'induire en erreur en ce qui concerne l'origine de l'œuvre (nous soulignons) ». Voir É. SILZ, « *Notion juridique de droit moral de l'auteur* », 1933, *Revue trimestrielle de droit civil*, n°2, p. 367.

¹¹⁶⁸ Il est par ailleurs intéressant de noter que l'introduction d'un droit moral aux Etats-Unis était, comme en France au 19^e siècle, le résultat du travail de la jurisprudence.

La jurisprudence américaine n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'établissement de liens vers le nom de l'auteur mais, par mimétisme, elle aurait sans doute retenu la même solution que celle en vigueur pour les mentions de *copyright* à savoir que les liens sont insuffisants pour respecter la mention du titulaire des droits. Le droit américain adoptait donc une approche plus protectrice des auteurs que le droit français car le nom de l'auteur devait apparaître près de l'œuvre.

621. Cependant, l'arrêt *Dastar*¹¹⁶⁹ de la Cour Suprême américaine a mis fin à cette jurisprudence en limitant l'application de la section 43(a) du *Lanham Act* à la confusion sur l'origine du produit. La Cour a retenu que ne sera sanctionnée la mention relative à un produit que si elle a pour conséquence de tromper le consommateur. Ce dernier ne doit pas être trompé quant à son origine entendue comme le lieu de fabrication du produit et non plus comme l'origine intellectuelle de l'œuvre. Les droits français et américain sont donc revenus à leurs différences initiales.

622. La Cour Suprême a ainsi mis un terme au processus d'harmonisation du droit américain avec les droits de tradition civiliste qu'avaient initié les Circuits fédéraux. Le raisonnement de la Cour Suprême est juridiquement irréprochable. Nous regrettons simplement que les juges aient mis fin au mouvement naissant qui aurait permis au droit américain de mieux protéger les auteurs en leur conférant des prérogatives dont la majorité des auteurs jouissent à l'étranger¹¹⁷⁰. Il relève cependant de la compétence du législateur, et non pas du pouvoir judiciaire, d'introduire le droit moral.

623. Cette situation est dommageable pour l'accès à la culture aux Etats-Unis. En effet, de nombreux auteurs sont obligés de faire appel à des tiers afin que soient fabriquées leurs œuvres. Ces auteurs ne bénéficieront donc pas de la protection du *Lanham Act* qui interdit simplement d'induire les consommateurs en erreur sur le fabricant de l'objet sans considération pour la personne l'ayant élaboré intellectuellement. Néanmoins, certains auteurs

¹¹⁶⁹ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 123 Ct. 2041, 2046, 156 L. Ed. 2d 18, 66 U.S.P.Q.2d 1641, 1645 (U.S. 2003).

¹¹⁷⁰ Il est d'autant plus important pour les auteurs européens que les Etats-Unis reconnaissent pleinement les droits moraux que, conformément à la convention de Berne, les auteurs américains en jouissent sur le territoire européen. L'absence de droits moraux aux Etats-Unis crée donc une iniquité en faveur des auteurs américains.

d'œuvres des beaux arts cumulent les qualités d'auteur et de fabricant de leurs œuvres¹¹⁷¹ et devraient à ce titre bénéficier des dispositions du *Lanham Act*. La section 43(a) ne permettra donc de protéger l'attribution des œuvres qu'aux auteurs-fabricants contre les confusions quant à l'origine. Le respect de la section 43(a) par un lien sera donc loin de satisfaire le droit de paternité tel que conçu en France où ce sont les auteurs intellectuels - et non pas les techniciens - qui sont protégés.

624. Les exigences quant à la précision seront donc profondément différentes. Il est ainsi interdit d'indiquer, en droit français, un lien de paternité imprécis ou erroné¹¹⁷². Cette interdiction est d'autant plus large qu'elle s'applique aussi bien aux erreurs involontaires qu'aux fausses attributions volontaires¹¹⁷³ car le droit d'auteur est un régime de responsabilité de plein droit. Néanmoins, dans le premier cas, seule la responsabilité civile sera engagée à cause de l'absence d'élément moral¹¹⁷⁴ faisant obstacle à l'établissement de la responsabilité pénale. Dans le second cas en revanche, les responsabilités civiles et pénales seront opposables au contrefacteur¹¹⁷⁵. Le droit français interdit donc d'établir un lien, même interne, vers une page présentant une paternité erronée ou imprécise. Le droit américain étant revenu à sa position initiale l'établissement d'une paternité erronée est sans conséquence - pour peu qu'elle ne constitue pas un tort *false light*¹¹⁷⁶ ou de appropriation¹¹⁷⁷ - à moins que cela ne crée un risque de confusion. Le droit américain ne sanctionne en revanche la violation de la section 43(a) du *Lanham Act* qu'en imposant des sanctions civiles¹¹⁷⁸ alors que le droit français opposera également des sanctions pénales¹¹⁷⁹.

¹¹⁷¹ Ils risquent néanmoins de bénéficier des dispositions du VARA pour le monde analogique. Les dispositions du Lanham Act ne leur permettront que de mieux se protéger sur l'internet.

¹¹⁷² CA Paris, 13^e ch., 23 mars 1992, RIDA 1993, n° 155, p. 181. ; TGI Paris, 3^e ch., 20 sept. 2011, Giacometti, Propr. intell. 2011, p. 394, obs. A. Lucas.

¹¹⁷³ Les deux situations seront cependant réprimées différemment. Alors que l'erreur ne sera sanctionnée que civilement faute d'élément moral, la fausse attribution volontaire sera sanctionnée civilement et pénalement.

¹¹⁷⁴ L. 121-3 du Code pénal français.

¹¹⁷⁵ Le droit moral peut en effet être sanctionné civilement et pénalement. Voir F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit moral en France à travers la jurisprudence récente* », R.I.D.A., 145, juillet 1990, p. 149.

¹¹⁷⁶ Voir supra n°307.

¹¹⁷⁷ Voir supra n°309.

¹¹⁷⁸ J. LITMAN, « *The Problem of Functional Features : Trade Dress Infringement under Section 43(a) of the Lanham Act* », Columbia Law Review, vol. 82, No. 1, janvier 1982, p. 77.

¹¹⁷⁹ Article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle.

625. La différence de nature des sanctions met en exergue la divergence quant à l'importance des intérêts à protéger. Ainsi, Pouillet écrivait que la substitution du nom de l'auteur par un autre représente l'une « des atteintes les plus graves que sa propriété puisse recevoir¹¹⁸⁰ » et affirmait qu'un tel acte était puni par la loi du 28 juillet 1824 relative au délit d'usurpation d'identité. Désormais le délit d'usurpation d'identité n'aura pas vocation à s'appliquer conformément à l'adage *specialia generalibus derogant* qui ne permettra d'appliquer que le droit de paternité¹¹⁸¹. Le fondement de l'usurpation d'identité n'est donc plus valable mais il permet de comprendre l'origine du droit de paternité dont les racines plonge dans la protection de la personnalité. La violation du droit de paternité constitue donc une atteinte grave aux valeurs du système juridique français. C'est pour cette raison que le droit pénal s'applique en cas de violation volontaire¹¹⁸². Le droit français considère donc que la protection des droits moraux, et notamment de paternité, de l'auteur relève de l'ordre public alors que le droit américain n'y voit qu'un intérêt limité. Pourtant, il existe effectivement un intérêt public à avoir des liaisons exactes entre les auteurs et leurs œuvres.

626. Le droit français accepte néanmoins une légère entorse au principe de précision. En effet, lorsqu'un tiers à l'auteur exprime un doute quant à la paternité d'une œuvre, le droit de paternité n'est pas violé¹¹⁸³. Cette position est fondée sur l'idée que l'expression d'un doute relève de la liberté d'expression. Une indication d'un doute quant à l'exactitude du nom de l'auteur pourra être effectuée près du lien de façon non ambiguë ou encore dans un cadre apparaissant à l'écran à la suite de la sélection du lien et avant d'arriver sur la page cible afin de ne pas violer le droit moral. Cependant cette position nous semble dangereuse pour les auteurs car il suffirait de mentionner qu'il existe un doute sur le nom de l'auteur afin de mentionner n'importe quelle paternité. Cette approche est contraire à l'esprit du droit d'auteur français¹¹⁸⁴. Il semble peu cohérent d'assurer une protection par une autre branche du droit simplement parce que la personne à l'origine de la mention erronée a mentionné une erreur sur sa véracité.

¹¹⁸⁰ E. POUILLET, « *Propriété littéraire et artistique et du droit de représentation* », Marchal et Billard, 1894, p. 330, 321.

¹¹⁸¹ CA Paris, Pôle 5, chambre 2, 11 décembre 2009, Jurisdata 2009-021608 : en l'espèce la photographie de l'armée soviétique hissant le drapeau sur le Reichstag à la libération avait été reconnue au crédit d'une agence française alors que le photographe était russe.

¹¹⁸² F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, « *Droit pénal général* », Economica, 2009, p. 18, 40-42.

¹¹⁸³ JCL. Propriété Littéraire et Artistique, Fasc. 1214, 27.

¹¹⁸⁴ X. DAVERAT, « *Le nom de l'auteur d'une œuvre de l'esprit et de l'artiste-interprète* », Lamy Droit et patrimoine, 2013, 229.

627. La question du droit de paternité ne constitue pas seulement une problématique centrée sur les auteurs. L'internet est devenu un forum mondial où les internautes expriment une identité notamment par la création de contenus. Le droit à la paternité participe à la constitution d'une identité numérique pour tous car chaque internaute devient auteur en postant des photos, des textes ou toute création originale sur un site web, un forum ou encore un réseau social. Priver l'auteur de son droit au nom revient à lui retirer une partie de son identité numérique et de ses droits de personnalité¹¹⁸⁵. Cette solution avait été dégagée par la Cour de cassation¹¹⁸⁶ dans le monde analogique et elle a vocation à s'étendre à l'internet. Le droit américain ne participe donc pas de la protection de l'identité numérique alors que les Américains sont très présents sur l'internet. Cette solution portera particulièrement atteinte aux auteurs lorsque la liaison effectuée par le lien entre une œuvre et un auteur s'avèrera erronée.

II) La liaison incorrecte

628. Une liaison incorrecte sera établie lorsque le lien mène vers une page relative à une personne autre que l'auteur de l'œuvre à laquelle il était fait référence sur la page source lorsque l'internaute est amené à penser qu'il s'agit du véritable auteur. La liaison entre l'auteur et son œuvre sera donc rompue en violation de l'article 6bis de la convention de Berne. La France et les Etats-Unis ont cependant divergé sur la question.

611. En France, l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle protège les auteurs contre les liaisons incorrectes. Il a ainsi été retenu que l'appropriation de la paternité d'une œuvre constitue une faute¹¹⁸⁷. Le *Visual Artists Rights Act* sanctionnera une telle liaison pour

¹¹⁸⁵ Les droits de la personnalité permettent à une personne d'imposer à autrui le respect de l'image sociale qu'elle entend donner d'elle-même, qu'elle soit intellectuelle ou physique. Voir A. LEPAGE, « *Droits de la personnalité* », Dalloz, Répertoire de droit civil, septembre 2009.

¹¹⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 2000, n° 98-15.851, RIDA 2001, n° 188, p. 309, D. 2001, p. 2080, obs. C. Caron, D. 2001, p. 541, note E. Dreier, JCP G 2002, II, 10041, note D. Lefranc. En l'espèce les juges ont retenu que l'inauthenticité de la signature, qui avait été déclarée par le vendeur, ne constituait pas une violation du droit de paternité de l'auteur mais de son droit à la personnalité. La fausse mention du nom d'un auteur sur une œuvre enfreint donc son droit à la personnalité.

¹¹⁸⁷ Cass. civ. 1^e, 3 avril. 2007, Chatelain : D. 2007, act. p. 1280.

les œuvres des beaux arts créées numériquement. Les auteurs dont les œuvres ne bénéficient pas de la protection du *Visual Artists Rights Act* ne pourront attaquer le créateur d'un hyperlien pour avoir créé une liaison erronée entre leurs noms et leurs œuvres - à moins que la liaison ne trompe sur l'origine matérielle du produit¹¹⁸⁸.

612. Les juges français et américains n'ont pas encore été saisis de cette question. Cependant, en application des solutions de droit commun, nous pouvons déduire que les deux systèmes divergeront. En effet, le droit français sanctionnera l'établissement d'un lien entre une œuvre et une personne autre que l'auteur alors que cela sera autorisé dès lors que l'internaute n'est pas trompé sur l'origine matérielle du bien¹¹⁸⁹. Le droit français protège l'auteur alors que le droit américain protège le technicien. Les deux droits adoptent ainsi sur deux paradigmes opposés.

613. La solution américaine est critiquable car elle ne prend pas en compte le fait que l'absence de mention du nom ne constitue qu'une commodité et non pas une nécessité pour les tiers. L'absence de difficulté à mentionner le vrai nom de l'auteur sur l'internet rend peu aisée la justification de cette solution pour des raisons autres qu'idéologiques étant donné que le public souffre de l'absence d'obligation de respecter le droit de paternité.

614. Les droits moraux sont donc laissés aux États-Unis à la capacité de négociation des auteurs et donc, en partie, au règles du marché. Dès lors, les protections française et américaine ne varient pas pour les auteurs les plus célèbres - qui pourront imposer le respect de leurs droits moraux dans des contrats - mais pour la masse des petits auteurs en quête de reconnaissance. Ces derniers ne pourront imposer la mention de leur nom sur leurs œuvres. En outre, étant donné que l'établissement de liens n'impliquent pas systématiquement une autorisation des ayants droit ils ne pourront pas souvent imposer la protection de leurs prérogatives morales. La protection américaine sera donc particulièrement limitée. Le droit français présente donc l'intérêt de traiter tous les auteurs de façon égalitaire sans considération de leur célébrité et de leur force de négociation.

615. Les droits français et américain se divisent sur la question du droit de paternité, comme nous venons de le voir, mais également sur le droit à l'intégrité de l'œuvre.

¹¹⁸⁸ Section 43(a) du *Lanham Act*.

¹¹⁸⁹ Section 43 *Lanham Act*.

Paragraphe 2 : Le droit à l'intégrité face aux liens

616. Le droit à l'honneur et à la réputation constitue, avec le droit de paternité, l'un des deux droits protégés par l'article 6bis de la convention de Berne. Les notions d'honneur et de réputation n'y sont pas définies car les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur leurs contenus. En effet, lors de sa rédaction, les pays de tradition de *copyright* avaient objecté contre une lecture amenant à comprendre ces droits comme ceux de la personnalité humaine¹¹⁹⁰. Cette conception est contraire à la tradition continentale¹¹⁹¹ et notamment française et allemande où les droits moraux relèvent des droits de la personnalité. Cette divergence de points de vue a eu pour conséquence de réduire l'étendue des droits moraux. Il faut donc y voir la protection de l'honneur et de la réputation artistique de l'auteur¹¹⁹² et non pas de l'esprit de l'œuvre. Les créateurs de liens auront donc l'obligation de respecter l'honneur et la réputation des auteurs lorsqu'ils créent des hyperliens vers leurs œuvres. La convention place le seuil de protection à un niveau plus élevé¹¹⁹³ qu'en France en requérant que l'auteur apporte la preuve du préjudice subi.

617. Lors de la ratification de la Convention de Berne par les Etats-Unis, il a été relevé¹¹⁹⁴ que le droit américain respecte les dispositions relatives au droit moral et notamment au droit à l'intégrité de l'œuvre. Cette affirmation nous apparaît largement exagérée mais il est vrai que le droit américain se place dans la même veine peu protectrice des intérêts moraux des auteurs qu'a adopté la convention de Berne en limitant la protection par le VARA aux distorsions, mutilations, ou toute modification qui pourraient porter atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Les droits fédérés des *torts* pourront également assurer la protection

¹¹⁹⁰ S. STROMHOLM, « *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale. Étude de droit comparé* », T. I, P.A. Norstedt et Somers Forlag, 1967, p. 392.

¹¹⁹¹ A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Droit moral et droits de la personnalité - étude de droit comparé français et allemand* », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 17.

¹¹⁹² C. DOUTRELEPONT, « *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire* », Bruylant, 1997, p. 256.

¹¹⁹³ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit moral en France* », in *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, 1993, p. 129.

¹¹⁹⁴ S. Rep. (BCIA), p. 10.

de la réputation de l'auteur¹¹⁹⁵ mais l'approche est profondément différente de celle adoptée par le droit à l'intégrité français. Enfin, le *Lanham Act* ne sera que d'un faible secours car il pourra sanctionner les modifications ayant pour conséquences de tromper le consommateur sur l'origine d'une œuvre. Cette dernière approche est indépendante de la question de l'honneur et de la réputation de l'auteur.

618. Le droit français a adopté une approche plus protectrice des auteurs que le dénominateur commun de la convention de Berne. En effet, il ne protège pas que les atteintes à la réputation ou à l'honneur de l'auteur mais également celles allant « à l'encontre de [sa] conception¹¹⁹⁶ », c'est à dire de l'esprit de l'œuvre. Le droit français protège donc la conception intellectuelle de l'auteur. La jurisprudence puis le législateur ont créé un régime centré sur l'auteur¹¹⁹⁷ mais il apparaît que le public profite, de façon accessoire, du respect de l'esprit de l'œuvre. Le droit à l'intégrité de l'œuvre a deux pendants en droit français. Le premier consiste en l'interdiction de modifier ou de détruire l'œuvre sans l'assentiment de l'auteur ou de ses héritiers. Le second impose de respecter le cadre idéologique et philosophique correspondant aux aspirations de l'auteur. Le premier versant n'a pas lieu d'être opposé dans le cadre de l'établissement de liens car les hyperliens ne peuvent modifier ni détruire une œuvre. Le second aura plus de probabilité d'être soulevé par les auteurs. En effet, un lien établit une liaison intellectuelle entre le site source et le site cible. Le droit à l'intégrité de l'œuvre permet de communiquer l'œuvre au public conformément à la philosophie de l'auteur¹¹⁹⁸ et dans un cadre conforme à sa conception de l'œuvre.

619. Cette approche n'est plus désormais limitée au droit français. En effet, l'article 5 de la Charte Européenne de l'Audiovisuel¹¹⁹⁹ dispose que le droit au respect de l'œuvre a comme corollaire le droit du public à « voir l'œuvre telle qu'elle a été créée ». L'Union Européenne commence donc à intégrer l'idée que le droit moral est un droit contrôlé par l'auteur ou ses ayants-droit dans leur intérêt ainsi que dans celui du public. Néanmoins, la directive 2001/29/CE se contente d'une simple référence aux dispositions de la convention de Berne et

¹¹⁹⁵ Notamment le *tort de defamation*.

¹¹⁹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit moral en France* », Le droit moral de l'auteur, ALAI, 1993, p. 130.

¹¹⁹⁷ J. GINSBURG, « *A Tale of Two Copyrights* », Tulane Law Review, 64 (5), mai 1990, p. 991-992.

¹¹⁹⁸ R. PRADES, « *Intérêt du public et droit d'auteur* », Thèse, Paris XII, 8 mars 1999, p. 88.

¹¹⁹⁹ Charte Européenne de l'Audiovisuel, 27 septembre 1988 CAC 2000 0274.

le projet de réforme¹²⁰⁰ ne prévoit pas de l'intégrer. La division avec le droit américain ne relève donc plus d'un clovage uniquement avec la France mais de plus en plus avec l'Union Européenne.

620. Alors que l'accès à des sources fiables constitue un défi de plus en plus pressant sur l'internet la position française s'avère particulièrement pertinente. Elle permettra notamment que des erreurs trompent sur l'intention de l'auteur et donc sur le message véhiculé par l'œuvre. Par exemple, la présentation du célèbre texte de Montesquieu¹²⁰¹ s'opposant à l'esclavage au sein d'une revue faisant l'apologie du racisme risque d'amener à une incompréhension du texte¹²⁰². Les auteurs seront donc attentifs aux liens établis vers et à partir de leurs œuvres.

621. Les auteurs auront donc tout intérêt à veiller aux liaisons intellectuelles établies par les hyperliens. Ils seront aidés dans cette tâche par les sites spécialisés¹²⁰³ permettant de connaître la liste des liens menant vers leurs œuvres. Les liens pourront s'avérer illicites lorsqu'ils mènent vers des sites intellectuellement différents ou contenant des contrefaçons du droit moral (I). Il en ira de même lorsqu'ils ont auront pour effet de découper les œuvres (II).

I) La liaison entre deux sites différents

622. Le droit à l'intégrité constitue le corollaire du droit de divulgation en droit français¹²⁰⁴. En effet, l'auteur ne peut avoir accepté de divulguer son œuvre modifiée par autrui. Aux Etats-Unis, l'*ersatz* de droit à l'intégrité est intellectuellement indépendant dans la mesure où le droit américain ne reconnaît pas le droit moral de divulgation. Cette différence d'approche

¹²⁰⁰ Commission Européenne, « *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market* », 14 septembre 2016, accessible à <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-directive-european-parliament-and-council-copyright-digital-single-market> (dernier accès: 10/10/2016).

¹²⁰¹ MONTESQUIEU, « *De l'esclavage des nègres* », in *De l'esprit des lois*, 1748.

¹²⁰² En effet, le génie de Montesquieu réside dans le fait que l'ironie de sa présentation réside dans le simple « si » initial qui permet de comprendre que l'auteur exprime une pensée absurde contraire à la sienne. Si ce texte est présenté par un lien créé notamment par le Ku Klux Klan le caractère ironique risque de ne pas être saisi par le lecteur.

¹²⁰³ Il est possible de prendre connaissance des liens entrant en se rendant sur des sites comme blacklinkwatch.com.

¹²⁰⁴ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », *op. cit.*, p. 533.

n'est pas critiquable à la lumière du droit international car la convention de Berne ne connaît pas le droit de divulgation.

623. Le droit à l'intégrité peut être enfreint lorsqu'un lien mène vers un site dont le contenu présente une approche intellectuelle différente de celle imaginée par l'auteur de l'œuvre servant d'ancre (A) ou lorsque le lien mène vers une contrefaçon au droit moral (B).

A) La liaison et la présentation différentes de l'intention de l'auteur

624. Les droits moraux des auteurs peuvent être violés lorsqu'un lien établit une liaison entre une œuvre et un contenu adoptant une approche intellectuelle différente de celle de l'auteur (1) et lorsque la présentation de l'œuvre diffère de celle souhaitée par l'auteur (2).

1) La liaison différente de l'intention de l'auteur

625. Il s'agit de l'hypothèse, déjà mentionnée à propos de Bruce Springsteen¹²⁰⁵, où une œuvre est présentée dans un environnement intellectuel différent de celui imaginé par l'auteur. Nous avons vu que les droits français et américain divergent profondément à ce sujet. En effet, le droit français interdit la reproduction ou représentation d'une œuvre dans un contexte autre de celui imaginé par l'auteur¹²⁰⁶, alors que le droit américain reste complètement indifférent à ce problème. Ainsi, à la différence du droit français, un auteur n'a en droit américain aucun recours si son œuvre est présentée dans un contexte qui ne correspond pas à l'idée qu'il se fait de son œuvre¹²⁰⁷.

626. L'affaire Shostakovitch est exemplaire des différences d'approches entre les deux droits. La musique d'un auteur soviétique avait été utilisée dans un film américain anti-russe.

¹²⁰⁵ Voir supra n°598.

¹²⁰⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 837.

¹²⁰⁷ *Shostakovitch v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 196 Misc. 67, 80 N.Y.S.2d 575 (Sup. Ct. N.Y. County 1948).

L'auteur n'a eu aucun recours aux Etats-Unis¹²⁰⁸ pour l'utilisation de son œuvre car il ne s'agissait ni un *libel*¹²⁰⁹ ni un *slander*¹²¹⁰. Le demandeur a porté son affaire devant les juges français¹²¹¹ qui ont en revanche retenu que l'utilisation de l'œuvre violait le droit à l'intégrité. Il ne s'agissait pas de la première fois qu'un auteur avait recours aux dispositions protectrices des droits moraux français car Beethoven avait déjà cherché refuge dans la réglementation française pour protéger ses intérêts moraux¹²¹². Cette opposition entre les deux systèmes en matière de droit au respect s'applique également en matière d'hyperliens. Un lien entre une œuvre et d'autres œuvres ou des informations véhiculant une philosophie différente pourrait constituer une violation du droit au respect de l'œuvre¹²¹³. Les auteurs pourraient donc opposer le droit à l'intégrité de leurs œuvres en France lorsqu'un lien la relie à un contexte intellectuel différent de celui imaginé par l'auteur, alors que le juge américain resterait impassible face à une telle situation.

627. La différence entre les droits français et américain sera néanmoins nuancée par l'absence d'absolutisme du droit français à l'intégrité. Il est en effet traditionnellement accepté que le droit à l'intégrité se trouve modulé en fonction des circonstances¹²¹⁴. Il existe donc une forme d'exception *de minimis non curat praetor*. Il n'y a pas de raison de refuser d'appliquer ce principe aux hyperliens. Les auteurs devront donc accepter que des liens soient créés à partir de sites ne reflétant pas entièrement leur approche intellectuelle conformément à la jurisprudence traditionnelle. Tout sera question de mesure dès lors que l'œuvre n'est pas « déformée dans son esprit¹²¹⁵ » par le contexte. Le seuil de tolérance sera *a priori*

¹²⁰⁸ Shostakovich v. Twentieth Century-Fox Film Corp., 80 N.Y.S.2d 575 (N.Y. Sup. Ct. 1948), aff'd, 87 N.Y.S.2d 430 (N.Y. App. Div. 1949).

¹²⁰⁹ Un *libel* est constitué par une affirmation fautive et diffamatoire concernant autrui, sans qu'il n'existe de publication sous privilège, fondée au moins sur une négligence et sans qu'il ne soit nécessaire d'apporter la preuve de l'existence d'un dommage spécial dû à la publication. Voir *Restatement (Second) of Torts* §568.

¹²¹⁰ Un *slander* est une affirmation diffamatoire exprimée dans une forme transitoire. Voir Black's Law Dictionary, 9^e édition, 2009.

¹²¹¹ Paris, 1^e ch., 13 janvier 1953, Gazette du Palais 191, Le chant de Monde c. Sté. Fox Europe et Sté Fox Américaine Twentieth Century.

¹²¹² J. ZAY, « *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition* », 1936.

¹²¹³ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 837 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, n°546 ; A. LUCAS, « *Droit d'auteur et numérique* », *op. cit.*, n°479.

¹²¹⁴ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », *op. cit.*, p. 533. Voir notamment pour les adaptations : CA Paris, 4^e ch., 19 décembre 2008, Victor Hugo, RIDA 2009, 220, p. 444, obs. P. SIRINELLI ; pour la limitation du droit à l'intégrité pour les œuvres d'architecture utiles : RIDA octobre 1990, affaire du théâtre des Champs-Élysées, p. 299-307.

¹²¹⁵ CA Paris, 28 juillet 1932, D.P., 1934.2.139, note M. LEPOINTE.

relativement bas en France, ce qui risque de poser une limite à la liberté d'expression que le droit américain n'opposera pas. Les droits français et américain ne convergent donc que sur l'absence de sanction des liaisons avec des contextes intellectuels ne dénaturant pas l'esprit de l'œuvre. La convergence est par conséquent très limitée.

628. La jurisprudence française n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question d'un lien menant depuis une œuvre vers un contenu idéologiquement ou philosophiquement différent. Il serait néanmoins conforme à l'état du droit français de retenir qu'un lien menant vers un contenu idéologique, artistique, politique ou culturel différent de celui pensé par l'auteur viole le droit à l'intégrité de l'œuvre¹²¹⁶. Le droit américain appliquera la même solution que dans l'arrêt Shostakovitch et retiendra qu'aucun droit du titulaire du *copyright* n'est violé. L'accès à une information fiable est ainsi, aux Etats-Unis, sacrifiée sur l'autel de la liberté d'expression.

2) La présentation différente de l'intention de l'auteur

629. Le cadre de présentation d'une œuvre influe sur la compréhension de celle-ci. Le droit à l'intégrité s'avère donc d'une grande importance dans le cadre du respect de la liaison intellectuelle entre l'auteur et son œuvre afin d'assurer un accès objectif à la culture et aux informations. Les droits français et américain divergent sur la question du droit à l'intégrité (a) mais ils convergent lorsque l'image de l'auteur est blessée par un contenu pornographique (b).

a) Les divergences des droits français et américain en matière de présentation de l'œuvre

¹²¹⁶ G. HAAS et O. DE TISSOT, « *Les liens hypertextes sous le régime de la liberté contrôlée* », *Annonces de la Seine*, 20 mars 2000, p. 1, spéc. p.3.

630. Un lien cadre présentera plus de risque de violer le droit à l'intégrité que les autres liens dans la mesure où il présentera l'œuvre dans le contexte de la page source¹²¹⁷. En effet, un lien cadre permet de visualiser une œuvre tout en restant sur la page où se trouve l'ancre. L'œuvre liée peut par conséquent être présentée au milieu d'un contexte profondément différent de celui imaginé initialement par l'auteur.

631. La jurisprudence française a déjà été saisie d'une question similaire. Il a en effet été retenu que la présentation d'un article « savant et documenté », dans un journal gratuit et au milieu de nombreuses publicités viole le droit à l'intégrité de l'œuvre¹²¹⁸. Par analogie, la création d'un lien vers une œuvre savante à partir d'une page en accès libre contenant de nombreuses publicités devrait violer le droit à l'intégrité de l'œuvre. Il en ira de même dès lors qu'un tiers donne une idée inexacte de l'œuvre¹²¹⁹ qu'il reproduit ou représente ou qu'il déforme la « pensée générale¹²²⁰ » de l'auteur. Dès lors, les créateurs de liens devront être attentifs à la cohérence entre le site source et le site cible. Il en ira de même si l'internaute propose une série de liens vers différentes œuvres qui devront être intellectuellement compatibles entre elles¹²²¹.

632. En s'abstenant de reconnaître un droit moral aux auteurs, le droit américain autorise donc la présentation d'œuvres dans un contexte différent de celui imaginé par l'auteur et ce, même s'il s'avère trompeur sur son intention intellectuelle. Cette solution n'est pas satisfaisante eu égard au fondement de la *Copyright clause* de la constitution qui justifie le *copyright* par la nécessité de divulguer des connaissances. En effet, nous ne pensons pas que les Pères Fondateurs auraient soutenu un système autorisant les communications à dessein d'informations erronées, d'autant plus que la première loi sur le *copyright* protégeait notamment les cartes qui se devaient d'être précises. La circulation des œuvres ainsi que l'incitation à créer ne suffisent pas à assurer le dynamisme culturel d'un pays qui requière le respect des œuvres déjà créées. Il est donc regrettable que les rédacteurs de la Constitution n'aient pas adopté une approche plus large des créations intellectuelles. La section 43(a) du

¹²¹⁷ Haas G. et Tissot O. de, « *Les liens hypertextes sous le régime de la liberté contrôlée* », *Annonces de la Seine*, 20 mars 2000, p. 1, spéc. p.3.

¹²¹⁸ CA Caen, 1^{re} ch., 6 mai 1997, JCP G 1998, IV, p. 2928, *Juris-Data*, n° 049489.

¹²¹⁹ Cass. civ. 1^e, 5 mars 1968 : D. 1968. 382.

¹²²⁰ CA Paris, 10 octobre 1957 : *Gaz. Pal.* 1958. 1. 27.

¹²²¹ P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 230, 218 : il est affirmé qu'un comédien récitant plusieurs textes devra être attentif à leur cohabitation, tout comme l'auteur d'une compilation musicale. Le même raisonnement a vocation à s'appliquer en matière d'hyperliens.

Lanham Act pourra néanmoins venir en aide aux producteurs des œuvres lorsque le cadre de présentation aura pour effet de tromper les consommateurs quant à leur origine¹²²². Le substitut est bien faible car il ne prend pas en compte la dimension intellectuelle des œuvres.

633. Les droits français et américain maintiennent donc une divergence irréductible qui trouve son fondement dans des conceptions radicalement différentes de la création intellectuelle. Il s'avère donc que le droit français est plus protecteur du droit à l'accès à la culture du public que le droit américain. Cette différence de principe doit néanmoins être nuancée.

b) La convergence limitée des droits français et américain en matière de présentation de l'œuvre

634. Les droits français et américain convergent lorsque la présentation d'une œuvre est effectuée dans un contexte pornographique. En effet, une telle présentation d'une œuvre sera sanctionnée en droit américain¹²²³ sur le fondement de la section 43(a) du *Lanham Act* et en droit français¹²²⁴ en tant que violation du droit moral à l'intégrité. Le dénominateur commun des deux droits, en matière de droit à l'intégrité, se trouve donc limité à la présentation d'une œuvre dans un contexte pornographique.

635. Dans de nombreux cas, l'absence de droit à l'intégrité était compensée, en droit américain, par le droit de reproduction qui permet aux titulaires du *copyright* d'interdire toute modification de leurs œuvres qui nécessitait une copie¹²²⁵. Cependant, avec l'invention des hyperliens, l'intérêt des droits moraux est renforcé. Ainsi, loin de constituer des reliquats d'un passé qu'il faudrait jeter aux oubliettes, les droits moraux se montrent plus moderne que jamais. L'internet joue ainsi le rôle d'une marée descendante qui découvre ce qui était caché auparavant. L'avènement du numérique nous place face aux limites des raisonnements

¹²²² J.T. MCCARTHY, « Trademark », Thomson West, 2004, vol. 4, §25 :70.

¹²²³ *Benson v. Paul Winley Sales Corp.*, 452 F. Supp. 516 (S.D.N.Y. 1978).

¹²²⁴ C. CARON, « Contrefaçon de phonogrammes sur Internet grâce aux liens hypertextes et aux fichiers MP3 », Comm. com. électr. 2000, comm. 76 ; TGI Paris, 15 mai 1991 : JCP 1992. II. 21919, note Daverat ; RIDA avril 1992, p. 209.

¹²²⁵ Dans ces hypothèses le droit américain s'avère même plus dissuasif que le droit d'auteur français, malgré sa dualité, car les dommages et intérêts aux Etats-Unis dépassent de loin ceux alloués par les juridictions françaises.

élaborés à l'époque analogique. Les difficultés soulevées par l'absence de droit moral aux Etats-Unis se font ressentir encore plus fortement sur l'internet, et notamment lorsque le lien mène vers une contrefaçon du droit moral.

B) Le lien vers une contrefaçon du droit moral

636. Les droits français et américain s'opposent quant à l'interdiction des liens vers des contenus illicites. Le droit français les prohibe *a priori* en matière de droits moraux conformément au principe de l'interdiction de mener vers des contenus illicites¹²²⁶. En effet, le raisonnement de l'arrêt GS Media BV c. Sanoma n'est applicable qu'au droit de communication au public. Il ne s'étend donc pas aux droits moraux, d'autant plus que la directive 2001/29/CE ne contient aucune disposition concernant les droits moraux et se contente de renvoyer à la convention de Berne¹²²⁷. En revanche, le droit américain les interdit uniquement s'ils constituent des actes de *secondary infringement* qui n'aura de toute façon vocation à s'appliquer qu'en matière de droits patrimoniaux.

637. L'auteur bénéficie donc d'un droit d'isolement d'une contrefaçon en droit français s'inscrivant dans une logique de *webring*, c'est à dire d'exclusion des contenus illicites. Ce droit constitue un remède au caractère international de l'internet. En effet, il est possible qu'une contrefaçon soit mise en ligne à partir d'un serveur se trouvant dans un paradis numérique ou dans un pays, comme les Etats-Unis, qui ne reconnaît pas le droit moral. Les juges français ne pourront ordonner le retrait de l'œuvre sur le serveur mais ils pourront empêcher son référencement à partir de l'internet français en demandant la suppression du lien. Les auteurs jouiront donc de l'absence de référencement sur l'internet français¹²²⁸, mais ils ne pourront empêcher l'accès aux contrefaçon par des internautes assez expérimentés pour utiliser des serveurs étrangers. La solution n'est évidemment que partiellement satisfaisante pour les auteurs mais, en l'absence de juridictions à compétence universelle, il est impossible

¹²²⁶ Les arrêts Svensson et Sanoma ne s'appliquant qu'aux droits patrimoniaux en l'absence de réglementation européenne des droits moraux, il y a lieu de continuer la règle française en vigueur avant ces arrêts en ce qui concerne les droits moraux. Voir supra n°586.

¹²²⁷ Considérant 19 de la convention de la directive 2001/29/CE.

¹²²⁸ L'internet français est la partie du réseau pour laquelle les juridictions françaises se considèrent compétentes.

pour les juges de prendre des décisions concernant l'intégralité du réseau. Il y a par conséquent un décalage entre les règles de fond qui sont pensées dans le cadre universaliste de l'internet et les règles de compétences qui ne se sont pas émancipées de leur dimension territoriale originelle.

638. Cette solution est somme toute classique en droit français – qui reconnaît le principe général d'interdiction de créer des liens vers des contenus illicites – ainsi qu'en droit américain - qui n'interdit que les liens vers des logiciels permettant le contournement de mesures techniques efficaces¹²²⁹. En outre, en dehors des hypothèses où les liens se contentent de tracer des chemins vers les contrefaçons, il arrive qu'ils soient des outils permettant la contrefaçon lorsqu'ils permettent le découpage des œuvres.

II) Le découpage des œuvres

639. La compréhension erronée d'une œuvre peut également être due à son découpage. Il est dans l'intérêt du public de voir l'œuvre présentée dans l'ordre que l'auteur a voulu. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une œuvre est présentée sur plusieurs pages internet et que les liens ne respectent pas l'ordre pensé par l'auteur. Certaines œuvres, et notamment certains livres, sont présentées sur plusieurs pages internet. Une présentation erronée de l'ordre des chapitres ou des pages peut amener à modifier l'intention de l'auteur, à moins qu'il ne s'agisse d'œuvres pouvant être lues dans plusieurs sens telle que « Cent mille milliards de poèmes », mais un tel procédé reste assez inusité. Pour la majorité des œuvres, une modification de l'œuvre impliquera des erreurs sur le sens.

640. Prenant acte de cette difficulté, la jurisprudence française retient traditionnellement que la présentation d'œuvres dans un ordre non voulu par l'auteur constitue une violation du droit à l'intégrité¹²³⁰, surtout lorsque l'œuvre originale et la présentation par le tiers visent des

¹²²⁹ 17 U.S.C. §1201.

¹²³⁰ CA Paris, 7 juin 1982 : RIDA 4/1982, p. 177.

publics différents¹²³¹. Ces situations pourront se vérifier sur l'internet lorsque les œuvres sont accessibles à partir d'hyperliens. La jurisprudence devrait par conséquent sanctionner la création de liens amenant les internautes à une visualisation désordonnée des œuvres. Aux Etats-Unis il n'y a pas lieu d'appliquer le *Visual Artists Rights Act* aux liens dans la mesure où la loi n'a vocation à protéger l'intégrité des œuvres qu'en cas de destruction ou détérioration matérielle non réparable. La destruction est entendue de façon matérielle et non pas intellectuelle. Le découpage par des hyperliens ne sera donc pas considéré comme une violation du VARA. En outre, la section 43(a) du *Lanham Act* ne sera pas opposable tant qu'aucun risque de confusion sur l'origine du produit n'existe. Le *Lanham Act* n'offre aucune protection aux auteurs dont les œuvres se trouvent découpées. Les auteurs n'auront donc aucun recours en droit américain contre la présentation désordonnée d'une œuvre par les liens.

641. Le droit français protège donc le public non pas contre sa propre lecture désordonnée d'une œuvre, mais contre la présentation modifiée par autrui. Cela empêche les créateurs de liens de présenter dans un premier temps les œuvres les plus attrayantes pour le public, puis celles les moins populaires, afin de capter son attention sans considération de la cohérence de l'œuvre. Cette situation s'était présentée pour la vente de l'Évangile de Judas dont l'ordre des pages avait été modifié afin de présenter les mieux conservées sur le dessus¹²³². Cette présentation permettait d'attirer l'attention d'investisseurs mais ne respectait en aucun cas la cohérence du manuscrit. Il a ainsi fallu une expertise afin de replacer les pages dans leur ordre original. Une telle situation est dommageable pour l'accès du public à la culture et il ne serait pas acceptable qu'elle se reproduise à cause des liens. La simple approche économique de la présentation des œuvres constitue par conséquent un danger pour la fiabilité des œuvres.

642. Le droit français assure donc une protection beaucoup plus large des droits moraux qui peuvent, comme nous l'avons vu, s'harmoniser avec un développement harmonieux et rapide de l'internet. Cependant, le rejet des droits moraux est tel aux Etats-Unis qu'il semble très peu probable que le Congrès réforme le *Copyright Act* afin d'introduire un droit moral plus large et ce, d'autant plus que l'internet a marqué une dilution de la notion d'auteur et que de

¹²³¹ Il en va ainsi notamment d'une œuvre cinématographique destinée au plus grand nombre se trouvant moulée dans un texte visant un public plus réduit. Voir notamment Cass. civ. 1^o, 22 novembre 1966, D. 1967, p. 485, note DESBOIS.

¹²³² G. JOHNSTONE, « *Jésus, les mystères révélés : L'évangile de Judas* », Cable News Network Inc., 2015.

nombreuses créations - notamment les articles sur Wikipedia - ne sont pas signées¹²³³. Le contexte culturel de l'internet ne devrait donc pas renforcer la nécessité d'introduire les droits moraux aux Etats-Unis. Le droit américain se trouve pourtant de plus en plus isolé¹²³⁴ sur cette question malgré la victoire des juristes américains qui ont réussi à écarter les droits moraux des accords de Marrakech créant l'OMC. La France protège donc mieux ses auteurs que les Etats-Unis en ce qui concerne leurs prérogatives morales. La protection sera également plus forte en ce qui concerne les bases de données.

Section 2 : Les liens face aux droits des bases de données et des *compilations*

643. L'internet constitue désormais la plus grande base de données - au sens stricte et non juridique du terme - du monde où la très grande majorité des connaissances actuelles est placée. Nos modes de vie ainsi que nos connaissances doivent beaucoup à l'internet. Certains auteurs craignent d'ailleurs notre dépendance à internet et prédisent un Moyen Age numérique au cas où l'internet prendrait fin¹²³⁵ à cause de la difficulté d'accès aux œuvres et aux informations. Le droit de lien constitue donc un atout dans l'accès aux informations puisqu'il permet de trouver des informations sur le réseau. Il constitue également un avantage culturel pour les sociétés du monde entier.

644. Les liens mènent toujours vers une partie d'une base de données, qu'il s'agisse de l'internet dans son ensemble ou une base de données créée par des internautes. L'idéal libertaire de l'internet ainsi que son fonctionnement encouragent à penser que l'établissement de liens vers des sites contenant une base de données est libre. En outre, la liberté de créer des liens ainsi que l'accès à la culture nécessitent une absence de barrière à la création de liens vers des bases de données.

645. Cependant, les producteurs de bases de données européens pensent avoir besoin d'une réservation afin d'obtenir des revenus nécessaires au financement de leurs travaux de collecte

¹²³³ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 101.

¹²³⁴ M.T. SUNDARA RAJAN, « *Moral Rights* », Oxford, 2011.

¹²³⁵ F. X. BLOUIN, « *Emails as Archives : You Have it Before you Worry About it* », *Columbia Journal of Law & the Arts*, automne 2010, 34 Colum. J.L. & Arts 43.

et d'organisation des informations¹²³⁶. Cette approche est philosophiquement placée dans le sillage de la conception lockéenne de la propriété. Le philosophe britannique avait en effet justifié l'appropriation des choses données en commun à l'humanité par le travail que requière l'obtention d'une chose¹²³⁷. La propriété constituerait ainsi le meilleur moyen de retirer l'utilité des choses de la nature¹²³⁸ qui appartiennent en commun à l'espèce humaine¹²³⁹. Au 17^e siècle, la question de la propriété des choses immatérielles n'avait pas été abordée. Cependant, ces principes ont été étendus par le législateur européen de 1996 à la propriété des choses immatérielles. En effet, les producteurs de bases de données ont désormais le droit de s'approprier l'accès aux informations se trouvant sur leurs bases de données dès lors qu'ils développent des efforts substantiels. Le législateur considère ainsi que le droit de propriété constitue le meilleur moyen de retirer le maximum d'avantage des informations¹²⁴⁰. Le seuil d'obtention du droit de propriété est néanmoins plus élevé dans la directive européenne qu'il ne peut l'être dans la conception lockéenne. Locke considère en effet qu'un simple effort de la part d'un individu suffit pour qu'il obtienne la propriété sur le fruit de son travail.

646. Le droit *sui generis* est ainsi un droit-fonction car il vise à inciter à la production de bases de données et non pas à rétablir une forme de justice au profit d'entités jouissant d'un droit naturel qui s'inscrirait dans une conception tomiste¹²⁴¹. La philosophie du droit *sui generis* tranche donc avec celle du droit d'auteur français telle qu'elle s'est imposée au 19^e siècle.

647. Afin d'assurer le développement des bases de données, le droit européen a donc introduit une réglementation *sui generis* qui se cumule avec le droit d'auteur¹²⁴². Le législateur européen a ainsi suivi une évolution diamétralement opposée à celle connue aux Etats-Unis. Le droit américain avait en effet tourné le dos à la théorie de la *sweat of the*

¹²³⁶ À la suite de l'arrêt Feist qui écarte l'application de la théorie de la « sweat of the brow » les producteurs de bases de données ont réclamé une protection de leurs créations en arguant qu'en l'absence d'une telle protection leur industrie périliterait. Voir J. HICKEY, « The Copyright/Commerce Clause Collision : A Subject Matter Approach », 82 U. Cin. L. Rev. 1., automne 2013.

¹²³⁷ J. LOCKE, « *Traité du gouvernement civil* », 1690, para. 28.

¹²³⁸ J. LOCKE, *ibidem*, para. 36.

¹²³⁹ J. LOCKE, *ibidem*, para. 25-27.

¹²⁴⁰ Considérant 5 et 6 de la directive 96/9/CE.

¹²⁴¹ M. VILLEY, « *La formation de la pensée juridique moderne* », PUF, 2003, p. 571.

¹²⁴² Article 3 de la directive 96/9/CE ; JCL Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1650, 77 s.

*brow*¹²⁴³ avec l'arrêt *Feist*¹²⁴⁴ qui a introduit le critère de l'originalité pour l'application du *copyright*. Le droit *sui generis* n'est pas applicable au réseau internet car il ne s'agit pas d'une base de données créée par un unique groupe de producteurs mais par un ensemble éclaté d'internautes¹²⁴⁵. Un lien vers une page de la base de données qu'est l'internet ne se verra donc opposé que le droit commun du droit d'auteur. Le droit *sui generis* ne vient donc pas limiter le principe général de la liberté de lier.

648. Cependant, certaines parties de l'internet peuvent satisfaire aux critères de protection de la directive 96/9/CE et constituent donc des bases de données. Dans ces hypothèses, le droit commun du droit d'auteur - par défaut - ainsi que le droit *sui generis* seront opposables au créateur du lien. Le droit américain adopte une approche plus simple en appliquant uniquement le droit commun du *copyright* aux bases de données. Les créateurs de bases de données ne pourront donc obtenir de protection que sur le fondement de la notion de *compilation*¹²⁴⁶ en droit américain.

649. La *compilation* est le résultat d'un procédé de sélection et d'organisation d'éléments protégés ou non¹²⁴⁷. Cette définition est similaire aux dispositions de l'article 1.2 de la directive 96/9/CE disposant que constitue une base de données « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, *disposés de manière systématique ou méthodique* » (nous soulignons). Les deux systèmes s'accordent donc sur le principe d'organisation raisonnée d'une base de données.

¹²⁴³ « Sueur du front » (traduction libre). Selon cette théorie développée en 1922 était protégée toute création pour laquelle un auteur avait investi un temps ou des efforts substantiels. Voir *Jeweler's Circular Publ'g Co. v. Keystone Publ'g Co.*, 281 F. 83, 84, 88 (2d Cir. 1922).

¹²⁴⁴ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

¹²⁴⁵ La jurisprudence française a retenu que la création d'une base de données par plusieurs individus sans lien entre eux ne permet pas à une entité de revendiquer un droit *sui generis* sur la base. Voir CA Paris, pôle 5, ch. 2, 15 novembre 2013, *Pressimmo on line c. Yakazz, Gloobot, MJA*, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4029 (dernier accès : 12/05/2015). La solution est identique en droit américain car l'internet n'a pas été créé par un seul auteur. Seuls certains espaces de l'internet peuvent donc bénéficier de la protection d'un droit d'auteur et du *copyright*.

¹²⁴⁶ La compilation est définie à la section 101 comme « *a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship* ». « Une œuvre composée de la collecte et l'organisation d'éléments préexistants ou de données sélectionnées, coordonnées ou arrangées de telle manière que les œuvres qui en sont le résultat constitue dans leur globalité une œuvre originale de l'auteur » (traduction libre).

¹²⁴⁷ H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 57-58 (1976).

650. La différence entre les deux régimes réside cependant dans l'absence de prise en compte de l'investissement en droit américain alors que ce critère est au cœur de la protection accordée par la directive européenne¹²⁴⁸. Ainsi, alors que l'Europe continentale est le berceau de la conception romantique du droit d'auteur, l'Union Européenne a introduit une conception économique avec la protection des bases de données par le droit *sui generis* alors qu'elle est rejetée en droit américain. En outre, malgré des projets¹²⁴⁹ visant à introduire un droit *sui generis*, les Etats-Unis ont refusé de suivre l'exemple européen. Les Etats-Unis ne protègent donc que l'œuvre et non pas la quantité d'efforts nécessaires pour la créer¹²⁵⁰, alors que le droit européen assure la protection du droit *sui generis* lorsque des efforts humains, matériels ou financiers ont été apportés pour la création d'une base de données. Le droit américain campe donc sur ses positions romantiques alors que le droit européen intègre une dimension économique.

651. La question du droit de lien vers une base de données ne se pose donc pas aux Etats-Unis comme une problématique particulière dans la mesure où le droit commun du *copyright* aura vocation à s'appliquer. Le droit américain rejette donc le principe d'une réservation *ad hoc* permettant d'interdire l'établissement de liens. Cette solution avait été exprimée dans un projet de loi rejeté visant à introduire une réglementation *sui generis*. En effet, le projet de loi américain dit 3261¹²⁵¹ proposait expressément d'autoriser l'établissement de liens vers des bases de données¹²⁵².

652. La directive sur les bases de données devait également être dotée d'une disposition relative à la liberté d'indexation des œuvres d'autrui dans la mesure où elle ne constituerait pas une extraction substantielle. Ce projet a finalement été abandonné¹²⁵³, montrant la volonté de l'Union Européenne de soumettre les liens au droit *sui generis*. L'Union Européenne se

¹²⁴⁸ Considérant n°40 et article 7 de la directive 96/9/CE.

¹²⁴⁹ *Consumer and Investor Access to Information Act*, H.R.1858.IH. ; *Collections of Information Antipiracy Act* (CIAA), H.R. 354 ; *Consumer and Investor Access to Information Act* (CIAIA), H.R. 1858.

¹²⁵⁰ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358, 1991 U.S. LEXIS 1856, 18 U.S.P.Q.2D (BNA) 1275, 59 U.S.L.W. 4251, Copy. L. Rep. (CCH) P26,702, 91 Cal. Daily Op. Service 2217, 121 P.U.R.4th 1, 91 Daily Journal DAR 3580, 18 Media L. Rep. 1889, 68 Rad. Reg. 2d (P & F) 1513 (U.S. 1991) ; *Rockford Map Publishers, Inc. v. Directory Service Co.*, 768 F.2d 145 (7th Cir. 1985), cert. Denied, 474 U.S. 1061.

¹²⁵¹ H.R. 3261, 108^e Congrès, 8 octobre 2003.

¹²⁵² A.L. DAHM, « *Database Protection v. Deep Linking* », 82 Tex. L. Rev. 1053, mars 2004, 1080.

¹²⁵³ J. Huet, E. Dreyer, « *Droit de la communication numérique* », L.G.D.J., 2011, p.288, 297.

montre donc protectrice du monopole des producteurs de bases de données alors que le droit américain assure la liberté d'indexer.

653. Le cumul de réglementations risque de peser sur le droit d'établir des liens alors que ceux-ci sont nécessaires à la vulgarisation des connaissances. Un équilibre doit donc être trouvé entre les différents intérêts en cause. Les droits européen et américain ont largement reconnu le droit d'établir des liens tout en préservant les créateurs de bases de données contre l'utilisation du formulaire de recherche de la base de données (Sous-Section 1) et en circonscrivant les interdictions de lier (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : L'utilisation du formulaire de recherche d'une base de données protégée

654. Lorsque les internautes ouvrent la page d'un moteur de recherche ils accèdent à un formulaire de recherche, c'est à dire à une page permettant de renseigner des informations relatives à la recherche souhaitée.

655. La création de liens manuels vers des formulaires de moteurs de recherche (Paragraphe 1) ne fait pas obstacle au financement des moteurs de recherche. La situation est différente lorsqu'un moteur de recherche utilise les services d'un autre moteur de recherche. En effet, l'utilisation d'un moteur de recherche par un autre moteur risque de mettre en péril le modèle économique des créateurs de liens. Les droits français et américain interdisent ce type d'agissement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le lien manuel vers un formulaire de moteur de recherche

656. L'hypothèse du lien manuel vers un formulaire de moteur de recherche est celle où un internaute va mener depuis son site vers la page d'accueil d'un autre site fonctionnant comme un moteur de recherche. Il en ira ainsi par exemple si un internaute crée un lien vers les pages d'accueil de Trivago, Leboncoin, Craigslist etc...

657. La question de la légalité de la création d'un lien manuel vers le formulaire d'un moteur de recherche soulève tout d'abord une problématique identique à celle de la protection d'un formulaire par le droit d'auteur. Les droits européen et américain ont établi des critères similaires de protection par le droit d'auteur et le *copyright*. Le droit européen protège les œuvres constituant le fruit de l'empreinte de la personnalité de leur auteur¹²⁵⁴ - qui s'analyse en un apport intellectuel arbitraire et échappant aux contraintes de la technique¹²⁵⁵ - alors que le droit américain applique le *copyright* aux œuvres originales - c'est à dire aux œuvres dotées de *original authorship*¹²⁵⁶ qui sont le fruit d'une « étincelle créative¹²⁵⁷ ». Les approches européenne et américaine se recoupent donc largement¹²⁵⁸ car elles assurent toutes deux la protection des créations dès lors qu'elles se libèrent de la contrainte matérielle et constituent ainsi le fruit d'un libre arbitre. Le seuil de protection est donc peu élevé dans les deux systèmes juridiques. Il est donc concevable que le formulaire d'un moteur de recherche soit le fruit de l'empreinte de la personnalité de l'auteur ou de son originalité et qu'il soit protégé à ce titre par le droit d'auteur ou le *copyright*. Cette hypothèse sera néanmoins relativement rare car la majorité des formulaires de recherches se contente de présenter un simple onglet dans lequel l'internaute a la possibilité de renseigner sa recherche. La simplicité de la présentation de nombre de formulaires de moteurs de recherche fera souvent obstacle à la protection. La majorité des formulaires ne bénéficiera pas de protection et, dans les cas où le droit d'auteur et le *copyright* s'appliqueront, l'établissement d'un lien ne sera pas sanctionné lorsque le contenu ciblé sera licite¹²⁵⁹.

658. Les deux droits autorisent, conformément au principe de la liberté de lier, l'établissement de liens vers des œuvres protégées licites. Les solutions convergent donc lorsque les liens mènent vers des formulaires insusceptibles de protection ou vers ceux mis en ligne avec l'autorisation du titulaire des droits.

¹²⁵⁴ Ce critère est néanmoins compris de façon particulièrement large depuis l'entrée en vigueur de la directive sur les logiciels. En effet, la protection est accordée aux créations qui sont le fruit de choix créatifs. Voir A. STROWEL, « *Droit d'auteur et copyright* », *op. cit.*, p. 405.

¹²⁵⁵ A. LUCAS, P. SIRINELLI, « *L'originalité en droit d'auteur* », in J.C.P., 1993, doctr. 3681, p. 255-256.

¹²⁵⁶ J.C. GINSBURG, « *Creation and Commercial Value : Copyright Protection of Works of Information* », *Columbia L. Rev.*, 1990, 85, p. 1867.

¹²⁵⁷ G.A. KNIGHT, « *The Fall and Rise of Sweat of the Brow* », 13 I.P.J. 337, 1998-1999. La notion, pour le moins floue, marque une évolution vers la conception plus romantique du droit continental.

¹²⁵⁸ J. HUGHES, « *The Philosophy of Intellectual Property* », *Georgetown Law Journal*, 1988, 77, p. 351.

¹²⁵⁹ Voir supra n°520 s.

659. Les deux droits divergent en revanche lorsque les liens mènent vers des contrefaçons. Le droit américain autorise la création de liens vers les formulaires des moteurs de recherche dès lors qu'il ne s'agit pas d'un *secondary infringement*. Le droit français en revanche n'autorise la création d'un lien vers un formulaire de recherche que s'il est licite¹²⁶⁰ dans les conditions de l'arrêt GS Media BV c. Sanoma¹²⁶¹ qui établit une présomption de bonne foi lorsque le lien est créé sans but lucratif, et de mauvaise foi lorsqu'il est créé dans un but lucratif. Le droit français interdit donc la création de liens vers un formulaire qui constitue la copie contrefaisante d'une œuvre protégée. La distinction entre les deux droits s'avère classique et la situation ne soulève pas de difficulté particulière du point de vue du droit commun du droit d'auteur.

660. La création d'un lien simple vers le formulaire de recherche d'un créateur automatique de liens est donc légal en droit français et américain. Elle ne suscite pas de divergence entre les deux systèmes au sujet des droits *sui generis* des bases de données puisque le lien manuel menant vers un formulaire n'est à l'origine d'aucune extraction. La question se pose en des termes différents lorsqu'un créateur automatique de liens mène vers le formulaire d'un autre créateur automatique de liens car il risque d'attirer des revenus publicitaires qui auraient du être versés au créateur du formulaire.

Paragraphe 2 : Le lien automatique vers un formulaire de moteur de recherche

661. La question s'est posée de savoir si un métamoteur de recherche – c'est à dire un moteur de recherche effectuant des recherches au travers d'autres moteurs de recherche – viole le monopole du producteur sur sa base de données. La question est abordée de façon différente par les droits européen et américain.

¹²⁶⁰ En effet, l'établissement de liens vers des contrefaçons est interdit en droit français. Voir A. MENDOZA-CAMINADE, « *Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte* », RLDI, 2008, 39.

¹²⁶¹ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker.

662. La jurisprudence américaine a été la première à être saisie de la question. Le *district court*¹²⁶² du Nord de la Californie a ainsi retenu que l'utilisation d'un moteur de recherche par un autre moteur de recherche tiers constitue un *tort de trespass to chattel*¹²⁶³. La CJUE a par la suite retenu, dans l'arrêt *Innoweb*¹²⁶⁴, qu'un métamoteur de recherche¹²⁶⁵ était illégal car il offrait « en substance les mêmes fonctionnalités que le formulaire de la base de données¹²⁶⁶ » d'un tiers et violait ainsi le droit *sui generis* des bases de données. Les juges de Luxembourg ont donc affirmé que les propriétaires de moteurs de recherche ont le droit d'interdire l'utilisation de leurs formulaires de recherche. Les producteurs de moteurs de recherches jouissent d'un droit de propriété sur leurs formulaires car ils bénéficient d'une « appropriation exclusive et opposable à tous¹²⁶⁷ ».

663. Malgré les similitudes dans les résultats, les logiques divergent profondément entre les deux systèmes. Le droit américain interdit les actes à l'origine de la perturbation d'une jouissance paisible alors que le droit européen sanctionne la violation d'un droit de propriété. L'interdiction européenne intervient *a priori* plus en amont qu'en droit américain.

664. Les solutions américaine et européenne présentent des inconvénients. En effet, dans un avis¹²⁶⁸ particulièrement convaincant des *amici curiae*¹²⁶⁹ - c'est à dire des « amis de la

¹²⁶² *Ebay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058, 2000 U.S. Dist. LEXIS 7287, 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 1798 (N.D. Cal. 2000).

¹²⁶³ Le tort de *trespass* est historiquement constitué par une intrusion non autorisée ou illégale sur un terrain en violation du droit du propriétaire de jouir de son bien. Au *trespass to land* s'est ajouté le *trespass to chattel* qui requière un préjudice qui est seul applicable au numérique. Le *restatement of torts* établit 4 critères à l'établissement du *tort of trespass to chattel*. Le *trespass* doit avoir eu pour conséquence de déposséder le propriétaire, de diminuer la qualité ou la valeur de la chose, de priver le propriétaire de l'utilisation de sa chose pendant une période de temps substantielle et de causer un préjudice physique au propriétaire ou à une personne ou une chose sur lesquels le propriétaire a un intérêt légitime. Voir *Restatement (Second) of Torts* §218.

¹²⁶⁴ CJUE, 19 décembre 2013, affaire C-202/12, *Innoweb BV c. Wegener ICT Media BV et Wegener Mediaventions BV*.

¹²⁶⁵ Les métamoteurs de recherches interrogent simultanément plusieurs moteurs de recherches et sélectionnent les résultats les plus pertinents en écartant les doublons. Voir IAAT, « *Les méta-moteurs de recherche* », 2005, p. 1, accessible à http://www.iaat.org/telechargement/guide_methodo/1_4_meta_moteurs.pdf (dernier accès 30/09/1988).

¹²⁶⁶ Point 54.

¹²⁶⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER, « *Droit civil – Les biens* », Dalloz, 8^e édition, 2010, p. 97, 83.

¹²⁶⁸ « *Brief of Amici Curiae in Support of Bidder's Edge, Inc., Appellant, Supporting Reversal* », sous la direction de M.A. LEMLEY, 22 juin 2000, p. 2.

¹²⁶⁹ Les procédures judiciaires américaines font largement appel à l'intervention d'experts et d'études. Voir Y. GANNE, « *La question sociologique dans les doctrines contemporaines du droit américain* », colloque du 30 mai 2015, Université Paris 2.

cour¹²⁷⁰ » présentés par les parties et qui aident les juges à comprendre les enjeux d'une affaire et dont les avis ne sont pas obligatoires¹²⁷¹ - dans l'affaire *Ebay, Inc. v. Bidder's Edge* et sollicités dans le cadre de l'appel du jugement de la *district court*, il a été souligné que cette solution va à l'encontre de l'intérêt public et limite l'échange d'information sur les prix. Le libre commerce s'en trouverait ainsi restreint. La libre jouissance du moteur de recherche peut donc être limitée dès lors qu'il en va de l'intérêt public. Les *amici curiae* ont notamment souligné le fait que les juges allaient mettre un terme à l'accès facilité et économique aux produits de consommation. Les *amici curiae* n'ont abordé la question que sous un angle purement économique mais cela a des conséquences en matière culturelle. En effet, en interdisant le référencement d'offres mises en ligne par des tiers les internautes n'ont pas accès à l'intégralité des offres culturelles existantes. Enfin, le *trespass to chattel* doit être *actual*¹²⁷², c'est à dire effectif et contemporain des faits. Or l'arrêt retient que le *tort* est constitué en imaginant quelle serait la situation du demandeur si un nombre plus élevé d'internautes utilisait le service. Il nous semble dès lors que la solution des *amici curiae* est fondée juridiquement car le préjudice n'est pas effectif.

665. Néanmoins, le Neuvième Circuit n'a pas rendu de décision dans cette affaire. L'avis des *amici curiae* est donc en attente de confirmation ou d'infirmité par un Circuit. Aucun autre juge n'a pris position sur cette question mais plusieurs arrêts¹²⁷³ ont confirmé la solution de l'arrêt *eBay*¹²⁷⁴. Il avait été retenu que les *crawlers* de la société Bidder's Edge utilisaient les ordinateurs de la société eBay - même si l'interférence n'était pas substantielle - et que cela avait pour conséquence de consommer une partie de la bande passante de la société eBay à cause des 80.000 demandes par jour. Une conception holiste relevant de l'impératif kantien s'est donc imposée car il a été affirmé que si un tel acte n'était pas interdit des tiers ne seraient pas dissuadés d'utiliser les moteurs de recherche de tiers. La souplesse de l'approche

¹²⁷⁰ *Ryan v. Commodity Futures Trading Comm'n*, 125 F.3d 1062, 1063 (7th Cir. 1997).

¹²⁷¹ M.J. HARRIS, « *Amicus Curiae: Friend Or Foe? The Limits Of Friendship In American Jurisprudence* », 5 *Suffolk J. Trial & App. Advoc.* 1, 2000, 4.

¹²⁷² *Intel Corp. v. Hamidi*, 30 Cal. 4th 1342, 71 P.3d 296, 1 Cal. Rptr. 3d 32, 2003 Cal. LEXIS 4205, 2003 Cal. Daily Op. Service 5711, 20 I.E.R. Cas. (BNA) 65, 2003 Daily Journal DAR 7181, 148 Lab. Cas. (CCH) P59,756 (Cal. 2003); J.L. DIAMOND, LC. LEVINE, A. BERNSTEIN, « *Torts* », Lexisnexis, 5^e édition, p. 26-27.

¹²⁷³ *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12987, Copy. L. Rep. (CCH) P28,146 (C.D. Cal. Aug. 10, 2000); *Baggett v. Hewlett-Packard Co.*, 582 F. Supp. 2d 1261, 2007 U.S. Dist. LEXIS 97642 (C.D. Cal. 2007); *Coupons, Inc. v. Stottlemire*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 109367, Copy. L. Rep. (CCH) P29,591, 2008 WL 3245006 (N.D. Cal. July 2, 2008).

¹²⁷⁴ *Ebay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058, 2000 U.S. Dist. LEXIS 7287, 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 1798 (N.D. Cal. 2000).

américaine est opposée à celle en vigueur en France¹²⁷⁵ où les juges tranchent *a priori* en fonction des faits de l'espèce et non pas de considérations extérieures.

666. L'arrêt *Innoweb* adopte une position similaire mais en considération uniquement des intérêts des producteurs de bases de données et se place donc dans une approche lockéenne. Il leur confère ainsi un droit de contrôler l'accès aux informations sans distinction entre les œuvres protégées par le droit d'auteur, les œuvres tombées dans le domaine public et les informations brutes non protégées. Cette appropriation n'est pas limitée de façon satisfaisante par le critère de l'utilisation substantielle du formulaire qui autorise les utilisations limitées sans considération de leur intérêt pour le public, alors que le droit européen est familier des tests de proportionnalité.

667. Les juges de Luxembourg ont ainsi retenu que le propriétaire d'un moteur de recherche jouit d'un monopole sur le formulaire de son moteur de recherche parce que le contournement du formulaire peut avoir pour conséquence une baisse des revenus du producteur¹²⁷⁶. Ainsi, à l'inverse de l'avis des *amici curiae* et dans le sillage de l'arrêt de la *District Court*, l'arrêt *Innoweb* place le créateur du moteur de recherche au centre de son raisonnement sans considération pour les intérêts du public. Cette différence avec le *copyright* est logique étant donné que le droit de la responsabilité civile sert avant tout à protéger des intérêts privés.

668. En outre, plus qu'un raisonnement purement juridique, les juges européens adoptent une approche mêlant droit et économie afin de renforcer le monopole du producteur du moteur de recherche. Ils ont en effet souligné que le recours à un métamoteur de recherche risque de diminuer le trafic¹²⁷⁷ sur le site car les internautes se contentent du métamoteur de recherche sans recourir au moteur de recherche lié. De cette façon, le moteur de recherche lié engrange moins de bénéfices, ce qui fait obstacle, selon les juges de Luxembourg, à un retour sur investissement des producteurs de bases de données. L'argument nous paraît critiquable car il était tout à fait possible d'obliger les métamoteurs de recherche à présenter les publicités du moteur de recherche cible pendant quelques secondes à la suite du clic sur un lien menant

¹²⁷⁵ Article 5 du Code civil.

¹²⁷⁶ CJUE, 19 décembre 2013, affaire C-202/12, *Innoweb BV c. Wegener ICT Media BV et Wegener Mediaventions BV*, 42.

¹²⁷⁷ CJUE, 19 décembre 2013, affaire C-202/12, *Innoweb BV c. Wegener ICT Media BV et Wegener Mediaventions BV*, 41.

vers ledit moteur. De cette façon, le moteur de recherche aurait perçu des bénéfices lui permettant d'amortir son investissement. La focalisation sur le dommage économique souligne le caractère confus¹²⁷⁸ de la protection du droit *sui generis* qui n'est pas un véritable droit de propriété et qui protège contre des actes relevant de la concurrence déloyale. Or la concurrence déloyale est fondée sur les articles 1240¹²⁷⁹ et 1241¹²⁸⁰ du Code civil réglementant la responsabilité extra-contractuelle¹²⁸¹. Le droit *sui generis* constitue désormais d'un fondement juridique particulier mais il constitue une excroissance de la responsabilité civile dans la mesure où il s'agit d'un « droit sur l'investissement dans la filiation directe des constructions jurisprudentielles faites sur le continent pour lutter contre le parasitisme¹²⁸² ». Les approches américaine et française ne sont donc pas si éloignées.

669. L'approche européenne s'éloigne cependant de la logique irriguant le *tort* américain dans la mesure où il ne s'applique pas pour un préjudice économique¹²⁸³ mais uniquement pour une perte de jouissance d'un bien. En effet, le droit américain est traditionnellement réfractaire à l'indemnisation des préjudices purement économiques¹²⁸⁴. Néanmoins, il nous semble que dans la très grande majorité des cas, il n'y aura pas qu'une pure perte économique mais également une diminution de la jouissance du bien. La notion de *pure economic loss* ne devrait donc pas constituer une barrière à l'établissement du *tort*. Le droit européen n'aura donc pas plus souvent vocation à interdire l'établissement de liens que le droit américain.

670. Les approches européenne et américaine confèrent aux moteurs de recherche un droit sur l'accès aux informations dont ils risquent d'abuser non pas dans le seul but d'assurer un retour sur investissement, mais pour limiter la libre concurrence et l'accès aux informations. Il y a donc un risque de monopolisation excessive des contenus qui risque de conduire à une perte de bien-être social¹²⁸⁵ des internautes par la monopolisation de l'accès à l'information.

¹²⁷⁸ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 2538.

¹²⁷⁹ Article 1382 ancien du Code civil.

¹²⁸⁰ Article 1383 ancien du Code civil.

¹²⁸¹ Com. 29 mai 1967, Bull. civ. III, no 209 ; V. Com. 30 mai 2000, no 98-15.549 ; Y. PICOD, Y. SERRA, Y. AUGUET, « *Concurrence déloyale* », octobre 2014, Dalloz, Répertoire de droit commercial, 14.

¹²⁸² C. LE GAL, N. MARTIN, « *Droit des bases de données et parasitisme un arrêt en demi-teinte de la Cour d'appel de Paris* », RLDI, janvier 2006, n°339, p. 13.

¹²⁸³ J.L. DIAMOND, L.C. LEVINE, A. BERNSTEIN, « *Tort* », Lexisnexis, 2013, p. 168-171.

¹²⁸⁴ R.J. RHEE, « *A Production Theory Of Pure Economic Loss* », 104 Nw. U.L. Rev. 49, hiver 2010, 49.

¹²⁸⁵ F. BENHAMOU, J. FARCHY, « *Droit d'auteur et copyright* », Repères, 2014, p. 103.

671. Les droits européen et américain débouchent donc sur une sur-réservation en violation du principe de la libre circulation des idées, de la libre concurrence¹²⁸⁶, et constituent une violation de l'idéal libertaire de l'internet. Si un lien peut avoir pour conséquence de violer les droits du propriétaire d'un formulaire de recherche de base de données, la question se pose de savoir si un lien peut avoir pour conséquence de violer le monopole d'exploitation d'une base lorsqu'il mène vers ses contenus.

Sous-Section 2 : L'extraction des éléments de la base de données

672. Lorsque le lien mène vers une base de données ne jouissant pas de la protection du droit d'auteur et n'étant donc pas protégée par le droit *sui generis*, aucune barrière ne s'oppose à l'établissement d'un lien. La liberté de lier sera donc totale.

673. La question de la liberté de lier se pose en revanche pour les bases protégées par le droit d'auteur (Paragraphe 1) et par le droit *sui generis* (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les bases de données protégées par le droit d'auteur et le *copyright*

674. Le droit d'auteur¹²⁸⁷ et le *copyright*¹²⁸⁸ ont vocation à s'appliquer indifféremment à toutes les créations marquées par l'empreinte de la personnalité de l'auteur ou qui s'avèrent originales. Les droits communs du droit d'auteur¹²⁸⁹ et du *copyright*¹²⁹⁰ assurent une protection aux anthologies et plus généralement à toutes les formes qui sont le fruit de l'empreinte de la personnalité d'un auteur en droit français ainsi qu'aux *compilations* en droit

¹²⁸⁶ Brief of Amici Curiae in Support of Bidder's Edge, Inc., Appellant, Supporting Reversal, sous la direction de M.A. LEMLEY, 22 juin 2000, p. 2.

¹²⁸⁷ CJCE, 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening.

¹²⁸⁸ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

¹²⁸⁹ L. 112-3 et L. 121-8 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁹⁰ 17 U.S.C. section 106.

américain dès lors qu'elles font l'objet d'un minimum d'originalité¹²⁹¹. L'anthologie¹²⁹², ainsi que la *compilation*¹²⁹³, peuvent donc bénéficier de la protection du droit d'auteur et du *copyright* même si elles sont numériques.

675. Or, l'anthologie ainsi que la *compilation* peuvent constituer des bases de données. Les protections du droit d'auteur et du droit *sui generis* sont cumulatifs dans la mesure où elles ne protègent pas les mêmes éléments. Ainsi, alors que le droit d'auteur protège l'architecture et l'agencement d'une base de données, le droit *sui generis* protège le contenu¹²⁹⁴. Il n'existe pas de cumul aux Etats-Unis étant donné qu'il n'existe que le *copyright*. Les bases de données protégées exclusivement par le droit d'auteur sont celles n'étant pas le fruit d'un investissement substantiel humain, matériel ou financier mais présentant la marque de l'empreinte de la personnalité de leurs auteurs. Les bases de données respectant les critères d'investissements substantiels jouiront en revanche du cumul des deux protections.

676. Lorsque ces créations ne sont protégées que par le droit commun du droit d'auteur ou du *copyright*, les règles applicables sont celles vues précédemment en matière de liens vers des œuvres protégées. La création de liens sera donc par principe légale, sauf les exceptions soulevées dans les développements précédents, et notamment l'établissement d'un lien vers une contrefaçon en droit français et européen ou, en droit américain lorsque le créateur de lien se rend coupable de *secondary infringement*.

677. Le droit de lier est donc particulièrement étendu lorsqu'il s'agit d'établir des liens vers des bases de données protégées exclusivement par le droit d'auteur ou le *copyright*. Il se trouvera partiellement réduit lorsque la base de données est protégée par le droit *sui generis*.

¹²⁹¹ En droit français : Cass. civ. 1^e, 2 mai 1989, JCP, 1990 II 21392, obs. LUCAS, RTD com., 1989, 675, obs. FRANÇON.

En droit américain : *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

¹²⁹² Paris, 12 septembre 2001, D., 2001, AJ, 2895, Com., Com. élec., 2001, n°121, note CARON, JCP, 2002 II 10000, note F. POLLAUD-DULIAN : « il importe peu que cet ensemble d'informations soit communiqué au public sous forme d'un catalogue papier, l'existence d'une base de données ne dépendant pas de la nature de son support, lequel est indifférent ».

¹²⁹³ Voir notamment *CCC Information Services v. Maclean Hunter Market Reports, Inc.*, 44 F.3d 61 (2d Cir. 1994).

¹²⁹⁴ « Droit d'auteur et droit du producteur », RLDI, avril 2016, 428.

Paragraphe 2 : Les bases de données protégées par le droit *sui generis*

678. Afin d'assurer un référencement efficace les liens doivent extraire les éléments des bases de données, ce qui risque d'engager la responsabilité des créateurs de liens (I). En outre, si les liens n'extraient pas d'éléments essentiels de la base de données, il est possible qu'ils aient pour conséquence de réutiliser les éléments liés (II).

I) L'extraction des éléments d'une base de données par les ancrés de liens

679. Lorsqu'une base de données est protégée par le droit *sui generis*, le producteur a le droit d'interdire l'extraction de la totalité ou d'une partie substantielle de sa base de données¹²⁹⁵. L'extraction est constituée par le « transfert [de données] sur un autre support¹²⁹⁶ ». Malgré sa similarité¹²⁹⁷, l'extraction se distingue du droit de reproduction par son objectif¹²⁹⁸. En effet, l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que l'extraction est constituée par tout acte consistant [...] à s'approprier [...], sans le consentement de la personne qui a constitué la base de données, les résultats de son investissement, privant ainsi cette dernière de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement¹²⁹⁹ ». Ainsi, alors que le droit commun du droit d'auteur se limite à une conception technique du droit de reproduction, la notion d'extraction est empreinte d'une dimension économique limitant son champ d'application. Cette approche est cohérente dans la mesure où il s'agit d'un droit issu des conceptions continentales du parasitisme¹³⁰⁰.

680. En outre, l'extraction et la reproduction se distinguent par le fait que la première se limite à la fixation effectuée à partir de la base de données du demandeur, alors que le droit de reproduction s'applique à toute fixation de la forme indépendamment de l'origine du modèle

¹²⁹⁵ Article 7 de la directive 96/9/CE.

¹²⁹⁶ Article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁹⁷ G. KOUMANTOS, « *Les bases de données dans la directive communautaire* », RIDA, 1997, p. 121.

¹²⁹⁸ A. LUCAS, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, fasc. 1650, 11 décembre 2015, 53.

¹²⁹⁹ CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a. c/ William Hill Organization Ltd*, pt 51.

¹³⁰⁰ C. LE GAL, N. MARTIN, « *Droit des bases de données et parasitisme un arrêt en demi-teinte de la Cour d'appel de Paris* », RLDI, janvier 2006, n°339, p. 13.

de la copie¹³⁰¹. L'établissement de liens vers un contenu qui se trouverait autre part que sur la base de données du demandeur ne se verrait donc pas opposé le droit *sui generis*.

681. Une partie de la doctrine¹³⁰² a retenu que l'établissement d'un lien hypertexte vers une base de données protégée par le droit *sui generis* ne constitue pas une extraction. Cette position prend acte de l'impossibilité pour les liens de reproduire le contenu lié et, par conséquent, de l'extraire. En effet, la reproduction effectuée par la copie cache étant licite¹³⁰³ le droit de reproduction n'a pas vocation à être opposé au créateur de lien. La liberté totale de lier vers des bases de données protégées par le droit *sui generis* est ainsi protégée.

682. Il a cependant été fait remarquer que si techniquement aucune reproduction n'était effectuée, il pouvait être argué que, sur le plan du but illicite et de l'équivalence des résultats, les liens sont à l'origine d'une extraction conformément à la théorie de l'emprunt de substance¹³⁰⁴. Le débat a donc porté, comme dans l'arrêt américain *Perfect 10 v. Google*¹³⁰⁵, sur la question de savoir si la contrefaçon devait être comprise comme un acte matériel de reproduction ou comme une impression similaire à une reproduction. La jurisprudence américaine avait tranché dans l'arrêt *Perfect 10* en retenant que la reproduction devait s'entendre au sens matériel et non pas intellectuel. Le droit américain postule donc la liberté de lier vers des bases de données car les liens ne reproduisent pas les pages vers lesquelles ils mènent et s'attache à une conception technique. Au sein de l'Union Européenne la solution est moins évidente car la CJUE¹³⁰⁶ a accepté la notion d'extraction intellectuelle d'une base de données lorsqu'une série de poème avait été extraite pour être reproduite dans une seconde base de données. Or les liens peuvent permettre une extraction intellectuelle d'une base de données. Malgré le précédent européen, la jurisprudence française a, malgré l'hésitation initiale¹³⁰⁷, rejeté la théorie de l'emprunt de substance pour les hyperliens.

¹³⁰¹ A. LUCAS, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1650, 11 décembre 2015, 53.

¹³⁰² P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 183, 182.

¹³⁰³ Article 5.1 de la directive 2001/29/CE.

¹³⁰⁴ A. Lucas, « *Droit d'auteur et numérique* », *op. cit.*, n° 50.

¹³⁰⁵ *Perfect 10 v. Google, Inc., et al.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

¹³⁰⁶ CJCE, 9 octobre 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH c. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*.

¹³⁰⁷ Antérieurement à l'arrêt de la CJUE le Tribunal de Grande Instance de Paris a retenu dans l'arrêt *Keljob* (TGI Paris, 5 septembre 2001, SA Cadremploi c. SA Keljob et Sté Colt Télécommunications France, Legalis) que les informations de sélections et de référencement telles que l'intitulé du poste, le secteur d'activité concerné, la zone géographique ainsi que la date de parution sur le site du défendeur, reproduites par les liens d'un moteur de recherche, étaient qualitativement substantielles. Les juges ont donc retenu que les ancres de liens du moteur de recherche avaient dépassé la stricte

683. Le TGI de Paris¹³⁰⁸ a en effet retenu que l'indexation de références immobilières en fonction de la situation des biens, du type, de la surface, du nombre de pièce et du prix ne constitue pas une extraction de la base de données. Les juges ont en effet retenu que le caractère banal de ces informations fait obstacle à leur qualification d'éléments qualitativement substantiels de la base de données. Cette approche surprend car le critère de banalité n'a pas été mentionné par la directive relative aux bases de données qui confère une protection dès lors qu'un investissement substantiel a été effectué. Il fait en revanche référence à l'originalité qui relève du droit commun du droit d'auteur et qui a été exclu de la directive. Les juges auraient donc du se contenter de mentionner le critère de l'extraction substantielle au lieu de tomber dans une confusion des genres. Ces solutions donnent l'impression que les juges tentent de trouver des raisonnements afin d'assurer la liberté de lier. Ils ne semblent trancher en droit qu'en apparence mais ils statuent plutôt en équité. Notre droit suit ainsi une évolution similaire à celle du droit anglais médiéval qui a introduit la notion d'équité lorsque le régime juridique introduit par les Normands s'est avéré inadapté aux besoins de la société¹³⁰⁹. Il apparaît que le droit *sui generis* est inadapté aux hyperliens.

684. Il nous semble que l'équilibre entre les intérêts des producteurs et des internautes serait mieux respecté si une publicité du site lié était présentée aux internautes à la suite du clic sur l'ancre. En effet, la raison de la saisine du juge dans ce type d'affaire est que les liens ont pour conséquences d'amener des internautes directement du site source à la page cible

fonction de recherche des sites internet¹³⁰⁷ car elles sont constituées des « éléments essentiels » de chaque offre puisqu'elles sont basées sur les « informations dites de sélection et de référencement qui font la valeur de la base de données ». Les ancres ont donc matériellement extrait des éléments essentiels de la base de données en les reproduisant. Les juges ont par conséquent assuré une protection, par le droit *sui generis*, au formulaire et donc aux « éléments nécessaires [...] à la consultation » de la base de données.

La Cour d'appel (CA Paris, 14^e ch., section B, 25 mai 2001, Legalis) a par la suite retenu que l'extraction n'était pas qualitativement substantielle car les informations mentionnées dans les ancres - qui sont les éléments vus précédemment - ne sont pas exhaustives de l'offre et ne permettent pas de concurrencer le producteur de la base de données. La Cour d'appel adopte donc une conception restrictive de la qualité d'élément substantiel afin d'assurer la liberté de lier et pour ne pas bloquer l'innovation. Les mêmes éléments sont donc qualifiés de façon différente par les deux juridictions sans qu'une justification précise ne soit apportée.

¹³⁰⁸ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 1^{er} février 2011, Sté Adenclassifieds c. Sté Solus'immo, legalis, accessible à : http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3092 (dernier accès : 4/11/2014).

¹³⁰⁹ Auteur anonyme, « *The Common Law And Civil Law Traditions* », The Robbins Collection, Berkeley, 3, accessible à : <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/pdf/CommonLawCivilLawTraditions.pdf> (dernier accès: 10/10/2016).

sans montrer de publicité du site lié. Ce dernier perd ainsi des revenus publicitaires alors qu'il a investi dans la création de la base de données. Cette situation ne satisfait pas la théorie lockéenne de la propriété qui récompense les efforts. Une telle configuration parasitaire nous semble condamnable car elle récompense ceux qui n'investissent pas et ne prennent aucun risque. La présentation des publicités permettrait ainsi au site cible d'obtenir des revenus publicitaires à chaque fois qu'un internaute visite son site à partir d'un site tiers. Cette solution permettrait d'atteindre le même objectif de retour sur investissement que poursuit la directive tout en assurant le libre accès aux informations sur internet même dans les cas où les ancres ne se contentent pas de reproduire des éléments nécessaires.

685. Une telle solution technique permettrait en outre de trouver un équilibre entre les intérêts des parties sans que les juges ne prennent des décisions peu rigoureuses du point de vue du raisonnement juridique. La CJUE a été confrontée à une situation similaire dans l'arrêt *Svensson*¹³¹⁰ en matière de droit commun du droit d'auteur. Elle y a pris une décision libertaire afin de soutenir le développement de l'internet mais en violation des principes juridiques établis¹³¹¹. Bien qu'il ne soit pas possible de jeter l'opprobre sur les juges qui se trouvent confrontés aux limites de nos systèmes juridiques hérités de l'époque analogique, il n'est pas possible de se satisfaire de l'insécurité juridique qui résulte des décisions prises sur des fondements juridiques pour le moins incertains.

686. Malgré les limites de la solution de 2011 de la Cour de cassation, elle doit être soutenue. Les critères choisis pour le moteur de recherche ne constituent pas des éléments qualitativement substantiels dans la mesure où leur obtention, leur vérification et leur présentation ne requièrent pas un investissement substantiel du producteur de la base de données au sens de l'arrêt *British Horseracing Board c. W. Hill*¹³¹². En effet, l'obtention, la vérification et la présentation sont le fait des internautes qui renseignent dans un formulaire numérique les informations demandées. Les investissements relatifs à ces éléments ne relève donc pas de la vérification des données mais de leur obtention. Or la directive 96/9/CE ne protège pas l'obtention de données¹³¹³ afin d'assurer la libre circulation des informations mais

¹³¹⁰ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

¹³¹¹ ALAI, « *Opinion On The Criterion 'New Public' Developed By The Court Of Justice Of The European Union (CJEU), Put In The Context Of Making Available And Communication To The Public* », 17 septembre 2014.

¹³¹² CJUE, 9 novembre 2004, *British Horseracing Board c. W. Hill*, affaire C-203/02.

¹³¹³ CJUE, 9 novembre 2004, *British Horseracing Board c. W. Hill*, affaire C-203/02, points 32 et 38.

uniquement leur présentation systématique. Même si un site s'adonne à un contrôle des données préalablement à leur mise en ligne les investissements nécessaires sont réputés constitués pour les créations de données et non pas pour l'organisation de la base de données¹³¹⁴. Cette solution s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence rejetant toute protection pour les créations qui sont le résultat d'interventions non coordonnées d'individus¹³¹⁵.

687. Cette solution est donc particulièrement favorable aux créateurs de liens dans la mesure où l'extraction de données sera autorisée dès lors qu'il ne s'agit que d'informations banales. Le droit *sui generis* partage donc avec le droit commun du droit d'auteur¹³¹⁶ l'idée qu'une protection ne peut être conférée que s'il existe une intelligence unique à la tête d'une création. Cette approche, héritée de l'époque analogique où la majorité des œuvres était le fruit d'un acte de création conscient, sied mal aux nouveaux modes de productions intellectuels impliquant des individus sans connexion entre eux. L'internet induit donc une forme de retour au mouvement scolastique médiéval dans la mesure où plusieurs individus participent à la création d'une œuvre sans se sentir auteur¹³¹⁷. Le droit d'auteur, le droit *sui generis* ainsi que le *copyright* américain sont donc confrontés à de nouveaux modes de production auxquels ils ne souhaitent pas opposer de régime de privatisation. Cette solution est heureuse car il ne résulterait pas du paradigme inverse une meilleure stimulation de la création étant donné que les apports individuels sont souvent minimes et ne feraient donc l'objet que d'une rémunération dérisoire. Lorsqu'elle est recherchée la rémunération est obtenue par un autre modèle économique que le droit d'auteur ou le *copyright*. Le référencement se trouve ainsi facilité et avec lui l'accès aux informations.

688. Le droit français prend par conséquent en compte la dimension participative de l'internet et écarte l'application du droit *sui generis* lorsque la création de la base de données est le fait des internautes plus que du producteur de la base. Cela permet également de ne pas conférer un droit de propriété à un producteur qui ne serait pas à l'origine d'efforts substantiels dans la création de la base de données. Une solution contraire aurait été critiquable eu égard à la conception lockéenne qui irrigue le droit *sui generis* des bases de données. Le droit américain reste en revanche conforme à sa conception fondée sur l'originalité qui permet de ne pas protéger les œuvres créées par plusieurs entités sans

¹³¹⁴ CJUE, 9 novembre 2004, British Horseracing Board c. W. Hill, affaire C-203/02, points 39-40.

¹³¹⁵ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 22 mai 2014, Bêta et Compagnie et autres c. Australie, Legalis.

¹³¹⁶ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 22 mai 2014, Bêta et Compagnie et autres c. Australie, Legalis.

¹³¹⁷ I. DIU, E. PARINET, « Histoire des auteurs », *op. cit.*, p. 101.

direction commune conformément au droit commun du *copyright*. L'arrêt *Community for Creative Non-Violence v. Reid*¹³¹⁸ a en effet retenu que l'auteur est la personne qui traduit une idée dans une forme fixe, et non pas un ensemble d'internautes créant séparément. Une création composée de l'apport de plusieurs auteurs ne constitue une *collective work* que si les différents éléments sont assemblés volontairement par une entité¹³¹⁹, ce qui écarte par conséquent tout droit sur une création qui est le fruit d'une combinaison non voulue. Les droits français et américain arrivent donc à des solutions similaires en appliquant pourtant des théories profondément différentes.

689. Cette distinction s'étend en matière de réutilisation des éléments d'une base de données par les liens.

II) La réutilisation des éléments d'une base de données par les liens

690. Les liens permettent aux internautes d'accéder à des bases de données se trouvant sur internet. Étant donné que la création de liens ne nécessite techniquement aucune autorisation préalable, il est possible que certains liens soient établis sans autorisation des producteurs de base de données. Les jurisprudences américaine et européenne n'ont pas eu l'occasion de trancher la question de la légalité de ces liens. Cependant, les droits européen et américain apporteront la même réponse bien qu'ils adoptent des méthodes différentes.

691. En Europe, les travaux préparatoires de la directive 96/9/CE ainsi que les considérants ne mentionnent pas la question de son applicabilité aux liens. Cette absence est sans doute le fruit de l'état encore balbutiant de la démocratisation de l'internet au moment du vote de la directive. Il est cependant regrettable que l'Union Européenne, dont les scientifiques ont inventé les hyperliens, ne les ait pas pris en compte. Cette absence de prise de position soulève des doutes quant à l'opposition des droits des producteurs de bases de données aux créateurs de liens.

¹³¹⁸ L'arrêt *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730, 737, 109 S. Ct. 2166, 104 L. Ed. 2d 811 (1989) a en effet retenu que l'auteur est la personne qui traduit une idée dans une forme fixe.

¹³¹⁹ B. NIMMER, « *Nimmer on Copyright* », *op. cit.*, §5.02.

692. Aux Etats-Unis en revanche, aucune réglementation relative aux droits *sui generis* n'a vu le jour. Cependant, le projet de loi dit 3261¹³²⁰, qui visait à introduire une protection équivalente, avait retenu à la section 4(c) que « *nothing in this Act shall restrict the act of hyperlinking of one online location to another or the providing of a reference or pointer*¹³²¹ ». L'établissement de liens vers des bases de données n'avait donc pas vocation à être interdit. Ainsi, même dans l'hypothèse, peu probable¹³²² car cela reviendrait à contourner les dispositions de la *Copyright clause* sur le fondement de la *Commerce clause*¹³²³, où les Etats-Unis introduiraient une protection *sui generis* des bases de données, le législateur sera certainement attentif à ne pas interdire la création de liens afin d'assurer la libre circulation des idées. Une telle réglementation n'est de toute façon pas à l'ordre du jour. Le droit commun, libertaire pour les créateurs de liens, aura donc vocation à s'appliquer.

693. Cette différence entre les deux systèmes est le fruit des contextes de réflexion distincts. Le législateur européen de 1996 a voté la directive 96/9/CE alors que l'internet était au début de sa démocratisation. Les députés n'avaient sans doute pas vraiment conscience des potentialités des liens. Le projet américain a été pensé 7 ans plus tard alors que l'internet était déjà largement diffusé aux Etats-Unis. Il en résulte que le droit européen n'a pas été pensé pour les hyperliens, et que cela risque d'en entraver le développement.

694. En effet, l'article 5 de la directive 96/9/CE relative au droit *sui generis* des producteurs de bases de donnée leur reconnaît le droit d'interdire à autrui la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement substantielles de sa base. L'auteur peut ainsi interdire tout acte de mise à disposition au public sans son consentement du résultat de ses investissements dès lors que cela le prive de revenus. Le droit de réutilisation est défini à l'article 7.2(b) de la directive comme « toute forme de mise à la

¹³²⁰ H.R. 3261, 108^e Congrès, 8 octobre 2003.

¹³²¹ « Rien dans cette loi ne doit restreindre la création d'hyperlien d'un site à un autre ou la fourniture d'un outil de référencement ou d'un pointeur » (traduction libre).

¹³²² L'intégration d'une protection *sui generis* aux Etats-Unis serait inconstitutionnelle car elle assurerait une protection aux œuvres même en l'absence d'originalité, ce qui est contraire à la *Copyright Clause* de la constitution, et risque de soulever des difficultés quant à la liberté d'expression protégée par le premier Amendement de la Constitution. Voir X. WU, « *E.C. Database Directive* », 17 Berkeley Tech. L.J. 571, 2002.

¹³²³ HEALD, SHERRY, « *Implied Limits on the Legislative Power : The Intellectual Property Clause as an Absolute Constraint on Congress* », 2000, U. Ill. L. Rev., 1119.

disposition du public de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base par distribution de copies, par location, par transmission en ligne ou sous d'autres formes ».

695. La CJUE a été saisie de la question de la définition de la réutilisation dans un arrêt en date du 18 octobre 2012¹³²⁴. Les juges ont retenu que la réutilisation est constituée par tout acte consistant à diffuser tout ou partie du contenu de la base de données au public. Le concept de diffusion n'est pas défini dans l'arrêt mais semble devoir être compris de façon très large étant donné que « la nature et la forme du procédé utilisé sont dépourvus de pertinence¹³²⁵ ». Le concept de diffusion a donc vocation à s'appliquer à l'internet. Cependant, l'arrêt relève que constitue une diffusion « l'acte qui, tel que ceux en cause au principal, consiste pour une personne à envoyer, au moyen de son serveur web, sur l'ordinateur d'une autre personne, à la demande de cette dernière, des données préalablement extraites du contenu d'une base de données protégée par le droit *sui generis*¹³²⁶ ». Or, les liens n'extrait pas préalablement des données de la base de données ciblée.

696. Le droit américain propose un résultat similaire en recourant au droit de *display* du droit commun du *copyright*. L'arrêt *Perfect 10 v. Amazon*¹³²⁷ a en effet retenu que le *server test* fait obstacle à l'application du droit de *display* car l'œuvre n'est pas reproduite par le créateur du lien. Il en résulte qu'un lien ne pourra pas violer le *copyright* du producteur d'une base de données. Les raisonnements sont donc relativement similaires étant donné que dans les deux droits le lien n'extrait pas de contenu de la base de données et fait donc obstacle au monopole.

697. Les producteurs de bases de données ont donc intérêt à instaurer des mécanismes de rémunération tels que la visualisation de publicités avant l'arrivée sur leurs sites ou l'instauration de mesures techniques efficaces. Dans les deux cas, les producteurs de bases de données n'ont donc besoin que de la réglementation relative au contournement des mesures de protection afin de protéger leurs intérêts financiers. Il nous semble que cette solution s'avère

¹³²⁴ CJUE, 3^e ch., 18 octobre 2012, aff. C-173/11 Football Dataco Ltd et a. c. Sportradar GmbH et Sportradar AG.

¹³²⁵ CJUE, 3^e ch., 18 octobre 2012, aff. C-173/11 Football Dataco Ltd et a. c. Sportradar GmbH et Sportradar AG, 20.

¹³²⁶ CJUE, 3^e ch., 18 octobre 2012, aff. C-173/11 Football Dataco Ltd et a. c. Sportradar GmbH et Sportradar AG, 21.

¹³²⁷ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007).

protectrice des créateurs de bases de données sans pour autant limiter indûment l'accès aux contenus pour les internautes. Les propriétaires de sites internet auront en effet tout intérêt à ne pas présenter de publicités trop longues afin de ne pas faire fuir les internautes. À défaut, leurs revenus publicitaires diminueront. Le marché régulera ainsi l'équilibre entre l'intérêt du public à accéder aux œuvres et l'intérêt des producteurs de base de données à obtenir une rémunération.

698. La divergence entre les droits français et américain en matière de droits moraux et de droits *sui generis* soulignent donc les différences d'approches intellectuelles ainsi que les objectifs de politiques économiques de chaque système. Il nous semble que la France a eu raison d'introduire les droits moraux car ils protègent non seulement les intérêts des auteurs mais également ceux du public en ce qu'ils améliorent la neutralité de l'accès aux œuvres en les plaçant dans le contexte intellectuel fidèle à l'esprit de l'œuvre.

699. En revanche, l'introduction du droit *sui generis* penche de façon déraisonnable en faveur des producteurs sans que cela n'ait permis une augmentation de la production de bases de données en Europe. Les contours du droit *sui generis* permettent néanmoins une application limitée n'ayant pas d'effet important sur la liberté de création de liens et donc sur l'accès aux contenus. Le droit *sui generis* est donc peu adapté aux créations intellectuelles et constitue une erreur que le législateur européen devrait rectifier en le supprimant. Le projet de directive écarte pour lors cette possibilité.

Conclusion de la Première Partie

700. Les droits français, européen et américain convergent donc sur le principe de la liberté de lier qu'ils limitent dans certaines hypothèses afin d'établir un équilibre entre les intérêts des auteurs, du public, et des créateurs de liens. Cependant, cet équilibre est fondé sur des raisonnements parfois peu satisfaisants et peu rigoureux.

701. Il nous semble donc que les droits européen et américain devraient remettre en cause les droits conférés aux auteurs à la fin du 18^e siècle où les législateurs pouvaient confondre l'œuvre immatérielle et son support matériel. Il est désormais important de prendre acte de la limitation du monopole artificiel des auteurs par le numérique et de modifier les concepts utilisés.

702. Il convient néanmoins d'être cohérent avec les paradigmes des deux systèmes. Les droits européen et français ont adopté des systèmes synthétiques alors que le droit américain est analytique en matière de copyright. Dès lors, nous proposons de remplacer les droits de reproduction et de représentation du droit français par un droit plus large de monopole économique de l'auteur qui permettra aux ayants droit toute utilisation présentant un intérêt économique - à charge pour les défendeurs de prouver qu'ils bénéficient de l'une des exceptions l'article 5 de la directive 2001/29/CE ou de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Le droit américain pourrait en revanche introduire un droit « to make available » à la section 106 du *Copyright Act* afin de permettre aux ayants droit de mieux protéger leurs monopoles économiques.

703. En ce qui concerne les droits moraux nous appelons à une convergence du droit américain vers le droit français en matière de droit de paternité et de droit à l'intégrité de l'œuvre. Les droits de divulgation et de retrait sont sans doute trop sensibles et risquent d'être perçus comme des prérogatives permettant de limiter la liberté d'expression. Le droit français devrait à ce titre introduire une exception à ces deux droits lorsque l'œuvre présente un contenu présentant un intérêt public substantiel.

704. En revanche, le droit européen devrait prendre acte de l'échec de la réglementation sui generis des bases de données et mettre un terme à cette protection. Cela permettrait au droit européen de converger vers le droit américain qui a permis l'essor de nombreux producteurs de bases de données.

705. Les Etats-Unis et l'Union Européenne ont en revanche tous les deux eu raison d'introduire des régimes de responsabilité *ad hoc* pour les créateurs automatiques de liens. Ils ont en effet permis l'émergence d'un nouveau secteur économique qu'il est nécessaire d'encadrer afin d'assurer le respect des intérêts des tiers aux prestataires de services.

Seconde Partie : Le conflit entre l'application du droit d'auteur au lien et la liberté d'entreprendre

706. La liberté d'entreprendre est « la liberté de choisir l'objet de l'utilisation de ses moyens de production, et la liberté d'en choisir la structure », c'est à dire la liberté d'utiliser les moyens de production¹³²⁸. L'influence de la notion de *dominium* sur la propriété, qui est le droit de décider ce qui est fait d'une chose de la façon la plus absolue¹³²⁹, se lit en filigrane derrière cette définition. La liberté d'entreprendre est donc composée de deux piliers. Le premier est le droit de propriété, le second est le droit de choisir d'en disposer afin de produire une chose ou un service. Alors que le droit de propriété seul se conçoit comme un droit d'exclusion d'autrui, la liberté d'entreprendre place l'individu au cœur de relations interpersonnelles.

707. L'avènement de la liberté d'entreprendre est l'une des raisons ayant mené à l'invention du *copyright* et du droit d'auteur. Il apparaît que la majorité des juristes¹³³⁰ exagère l'importance qu'a eu l'invention de l'imprimerie et sous-estime la place du développement de la liberté d'entreprendre. Il est certes évident que, sans l'imprimerie, les intérêts des auteurs et des éditeurs auraient pu être protégés sans réglementation particulière. Il n'en reste pas moins que cette invention ne peut expliquer à elle seule le basculement qui s'est opéré au cours du 18^e siècle au Royaume-Uni puis aux Etats-Unis et en France - soit plus de deux siècles après l'invention de l'imprimerie en 1454¹³³¹. En outre, la Chine a inventé des mécanismes de reproduction dès 868. Le Sûtra du Diamant a ainsi été imprimé en Chine afin de faire connaître le bouddhisme¹³³². Au tournant du 11^e siècle Bi Sheng a inventé les

¹³²⁸ V. DELVOVÉ, « *La liberté d'entreprendre* », thèse, Paris 2, 2002, p. 212.

¹³²⁹ P. BIRKS, « *The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership* », *Acta juridica*, 1986).

¹³³⁰ E. POUILLET, « *Propriété littéraire et artistique et du droit de représentation* », 1908, Marchal et Billard, 3^e édition, p. 2.

¹³³¹ M. GAUMOND, « *Invention de l'imprimerie par Gutenberg* », 2005, CVM, accessible à <http://www.cvm.qc.ca/encephi/Syllabus/Histoire/Passecompose/inventionimprimerie.htm> (dernier accès: 13/02/2016).

¹³³² R. ETIEMBLE, « *Invention de l'imprimerie : la Chine ou Gutenberg ?* », *solidarté progrès*, 18 août 2015, accessible à : <http://www.solidariteetprogres.org/documents-de-fond-7/histoire/invention-de-l-imprimerie-la-chine.html> (dernier accès: 1/07/2016).

caractères mobiles puis, au début du 16^e siècle, la xylographie¹³³³ a été utilisée dans l'Empire du Milieu. Il y a donc longtemps eu une nette avance technologique de la Chine par rapport à l'Europe en matière d'impression des écrits sans que cela n'ait pour conséquence une introduction du droit d'auteur. En effet, la culture chinoise promeut traditionnellement la reproduction qui constitue un honneur¹³³⁴ pour l'auteur dont les œuvres sont ainsi rendues accessibles au public. Le droit d'auteur n'est donc pas la réaction obligatoire à l'invention de l'impression mais le résultat d'un état des idées, et notamment à l'émergence du principe d'entrepreneuriat.

708. En outre, le succès naissant du libéralisme anglais à la suite du schisme avec l'Église de Rome est l'une des causes de l'invention du *copyright* en Angleterre. À la suite du schisme de l'Église d'Angleterre par le roi Henri VIII, les biens de l'Église ont été vendus. Cette vente a permis la constitution de patrimoines privés importants et a contribué à l'émergence d'une classe bourgeoise en mesure d'investir et de développer l'économie du pays. Couplée à l'émergence du système des enclosures qui ont permis la réservation de terres assurant de plus grands bénéfices que l'organisation collective antérieure¹³³⁵, le développement économique anglais était lancé. Il a donc été le résultat de la privatisation des outils de production et de leurs fruits. L'idée selon laquelle le système d'exclusivité sur la tête du producteur - et donc de l'auteur - est le plus efficace a ainsi émergé. Cette conception s'est vérifiée récemment en Chine même où la diminution de la protection des œuvres de l'esprit - et donc la chute des revenus à cause de l'absence de privatisation du fruit du travail des auteurs - a eu pour effet une diminution de la production intellectuelle¹³³⁶. Il n'est donc pas étonnant que la reconnaissance de droits aux auteurs soit contemporaine de ce mouvement en Angleterre - même si le législateur ne l'avait pas formellement théorisée.

709. Les Etats-Unis ont intégré cette protection d'inspiration libérale lorsqu'ils étaient encore des colonies britanniques et ils l'ont maintenue à l'indépendance¹³³⁷. Les Etats-Unis se

¹³³³ « Impression à l'aide de planches en bois portant des textes et/ou des images gravées », Larousse, xylographie.

¹³³⁴ H. YANG, « *Is Counterfeiting a Part of Chinese Culture ?* », China Intellectual Property, 1 août 2007, accessible à <http://www.chinaipmagazine.com/en/journal-show.asp?id=264> (dernier accès : 9/08/2016).

¹³³⁵ R.C. ALLEN, « *The Efficiency and Distributional Consequences of Eighteenth Century Enclosures* », décembre 1982, The Economic Journal, vol. 92, n°368, p. 937-953.

¹³³⁶ J. LIU, « *Copyright for Blockheads* », 38 Colum. J.L. & Arts 467, 2015.

¹³³⁷ J. GINSBURG, « *A Tale of Two Copyrights* », Tulane Law Review, 64 (5), mai 1990, 997.

sont donc inspirés du statut de la reine Anne en cherchant à inciter les auteurs à créer. Le pouvoir constituant américain pensait donc encourager la production d'œuvres par la création d'un droit dont les auteurs peuvent faire commerce.

710. La France a pris plus de temps pour intégrer une véritable protection des auteurs. Le retard de la France dans la reconnaissance de droits aux auteurs est le résultat d'un système politique sclérosé qu'il était devenu impossible de réformer¹³³⁸ notamment à cause du blocage des Parlements régionaux. Un mouvement libéral avait néanmoins été initié par Turgot dès la fin de l'Ancien Régime mais il n'a pas pu être concrétisé¹³³⁹. Il a donc fallu attendre la fin du 18^e siècle pour introduire une protection des droits d'auteur avec les lois de 1791¹³⁴⁰ et 1793¹³⁴¹. Le lien entre la libéralisation de l'économie et le droit d'auteur est d'autant plus évident en France que Le Chapelier a été le rapporteur de la première loi sur le droit d'auteur en 1791 et le rédacteur de la loi éponyme de libéralisation de l'économie la même année¹³⁴². Le droit d'auteur est donc conçu comme une prérogative permettant à l'auteur de proposer la cession d'un droit sur un marché afin d'obtenir des bénéfices lui permettant de créer librement, dans le but de vulgariser la connaissance. Les deux systèmes étaient également marqués par une recherche d'équilibre entre la liberté d'entreprendre des auteurs et celle des tiers. La liberté d'entreprendre fonde donc la dimension économique du droit d'auteur et implique un équilibre avec la liberté d'entreprendre d'autrui.

711. L'Angleterre, les Etats-Unis et la France ont donc vu émerger le *copyright* et le droit d'auteur dans un contexte de libéralisation de l'économie et d'émergence des thèses économiques dites classiques. Les trois systèmes juridiques ont ainsi adopté, avant Schumpeter et son ouvrage « Capitalisme, socialisme et démocratie¹³⁴³ », une logique d'appropriation permettant par la suite un investissement soutenant l'activité économique. Le

¹³³⁸ F. MANIÈRE, « *Les prémices de la Révolution* », Herodote.net, 17 juin 2016, accessible à https://www.herodote.net/1774_1788-synthese-65.php (dernier accès: 9/08/2016).

¹³³⁹ J.-P. PATAT, « *Turgot, le libéralisme qui vint trop tôt* », le nouvel économiste, 3 avril 2015, accessible à <http://www.lenouveleconomiste.fr/a-la-une/turgot-le-liberalisme-qui-vint-trop-tot-26690/> (dernier accès : 9/08/2016).

¹³⁴⁰ Loi du 13 janvier 1791 relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales.

¹³⁴¹ Loi des 19 et 24 juillet 1793.

¹³⁴² Loi Le Chapelier du 14 juin 1791, accessible à <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/loiChapelier.pdf> (dernier accès: 9/08/2016).

¹³⁴³ J.A. SCHUMPETER, « *Capitalisme, socialisme et démocratie* », 1942, traduction française de G. FAIN, 1942, Petite bibliothèque Payot.

copyright et le droit d'auteur ont donc été, bien qu'ils aient été peu étudiés par les économistes classiques, parmi les fers de lance du libéralisme au 18^e siècle.

712. Le lien entre liberté d'entreprendre et droit d'auteur a évolué de façon différente en France et aux Etats-Unis. En effet, alors que les Etats-Unis n'ont pas été traversés par des mouvements de contestation du droit de propriété, les thèses socialistes critiquant la liberté d'entreprendre débridée en Europe se sont largement répandues¹³⁴⁴. Ainsi, alors que les Etats-Unis ont sacralisé l'entrepreneuriat qui a participé de la construction du pays¹³⁴⁵, l'Europe s'est divisée sur ses excès. Parallèlement, le droit d'auteur continental a été sacralisé par le mouvement romantique. Il y a donc eu au cours du 19^e siècle un détachement partiel de la liberté d'entreprendre pour une prise en compte des conceptions romantiques qui ont permis de renforcer le droit d'auteur en dépit des intérêts de la société dans son ensemble. Ce mouvement a été symbolisé par le combat de Zola qui a affirmé l'existence de droits naturels pour les auteurs¹³⁴⁶ tout en dénonçant les excès du libéralisme¹³⁴⁷. Le droit d'auteur français a ainsi pris un tournant jusnaturaliste et s'est éloigné de la conception utilitariste américaine qui restait fidèle à la conception libérale initiale. Le mouvement romantique a ainsi permis l'émergence d'un droit d'auteur moins économique et plus personnaliste¹³⁴⁸. Le lien entre la liberté d'entreprendre et le droit d'auteur est ainsi apparu plus distendu en France. Le mouvement d'émancipation du droit d'auteur de la liberté d'entreprendre a néanmoins permis de préserver le droit d'auteur en France en le tenant à l'écart des remous que connaissait la liberté d'entreprendre.

713. Malgré la confiance dans le système libéral, les Etats-Unis n'ont pas expressément reconnu la liberté d'entreprendre ni au moment de la rédaction de la *Bill of Rights* - car l'époque était encore au mercantilisme¹³⁴⁹ qui promeut une économie de marché visant à l'entrée d'importantes quantités de métaux précieux¹³⁵⁰ plus qu'elle ne promeut l'initiative économique individuelle - ni au cours du 19^e et du 20^e siècle. Les entrepreneurs américains se

¹³⁴⁴ Voir notamment K. MARX, « *Le Capital* », 1867.

¹³⁴⁵ R. RÉMOND, « *Histoire des Etats-Unis* », *op. cit.*, p. 83-84.

¹³⁴⁶ Zola a été président de la Société des Gens de Lettres.

¹³⁴⁷ E. ZOLA, « *Germinal* », 1885.

¹³⁴⁸ Voir supra n°258.

¹³⁴⁹ T. DAINITH, « *The Constitutional Protection of Economic Rights* », 1^{er} janvier 2004, *Int. J. Constitutional Law* (2004) 2 (1) : 56.

¹³⁵⁰ « mercantilisme », [lemondepolitique.fr](http://www.lemondepolitique.fr), accessible à <http://www.lemondepolitique.fr/cours/introduction-economie/pensee-economique/mercantilisme.html> (dernier accès: 1/07/2016).

fondent donc sur le quatrième Amendement de la Constitution introduit le 9 juillet 1868¹³⁵¹ qui protège la propriété. La liberté d'échanger des biens et des services est en outre assurée par la liberté contractuelle¹³⁵² qu'il y aura dès lors lieu d'étudier afin de déterminer dans quelle mesure les hyperliens peuvent faire l'objet de relations contractuelles favorables aux auteurs. Le droit français, bien qu'il soit plus marqué par la contestation de l'entrepreneuriat, a intégré la liberté d'entreprendre dans les années 1980. Le Conseil Constitutionnel français a en effet, dans sa décision du 16 janvier 1982¹³⁵³, reconnu la liberté d'entreprendre¹³⁵⁴. Il a affirmé, de façon plus idéologique que juridique¹³⁵⁵, le principe de la liberté d'entreprendre dans le contexte très particulier de l'alternance socialiste à laquelle il a voulu opposer la protection de la propriété et de l'initiative privée, en se fondant sur les articles 4 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui assurent le principe général de liberté et le droit de propriété¹³⁵⁶. Le raisonnement utilisé est donc similaire à celui utilisé par le droit américain. Le droit français a donc déclaré un droit que les Etats-Unis reconnaissent implicitement. C'est donc paradoxalement le paroxysme de la critique de la liberté d'entreprendre qui est à l'origine de la reconnaissance de cette liberté en France alors qu'elle est le résultat d'une approche libertaire aux États-Unis. Le clivage originel ne pouvait être plus grand avec les Etats-Unis mais les résultats sont paradoxalement relativement similaires. L'évolution française - qui constitue un dépassement de la *ratio legis* de la loi de 1791 - s'est couplée d'un changement de la perspective de l'Union Européenne.

714. En effet, le passage d'une conception romantique de la culture à une approche économique est en partie le fruit d'une évolution effectuée par la Commission Européenne. Entre 1972 et 1992, la Commission a adopté cinq textes¹³⁵⁷ introduisant la notion de secteur

¹³⁵¹ J.B. ATTANASIO, J.K. GOLDSTEIN, « *Understanding Constitutional Law* », 2012, Lexisnexis, 4th edition, p. 282.

¹³⁵² F. KESSLER, « *Contracts of Adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract* », 43 Colum. L. Rev. 629, 641 (1943).

¹³⁵³ Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation : « la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».

¹³⁵⁴ V. DELVOVÉ, « *La liberté d'entreprendre* », thèse Université Panthéon-Assas, 10 juillet 2002, p. 63.

¹³⁵⁵ V. DELVOVÉ, « *La liberté d'entreprendre* », thèse Université Panthéon-Assas, 10 juillet 2002, p. 29.

¹³⁵⁶ S. NICINSKI, « *Droit public des affaires* », 5^e édition, LGDJ, 2016, 55.

¹³⁵⁷ Mémoire « Pour une action communautaire dans le domaine culturel », Communication de la Commission au Conseil du 22 nov. 1977 ; « L'action communautaire dans le secteur culturel », Bull. CE, suppl. 6/77. - Communication de la Commission au Parlement et au Conseil du 12 oct. 1982 ;

culturel¹³⁵⁸ qui évoque une dimension économique de la culture. De plus, la liberté d'entreprendre a largement été renforcée et étendue avec les directives relatives aux bases de données¹³⁵⁹ et aux logiciels¹³⁶⁰ qui ont offert de nouvelles opportunités d'entreprendre. En outre, la stratégie de Lisbonne décidée par le Conseil Européen de mars 2000¹³⁶¹ ainsi que dans la stratégie Europe 2020 adoptée en 2010¹³⁶² proclament la liberté d'entreprendre. Le législateur a adopté un paradigme libéral que les juges ont embrassé. La CJUE a en effet opéré des contrôles de proportionnalité favorables à la liberté d'entreprendre. L'arrêt Magill¹³⁶³ a ainsi écarté l'application du droit d'auteur lorsque le monopole vise à empêcher d'autres acteurs économiques d'entrer sur le marché. Le droit d'auteur est donc passé du statut de droit sacré permettant aux auteurs de créer à un droit plus malléable et plus économique dont il est possible de réduire le champ d'application afin de permettre l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs. L'Union Européenne s'est donc écartée des conceptions romantiques française et allemande qui protégeaient le droit d'auteur en ne le considérant pas comme une branche de la liberté d'entreprendre. L'Union Européenne adopte ainsi une démarche utilitariste et ne perçoit donc pas simplement le droit d'auteur comme une fin en soi mais comme un moyen d'encourager la création. Le droit d'auteur, bien qu'il soit harmonisé vers le haut, est ainsi conçu philosophiquement comme un outil de stimulation du marché et donc comme une liberté d'entreprendre, se trouve soumis aux nécessités de cette liberté. La conception européenne du droit d'auteur n'est donc plus si éloignée du paradigme américain qui voit dans le *copyright* une branche de la liberté d'entreprendre. Il en limite en effet les frontières à ce qui est nécessaire pour créer et donc mener une activité sur le marché, et en

« Le renforcement de l'action communautaire dans le secteur culturel », Bull. CE, suppl. 6/82. - Communication de la Commission transmise au Conseil et au Parlement européen en décembre 1987 ; « Relance de l'action culturelle dans la Communauté européenne », COM[87] 603 final. - Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social du 29 avr. 1992 ; « Nouvelles perspectives pour l'action de la Communauté dans le domaine culturel », COM[92] 149 final).

¹³⁵⁸ L'évolution des textes montre néanmoins le renforcement d'une perspective culturelle au dépens de l'approche économique. Voir J. C. BARBATO, « *Culture* », Répertoire de droit européen, septembre 2013, 5.

¹³⁵⁹ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

¹³⁶⁰ Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

¹³⁶¹ Conseil Européen, « Conclusions de la présidence », 23 et 24 mars 2000, accessible à http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_fr.htm (dernier accès: 19/02/2016).

¹³⁶² Commission Européenne, « Communication de la Commission Europe 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », 3 mars 2010, COM(2010) 2020 final.

¹³⁶³ CJCE, 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés Européennes, aff. C-241/91 P et C-242/91 P.

réduit les contours via l'exception de *fair use* afin de permettre à des tiers d'entrer sur le marché de la création¹³⁶⁴.

715. L'avènement d'une époque profondément libérale, couplée avec le développement de l'internet qui a eu tendance à renforcer ces positions¹³⁶⁵, a amené à un changement de paradigme avec le vote du *Digital Millenium Copyright Act* aux États-Unis de la directive 2001/29/CE en Europe. L'objectif de ces réglementations est d'établir un nouvel équilibre entre les intérêts des auteurs et la liberté d'entreprendre des prestataires de service.

716. Les réglementations *ad hoc* américaine et européenne établissent ainsi un équilibre entre les intérêts en présence. Les auteurs continuent à bénéficier du droit des contrats - ce qui leur permettra de céder leurs droits à un créateur de lien - et militent pour obtenir des rémunérations spéciales lorsque les créateurs automatiques de liens pointent vers leurs œuvres. Un tel régime devrait se développer étant donné que le régime applicable aux créateurs automatiques de liens s'avère particulièrement favorable. Le lien se trouve ainsi au cœur de la liberté d'entreprendre des auteurs et des prestataires de services. Il existe donc un rapport étroit entre la liberté d'entreprendre et le lien (Titre 1).

717. L'internet a eu pour conséquence de placer les juridictions étatiques face à des difficultés techniques nouvelles. Il s'est donc avéré nécessaire de solliciter les créateurs de liens afin qu'ils participent au respect du droit sur l'internet et notamment du droit d'auteur. Cette solution, dans la mesure où elle place un fardeau supplémentaire sur les créateurs de liens, constitue une limite à leur liberté d'entreprendre car les créateurs de liens automatiques jouent le rôle de quasi juges et peuvent être confrontés à une procédure judiciaire dont les résultats varient plus encore que les règles de fond. Les droits américain, européen et français ont donc introduit des limites à la liberté d'entreprendre des créateurs de liens (Titre 2).

¹³⁶⁴ Le premier critère de *fair use* permet en effet de faire bénéficier de l'exception les œuvres transformatives assurant un nouveau rôle. Voir notamment *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 2003 U.S. App. LEXIS 13562, 67 U.S.P.Q.2D (BNA) 1297, *Copy. L. Rep. (CCH) P28,633*, 2003 Cal. Daily Op. Service 5888 (9th Cir. Cal. 2003).

¹³⁶⁵ D. GOLUMBIA, « *Cyberlibertarians' Digital Deletion of the Left* », 12 avril 2013, *jacobinmag.com*, accessible à <https://www.jacobinmag.com/2013/12/cyberlibertarians-digital-deletion-of-the-left/> (dernier accès : 19/02/2016).

Titre 1 : La liberté d'entreprendre et le lien

718. Les liens constituent des moyens et des objets de la liberté d'entreprendre. Ils permettent en effet aux auteurs de trouver un nouveau marché pour leurs droits, et peuvent assurer aux créateurs de liens des revenus. Les intérêts des ayants droit et des créateurs de liens ne sont pas convergents. Il s'avère par conséquent nécessaire d'appliquer le principe de l'article 4¹³⁶⁶ de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et d'arrêter la liberté des uns là où commence celle des autres. Les droits français et américain ont donc établi des régimes d'équilibre visant à assurer la meilleure liberté d'entreprendre des parties et ainsi une activité économique la plus dynamique possible.

719. Les deux systèmes permettent donc aux auteurs de jouir de la plus grande liberté d'entreprendre possible. La liberté d'entreprendre des auteurs est cependant confrontée à des difficultés importantes car dans de nombreuses situations le droit d'auteur et le *copyright* ne sont pas opposables aux créateurs de liens. Si les Etats-Unis semblent se satisfaire de la situation, la France cherche d'autres sources de financement des auteurs dont une partie des revenus proviendra de mécanismes hors marché. Le contrôle du site lié (Chapitre 1) sera donc la condition de la rémunération des ayants droit.

720. La liberté d'entreprendre des créateurs de liens se trouve renforcée par les difficultés du droit d'auteur et du *copyright* à s'appliquer à l'internet. Néanmoins, afin d'encourager leur développement, les Etats-Unis puis l'Union Européenne ont offert des régimes de responsabilité *ad hoc* pour les créateurs automatiques de liens. Les deux espaces ont donc joint la liberté d'entreprendre et la liberté de lier (Chapitre 2).

¹³⁶⁶ La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Chapitre 1 : Le contrôle du propriétaire du site lié

721. Les auteurs ont traditionnellement recours à l'outil contractuel afin d'obtenir une rémunération pour leurs œuvres. Cependant, les coûts de transaction - qui incluent tous les frais nécessaires à l'obtention des droits d'auteur ou de *copyright* avant de créer un lien - constituent un frein important à l'établissement de liens lorsque le droit d'auteur ou le *copyright* sont opposables. Étant donné que les gains espérés par la valorisation du site à la suite de la création d'un lien seront souvent faibles, il sera courant que les coûts de transactions dépassent les gains espérés par le créateur de liens qui sera ainsi découragé. Les coûts de transaction limitent par conséquent l'accès aux œuvres ainsi que les bénéfices des auteurs qui ne peuvent céder leurs droits. Il s'agit donc d'une hypothèse où, dans une perspective relevant du mouvement *Law & Economics*, le droit peut être légitime à intervenir car le marché n'est pas efficace¹³⁶⁷.

722. Le droit d'auteur et le *copyright* permettent aux ayants droit d'obtenir des revenus sur leurs œuvres selon un mécanisme de marché. Les droits français et américain, bien qu'ils partagent tous les deux un paradigme libéral, ont adopté des solutions divergentes sur la question de la marge de liberté contractuelle des parties (Section 1) qui influent sur la force de négociation des parties.

723. Le marché s'avère cependant insuffisant à inciter à la création. Il y a donc lieu d'introduire un panachage des sources de rémunérations. Dès lors, un équilibre doit être trouvé entre les intérêts des auteurs et des créateurs de liens qui, bien qu'en conflit, forment un même écosystème économique et culturel (Section 2).

Section 1 : L'autorisation contractuelle de créer un hyperlien

¹³⁶⁷ R.H. COASE, « *The Problem of Social Cost* », octobre 1960, *The Journal of Law & Economics*, vol. III.

724. Le projet Xanadu¹³⁶⁸ avait proposé que les créateurs de liens rémunèrent les éditeurs lorsqu'ils établissent un lien vers leurs contenus afin d'assurer un système de royalties directes pour les auteurs¹³⁶⁹. Le projet a reçu un certain écho en Irlande¹³⁷⁰ où un projet de rémunération a été proposé pour l'établissement de liens. Les auteurs auraient ainsi pu négocier leurs droits et conclure des contrats pour l'établissement de liens vers des œuvres protégées. Cette suggestion n'a cependant pas été reprise par les législateurs américain et européen.

725. Il n'en reste pas moins que le recours à un contrat portant sur l'établissement de liens constitue une source de rémunération pour les auteurs d'autant plus précieuse que les sources de rémunération sur internet sont rares. D'un point de vue pratique, les internautes n'auront intérêt à conclure des conventions portant sur la création de liens que lorsque leur établissement est interdit. À défaut, ils n'auront rien à demander à l'auteur et le contrat n'aurait aucun intérêt - il serait même privé de cause¹³⁷¹ sous l'empire du Code civil de 1804 et de contenu certain conformément à l'ordonnance du 10 février 2016¹³⁷² en droit français et de *consideration*¹³⁷³ en droit américain. Ainsi, dès lors que le lien n'implique pas un droit de l'auteur, il n'est pas possible de solliciter la conclusion d'un contrat avec le créateur de lien.

726. Il en ira autrement lorsque le droit d'auteur interdit la création d'un lien ou lorsque la page liée est protégée par une mesure technique efficace. Dans ces hypothèses, les titulaires de droit ont un monopole sur la page liée qu'ils peuvent céder au créateur de lien. Il y aura en effet une cause pour le droit français et une *consideration* pour le droit américain. Les différences entre le droit d'auteur français et le *copyright* américain révèlent ici toute leur importance pour les auteurs. En effet, disposant de droits plus importants en droit français qu'en droit américain - notamment grâce aux droits moraux ou aux droits *sui generis* qui

¹³⁶⁸ T.H. NELSON, « *Literary Machines 93.1* », Mindful Press, 1992, 160 ; B. WOOLEY, « *Virtual Worlds : A Journey in Hype and Hyperreality* », Harmondsworth, 1992, 159 ; I. SNYDER, « *Hypertexte - The Electronic Labyrinth* », New York University Press, 1996, p. 26.

¹³⁶⁹ T.H. NELSON, « *Literary Machines 93.1* », *op. cit.*, 44.

¹³⁷⁰ A. POPESCU, « *Irish Newspapers Want to Charge For Links - Can The Really Do That ?* », Readwrite, 16 janvier 2013, accessible à : <http://readwrite.com/2013/01/16/irish-newspapers-try-to-charge-for-links/> (dernier accès : 28/09/2016).

¹³⁷¹ Article 1108 ancien du Code civil.

¹³⁷² Article 1128 nouveau du Code civil.

¹³⁷³ Il y a *consideration* dès lors qu'il y a un accord sur un échange. Lorsque le lien est autorisé l'auteur n'a rien à céder à l'internaute. Ainsi, en l'absence d'échange, il ne peut y avoir de *consideration*. Voir *Restatement (Second) of Contracts*, §71(2) (1981).

étendent le périmètre des interdictions opposables aux tiers¹³⁷⁴ - il leur sera plus souvent possible pour les auteurs français d'opposer un droit à des tiers qu'ils pourront céder afin d'obtenir une rémunération. La rémunération sera le prix de la convention passée entre le titulaire du site internet et le créateur de liens.

727. Afin de fluidifier les cessions, et ainsi d'en augmenter le nombre, les deux pays n'ont introduit qu'un formalisme limité bien que le droit français s'avère plus protecteur des auteurs en limitant leur liberté contractuelle. Il sera dès lors possible pour les parties de s'accorder par un simple échange d'emails¹³⁷⁵. Les auteurs pourront par conséquent négocier le droit d'établir un lien vers leurs œuvres et ainsi percevoir une rémunération. Le processus de conclusion de cessions se trouve malgré tout ralenti à cause des coûts de transactions¹³⁷⁶ et avec lui le développement de l'internet. Le propriétaire du site internet pourra donc introduire des conditions générales d'utilisation de son site introduisant un prix pour l'établissement de liens. Cela lui permettra d'obtenir une rémunération pour l'établissement de liens vers son site sans entrer en négociation avec le créateur de lien, ce qui diminuera fortement les frais de négociation. Dans les deux cas, les deux parties devront suivre les règles de droit des contrats.

728. La complexité de nos sociétés a poussé le législateur européen à introduire un régime *ad hoc* de droit des contrats applicable aux consommateurs à côté de celui de droit commun, là où le droit américain ne connaît qu'un régime de droit commun. Il y aura donc une divergence entre l'approche européenne et américaine lorsque le créateur de lien agit en qualité de consommateur - ou de non-professionnel en droit français. Lorsque le créateur de lien est un professionnel il y aura lieu d'appliquer les droits communs des contrats français et américains. En revanche, si le créateur de lien agit en tant que consommateur - ou de non professionnel - il y aura lieu de lui appliquer les dispositions du Code de la consommation. En outre, les auteurs ne gèrent pas toujours directement leurs droits. Il arrive donc souvent que le site lié contienne des œuvres d'auteurs qui ne sont pas les propriétaires du site. Lorsque le propriétaire du site est l'auteur des œuvres qui y sont reproduites les règles spécifiques des

¹³⁷⁴ Contrairement à ce qu'il a pu être dit, notamment lors des négociations sur les accords ADPIC, les droits moraux ont donc des conséquences en matière contractuelle et par conséquent dans la vie économique.

¹³⁷⁵ France : TGI Paris, 8 septembre 1998, RIDA, juillet 1999, p. 318 ; voir désormais les articles 1125 s. de l'ordonnance du 10 février 2016.

Etats-Unis : 17 U.S.C. §204.

¹³⁷⁶ M. SAG, « *Copyright And Copy-Relevant Technology* », 103 Nw. U.L. Rev. 1607, automne 2009, 1657.

contrats d'auteur auront vocation à s'appliquer. En revanche, si les œuvres sont reproduites par un tiers à l'auteur les droits communs des contrats lui seront opposables.

729. Il sera par conséquent impératif de respecter certaines conditions afin que les contrats soient opposables (Sous-Section 1), et lorsque l'ordre public n'est pas violé (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les conditions de l'opposabilité des conditions générales d'utilisation

730. Aucune harmonisation des normes contractuelles n'a vu le jour à l'échelle internationale et l'accord TAFTA entre l'Union Européenne et les Etats-Unis ne prévoit aucune harmonisation en la matière. Il n'y a donc aucune harmonisation des droits français et américain en matière contractuelle.

731. Au niveau régional les projets d'harmonisation n'ont eu qu'un impact limité. Ainsi, au sein de l'Union Européenne, le Cadre Commun de Référence n'a aucune valeur obligatoire. S'il a partiellement influé le projet de réforme de la chancellerie française¹³⁷⁷, il n'a eu aucune incidence sur les règles contractuelles applicables aux contrats relevant de la cession de droit d'auteur¹³⁷⁸. Aux Etats-Unis, un effort d'unification via le *Restatement of Contracts* a été effectué et a permis une certaine harmonisation, mais le droit des contrats reste une compétence des États fédérés. Il n'y a qu'une harmonisation *a minima* via ce projet qui ne reflète pas systématiquement les règles applicables dans chaque État fédéré¹³⁷⁹. Le droit des contrats reste donc éclaté.

¹³⁷⁷ Cour de cassation, « *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* », 15 juin 2007, 13, 49, accessible à https://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html (dernier accès: 19/02/2016).

¹³⁷⁸ Il n'introduit des règles spéciales que pour les contrats portant sur des biens meubles matériels, les locations, les services ou des designs de structures immobilières, les mandats. Voir Book IV : Specific contracts and the rights and obligations arising from them.

¹³⁷⁹ J. FERRIELL, « *Contracts* », 2014, Lexisnexis, 3^e édition, p. 43.

732. En outre, les deux systèmes sont les fruits de modèles différents. En effet, le droit français est issu du droit romain¹³⁸⁰ alors que le droit anglais, dont provient le droit américain, a suivi une voie qui lui est propre¹³⁸¹. En outre, l'héritage britannique a été compris d'une façon originale dans les premières colonies américaines qui s'en sont partiellement émancipées. En effet, le droit des contrats a été perçu comme un moyen de sécuriser des titres de propriété¹³⁸² plutôt que d'échange de biens et de services. Le droit des contrats a ainsi permis d'assurer le respect du premier pilier de la liberté d'entreprendre - à savoir la propriété - sans véritable prise en compte du second pilier que constitue la liberté du commerce. Cette approche était logique à l'époque où les colons étaient relativement isolés et vivaient en grande partie en autarcie¹³⁸³. Ils n'avaient pas tant besoin de règles pour interagir avec des tiers mais plutôt pour sécuriser leurs propriétés. Cette approche parcellaire n'a cependant pas perduré.

733. Les logiques européenne et américaine se sont en effet rapprochées au cours du 19^e siècle grâce à la révolution industrielle. Les droits des contrats des deux systèmes ont convergé autour de la notion de volonté¹³⁸⁴ afin de permettre aux parties de faire fructifier leurs patrimoines. La logique américaine, principalement axée sur la sécurisation de la propriété, a donc laissé place à un paradigme plus mercantile relativement similaire à la conception française.

734. Un contrat ne peut donc être conclu que si les parties consentent à la transaction (Paragraphe 1). Cela nécessite qu'elles aient la capacité de contracter (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'accord des parties

¹³⁸⁰ France : M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations - I. Contrat et engagement unilatéral* », PUF, 2^e édition, 2010, p. 37 s.

¹³⁸¹ E.A. FARNSWORTH, « *The Past of Promise : An Historical Introduction to Contract* », 69 Colum. L. Rev. 576, 591 (1976).

¹³⁸² D. BALLAM, « *A History of the Anglo-American Common Law of Contract* », 29 Am. Bus. L.J. 519, automne 1991, p. 520.

¹³⁸³ R. RÉMOND, « *Histoire des Etats-Unis* », 2013, PUF, p. 54-57.

¹³⁸⁴ M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations - I. Contrat et engagement unilatéral* », PUF, 2^e édition, 2010, p. 51 s. ; D. BALLAM, « *A History of the Anglo-American Common Law of Contract* », 29 Am. Bus. L.J. 519, automne 1991, p. 521.

735. La détermination du consentement d'une partie se trouve donc au cœur de la notion de contrat. Ce pilier des deux régimes est néanmoins nuancé de façons différentes dans les deux pays. Le droit français a en effet introduit, à l'inverse du droit américain, une distinction entre les contrats conclus entre professionnels - ce qui inclut les auteurs et les cessionnaires - et ceux conclus avec un consommateur ou un non-professionnel. La volonté des parties est donc encadrée lorsque l'une d'entre elles agit en qualité de consommateur¹³⁸⁵ - voire de non-professionnel¹³⁸⁶ - afin de mieux les protéger des professionnels qui se trouvent généralement en position de force.

736. Malgré l'absence de régime général de protection des consommateurs au niveau fédéral, des projets ont vu le jour aux Etats-Unis afin d'influer les décisions judiciaires pour mieux protéger les consommateurs. Ainsi, le *Joint Working Group on Electronic Contracting Practices* et le *UCC Committe of the Business Law Section of the American Bar Association* - dont les avis n'ont pas de valeur obligatoire - ont élaboré des critères permettant de déterminer si le consommateur a la volonté de contracter sur internet. Des critères équivalents ont été dégagés par le droit français.

737. Il apparaît opportun d'analyser le régime applicable aux contrats conclus avec des consommateurs et les non-professionnels car l'internet a été initialement pensé comme un espace non-marchand et démocratique où tout le monde pourrait interagir. Il n'est donc pas possible de penser que l'internet sera utilisé uniquement par des personnes connaissant les tenants et les aboutissants du réseau.

738. Dès lors, l'internaute-consommateur ou non-professionnel doit recevoir une communication suffisante de l'existence des conditions générales d'utilisation et il doit avoir une possibilité sérieuse de prendre connaissance de ses dispositions. Il s'agit donc du critère de l'information des cocontractants qui permet aux volontés informées de se rencontrer (I).

739. L'accord sera formé dès lors que l'accord de l'expression du consentement est extériorisée et recueillie (II). Si ces conditions sont remplies l'accord de l'internaute sera présumé avoir été donné.

¹³⁸⁵ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

¹³⁸⁶ Article L. 132-1 du Code de la consommation.

I) Le principe de la rencontre des volontés

740. Les deux droits retiennent qu'un contrat n'est formé que si les cocontractants s'accordent sur son contenu. La rencontre des volontés implique un échange d'informations. Dès lors, le droit français¹³⁸⁷ sanctionne l'absence d'information par la nullité du contrat - d'autant plus que l'ordonnance du 10 février 2016¹³⁸⁸ a introduit un devoir d'information des cocontractants - tout comme le droit américain¹³⁸⁹ qui considère qu'il n'y a pas d'accord obligatoire lorsque les éléments constitutifs du contrat ne sont pas mentionnés. Il y a donc dans les deux cas une absence juridique de la naissance de l'obligation débouchant sur une annulation rétroactive des effets de la convention inexistante.

741. Cependant, les deux systèmes divergent dans la mesure où le droit américain adopte une approche uniforme - à l'exception de certains domaines limités au secteur financier¹³⁹⁰ - alors que le droit européen¹³⁹¹ et le droit français¹³⁹² ont adopté un système dual en intégrant une réglementation *ad hoc* applicable aux consommateurs. Le droit français s'est en outre partiellement émancipé du droit européen en élargissant la notion de consommateur aux non-professionnels¹³⁹³. La distinction du droit européen impose plus de souplesse aux auteurs que le droit américain car ils pourront opposer des régimes différents en fonction de la qualité des internautes sollicitant la création d'un lien. Cependant, la distinction entre les deux qualités suppose la rédaction de deux régimes de conditions générales d'utilisation. Cette rédaction implique des dépenses qui risquent de rebuter les auteurs. En outre, il est difficile de distinguer selon la qualité des internautes étant donné que l'internet repose sur le principe de

¹³⁸⁷ Article 1134 du Code civil.

¹³⁸⁸ Article 1137 nouveau du Code civil : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

¹³⁸⁹ *Suffield Development Associates Ltd. Partnership v. Society for Savings*, 708 A.2d 1361 (Conn. 1998) ; *T.O. Stanley Boot Co., Inc. v. Bank of El Paso*, 847 S.W.2d 218 (Tex. 1992).

¹³⁹⁰ *Fair Debt Collection Practices Act*, Pub. L. 95-109; 91 Stat. 874 ; *Fair Credit Reporting Act*, Pub. L. 91-508 ; *Truth in Lending Act*, Pub. L. 90-321 ; *Fair Credit Billing Act*, Pub. L. 93-495.

¹³⁹¹ Directive 2011/82/UE du 25 octobre 2011.

¹³⁹² Code de la consommation.

¹³⁹³ Article L. 132-1 du Code de la consommation.

l'anonymat de ses utilisateurs¹³⁹⁴ qui ne communiquent pas directement entre eux mais par l'intermédiaires d'adresses IP. Il convient par conséquent d'établir un seul régime unique de conditions générales d'utilisation basées sur la réglementation la plus protectrice, c'est à dire celle applicable aux consommateurs. En effet, la plus grande protection accordée au cocontractant agissant en qualité de consommateur ou de non-professionnel s'avérera également satisfaisant pour les internautes agissant à titre professionnel. Le droit européen impose donc *de facto*, sur internet, un formalisme informatif plus important que le droit américain.

742. Les deux systèmes s'accordent sur l'obligation de communiquer les conditions d'utilisation d'un site. En effet, le droit français¹³⁹⁵, ainsi que le droit américain¹³⁹⁶, retiennent traditionnellement que les conditions générales doivent être communiquées au cocontractant. *A contrario*, les conditions qui ne sont pas communiquées au co-contractant ne lui sont pas opposables. Ce principe a été étendu au commerce électronique¹³⁹⁷. L'ordonnance française du 10 février 2016 va plus loin en imposant aux rédacteurs de contrats conclus par voie électronique de préciser les étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique¹³⁹⁸. Le formalisme informatif est désormais plus important en France qu'aux Etats-Unis. Les auteurs sont donc obligés de communiquer au cocontractant toutes les informations dont il a besoin pour être en mesure d'exprimer un consentement éclairé.

743. Ainsi, les propriétaires de sites internet qui voudraient opposer des conditions générales d'utilisation aux internautes sont assujettis à une obligation de communication des conditions générales d'utilisation. Cette obligation constitue le corollaire du critère de l'attente légitime à ce qu'une information entre dans le champ contractuel¹³⁹⁹. Les droits

¹³⁹⁴ M. CAHEN, « *Anonymat sur internet* », Murielle-Cahen.com, accessible à <https://www.murielle-cahen.com/publications/anonymat.asp> (dernier accès: 21/08/2016).

¹³⁹⁵ Cass. civ. 1^e, 3 mars 1981 : Bull. civ. I, n°75, D. 1982, inf. rap. P. 101, obs. C. BERR et H. GROUTEL. Voir également l'article 1119 nouveau du Code civil : « Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées ».

¹³⁹⁶ *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*, 126 F. Supp. 2d 238, 2000 U.S. Dist. LEXIS 18846, 63 U.S.P.Q.2D (BNA) 1957 (S.D.N.Y. 2000) : en l'espèce les conditions générales d'utilisation étaient clairement mises en ligne et s'avéraient donc obligatoires.

¹³⁹⁷ France : article 1369-1 alinéa 1^{er} du Code civil.

Etats-Unis : *Specht v. Netscape Communs. Corp.* (2 Cir 02), 306 F.3d 17.

¹³⁹⁸ Article 1127-1 nouveau du Code civil.

¹³⁹⁹ M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations - I. Contrat et engagement unilatéral* », PUF, 2^e édition, 2010, p. 281.

français et américain ont ainsi imposé aux propriétaires de sites internet un formalisme protecteur des internautes mais qui pèsera sur les propriétaires de sites internet.

744. La prise de connaissance des conditions générales d'utilisation est assurée par leur communication aux internautes. Il s'agit donc d'une situation appréciable *a priori* (A). Cependant, tous les contrats ne sont pas signés dans le même contexte et certains sont conclus dans un cadre plus léger que d'autres. Le contexte *in concreto* de l'attention des internautes a par conséquent été pris en compte (B).

A) La communication a priori des conditions générales d'utilisation

745. Ayant été confrontés à des situations historiques et philosophiques différentes, les droits français et américain n'ont pas abordé la question des modalités de la communication des informations de façons différentes. Le droit français - qui s'avère protecteur des consommateurs à cause de l'influence qu'ont les thèses de gauche - reconnaît dans le monde analogique une obligation non pas de communication des conditions mais de proximité. La jurisprudence française¹⁴⁰⁰ rejette ainsi l'opposabilité de conditions générales opérant des renvois. La communication effective et directe des conditions générales constitue donc le critère d'opposabilité¹⁴⁰¹ de celles-ci. Cette exclusion de l'opposabilité des documents annexes par la jurisprudence¹⁴⁰² permet d'assurer la meilleure protection possible des internautes.

746. Les Etats-Unis ont abordé différemment la question notamment parce que les thèses socialistes sont traditionnellement rejetées. En outre, le droit américain a fait sienne la tradition protestante consistant à imposer une égalité stricte entre les cocontractants, alors que

¹⁴⁰⁰ Cass. 2e civ., 20 févr. 1980 : Bull. civ. II, n° 27. – Dans le même sens : Cass. com., 30 nov. 1981 : Bull. civ. IV, n° 415. – 4 oct. 1988 : Bull. civ. IV, n° 177.

¹⁴⁰¹ Cass. 1re civ., 19 mai 1987 : Bull. civ. I, n° 156 ; D. MAINGUY, Fasc. 60, JCL. Contrats - Distribution, 8 mars 2012, 16.

¹⁴⁰² La théorie des documents annexes permet d'opposer un tel document dès lors qu'il est accessible aux cocontractants et que le contrat initial s'y réfère. Voir Cass. civ., 11 févr. 1908 : S. 1909, 1, p. 486 ; RTD civ., 1908, p. 357 ; Cass. civ., 9 mars 1942 : D. 1942, p. 61. – Cass. 1re civ., 11 mars 1969 : D. 1969, p. 492, à propos d'un billet d'avion. – Cass. 1re civ., 3 juin 1970 : D. 1971, 373, note Chauveau. – CA Paris, 5e ch. C, 24 mars 1983, Cie Nouvelle de conteneurs c/ Sté ST4M : Juris-Data n° 1983-012694, à propos de conditions générales de transport routier de marchandises.

l'approche catholique cherche plutôt à gommer les différences de résultats entre les individus¹⁴⁰³. Cette approche a fait obstacle à la reconnaissance d'un régime juridique large visant à protéger les consommateurs aux Etats-Unis et empêché une convergence vers le droit français.

747. La jurisprudence américaine a abordé la question des conditions générales d'utilisation par le biais des licences de logiciels. Ceux-ci étaient traditionnellement vendus dans le cadre de licences dites *shrinkwrap* qui ne donnent accès aux conditions générales d'utilisation qu'à la suite de l'ouverture de la boîte¹⁴⁰⁴ dans lequel se trouve le logiciel. L'expression du consentement était ainsi censée être effectuée par l'ouverture de la boîte. Avant 1996 de nombreux accords de ce type étaient considérés comme invalides¹⁴⁰⁵ parce que les consommateurs ne pouvaient avoir connaissance des clauses de l'accord avant d'ouvrir le colis. Le droit américain adoptait donc, comme le droit français¹⁴⁰⁶, un principe de proximité des conditions générales d'utilisation dans le monde analogique. Les conditions générales d'utilisation devaient en effet être proches de façon à ce que le consommateur puisse en prendre connaissance avant d'exprimer son consentement. En la matière il ne semble pas qu'une différence ait vu le jour entre les professionnels et les consommateurs, d'une part parce que cette *summa divisio* n'existe pas aux Etats-Unis, et d'autre part parce qu'il n'est pas possible de retenir qu'un professionnel ou un consommateur puisse exprimer son consentement lorsqu'il n'a pas connaissance du contenu d'un contrat en droit français.

748. Les solutions ont été étendues au monde numérique. En effet, les droits français et américain n'ont pas introduit de distinction entre le monde numérique et analogique dans leurs réglementations relatives à l'expression sur internet. Or, là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer¹⁴⁰⁷. Les deux droits convergeaient donc sur l'obligation de proximité des conditions générales d'utilisation pour les acheteurs. Les conditions générales

¹⁴⁰³ M. BOUDREAU, « *Les rapports entre religion et droit, l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains* », Thèse Montpellier 1, 2000.

¹⁴⁰⁴ 36 Campbell L. Rev. 31

¹⁴⁰⁵ Voir notamment : *Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech.*, 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991). Dans cet arrêt il a été retenu que the « *box-top license did not ... constitute a conditional acceptance. The Shrinkwrap was void because it contained additional unagreed upon terms to the original contract between the buyer and the seller* ».

¹⁴⁰⁶ Cass. 1re civ., 19 mai 1987 : Bull. civ. I, n° 156 ; D. MAINGUY, Fasc. 60, JCL. Contrats - Distribution, 8 mars 2012, 16.

¹⁴⁰⁷ « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ».

d'utilisation d'un site internet se devaient donc d'être placées à proximité de la page cible afin d'être opposables à un créateur de lien.

749. Les supports numériques ont néanmoins permis d'adopter une présentation différente et plus transparente. Les vendeurs de logiciels ont en effet pu communiquer les conditions générales d'utilisation avant l'achat par l'internaute. La jurisprudence a pris acte de cette nouvelle possibilité. Aux Etats-Unis, dans l'arrêt *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, il a ainsi été retenu que les licences *shrinkwrap* engagent les consommateurs et constituent par conséquent des contrats car les conditions générales d'utilisations étaient visibles à l'écran de l'ordinateur et qu'il était nécessaire les accepter afin de pouvoir utiliser le logiciel. Le principe de proximité se trouve étendu au monde numérique et les conditions générales doivent par conséquent être présentes à côté du contrat afin d'être opposables. La même solution vaut également en France étant donné que les conditions générales d'utilisation doivent être accessibles à l'écran avant qu'il n'exprime son consentement. Les deux droits convergent par conséquent sur les solutions à apporter dans le monde analogique ainsi que dans le monde numérique.

750. Il s'en suit que les droits français et américain convergeaient sur le rejet de l'opposabilité de conditions générales d'utilisation accessibles par un lien au début des années 1990 lorsque les liens ont été créés étant donné que cela ne permettait pas de présenter les conditions générales d'utilisation à proximité de la page liée ou de la page recueillant le consentement de l'internaute. Les arrêts américains *Ticketmaster v. Tickets.com*¹⁴⁰⁸ ainsi que *Specht*¹⁴⁰⁹ ont eu l'occasion de confirmer le rejet de l'opposabilité des conditions générales d'utilisation accessibles aux internautes uniquement via un hyperlien. Cette solution était marquée dans le temps car elle était le fruit de la nécessité de protéger les internautes contre les mécanismes de l'internet qui leurs étaient encore nouveaux.

751. Cependant, grâce à la familiarisation de la population avec les us et coutumes de l'internet, la jurisprudence américaine a adopté une solution plus souple de la communication des conditions générales d'utilisation que la jurisprudence française. Elle a en effet retenu¹⁴¹⁰ que les conditions générales d'utilisation peuvent être communiquées aux internautes via un

¹⁴⁰⁸ *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 6483, Copy. L. Rep. (CCH) P28,607 (C.D. Cal. Mar. 6, 2003).

¹⁴⁰⁹ *Specht v. Netscape Communications Corp.*, No. 00-4871 (E.D.N.Y., 3 juillet 2001).

¹⁴¹⁰ *Hines v. Overstock, Inc.*, 668 F. Supp. 2d 362 (E.D.N.Y. 2009), aff'd, 380 Fed. App'x 22.

hyperlien. L'arrêt a néanmoins posé des limites à la validité de ce type de communication. L'hyperlien doit ainsi apparaître clairement sur la page internet, c'est à dire qu'il doit être visible sans avoir besoin de faire défiler la page internet à moins que cela ne soit nécessaire pour procéder à la conclusion du contrat. À défaut, les conditions générales d'utilisation seront réputées ne pas avoir été communiquées à l'internaute. Le lien doit en outre être présenté de façon à ce qu'un utilisateur raisonnable puisse le remarquer¹⁴¹¹. Les modalités de sa présentation ne sont pas fixées et pourront évoluer en fonction des us et coutumes de l'internet. L'arrêt se place ainsi dans une perspective évolutive et proactive. Le droit américain se montre désormais en phase avec l'état moyen des connaissances des internautes qui savent désormais comment fonctionne un site internet et comment trouver les conditions générales d'utilisation.

752. À l'inverse, la jurisprudence française¹⁴¹² a retenu que des conditions générales à moitié dissimulées, et simplement référencées sous l'acronyme « conditions générales d'utilisation », qui s'avèrent « peu significatif pour un internaute de curiosité moyenne », ne peuvent être opposées à un internaute. Il s'avère donc nécessaire d'écrire la mention conditions générales d'utilisation en toutes lettres, ce qui s'avère être en décalage avec les pratiques culturelles contemporaines dans un pays où l'usage des abréviations est particulièrement répandu¹⁴¹³. La jurisprudence américaine aurait adopté la solution inverse si l'acronyme des conditions générales d'utilisation avait été mentionné en anglais étant donné qu'un utilisateur raisonnable peut le remarquer. La solution française ne surprend pas car elle constitue simplement l'adaptation à l'internet de principes reconnus avant son avènement. La solution française a été précisée par la CJUE dans l'arrêt *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*¹⁴¹⁴. Il a ainsi été retenu que les liens ne permettent pas de communiquer les conditions générales aux internautes qui ne peuvent par conséquent pas les recevoir¹⁴¹⁵. La solution européenne prend de la hauteur par rapport aux raisonnements français qui étaient restés très factuels - et pouvaient par conséquent laisser peser des doutes

¹⁴¹¹ *Cvent, Inc. v. Eventbrite, Inc.* 739 F. Supp. 2d 927 (E.D. Va. 2010).

¹⁴¹² CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 27 avril 2011, *Métropole Télévision et autres c. SBDS Active*, Legalis.

¹⁴¹³ J.B. RENARD, « *Le détournement de sigles. Entre jeu de mots et expression contestataire* », in *Mots. Les langages du politique*, n°95, 2011, p. 39-42, accessible à <https://mots.revues.org/20052> (dernier accès: 5/08/2016).

¹⁴¹⁴ CJUE, 5 juillet 2012, C-49/11.

¹⁴¹⁵ D. MONTAGNA, « *Contratti online, basta un link ?* », 25 juillet 2012, [puntoinformatico.it](http://punto-informatico.it/3569795/PI/Commenti/contratti-online-basta-un-link.aspx), accessible à <http://punto-informatico.it/3569795/PI/Commenti/contratti-online-basta-un-link.aspx> (dernier accès: 5/08/2016).

sur leurs portées. La solution européenne est cependant paradoxale car les juges retiennent qu'un hyperlien communique une œuvre au public au sens du droit d'auteur¹⁴¹⁶, mais qu'il ne communique pas les conditions générales d'utilisation.

753. Dès lors, tous les contrats en ligne au sein de l'Union Européenne devront - à l'inverse des Etats-Unis - être directement accessibles aux internautes sans renvoi possible par un hyperlien. Les propriétaires de sites sont par conséquent confrontés à une divergence entre l'Union Européenne et les Etats-Unis alors que l'internet constitue un espace commun. En cas d'application concomitante des deux droits, il convient de suivre les règles européennes qui leur imposeront de suivre une architecture de présentation qui sera reconnue aux Etats-Unis.

754. La solution européenne ne prend cependant pas en compte les spécificités des hyperliens. Les liens fonctionnent en effet différemment d'un renvoi à un autre document dans la mesure où l'hyperlien le rend directement accessible sans que l'internaute n'ait à se déplacer ni à perdre de temps. L'hyperlien permet donc, à la différence du renvoi dans le monde matériel, une unité de lieu et quasiment de temps facilitant l'accès aux contenus. Cette solution permet de préciser une ambiguïté du droit français. Le critère de protection n'est pas celui de la facilité d'accès des conditions auxquelles il est fait référence mais bien leur proximité.

755. Les jurisprudences française et européenne n'ont donc pas joué le rôle d'adaptatrice du droit comme leur homologue américaine. Elles se sont ainsi cantonnées à un rôle protecteur des consommateurs sans prendre en considération l'*empowerment* des internautes qui sont passés d'un stade passif de consommateurs à celui d'internautes actifs¹⁴¹⁷. Étant donné que les jurisprudences française et européenne ont su montrer leurs adaptabilités et leur compréhension des évolutions sociales, cette constance dans sa solution laisse comprendre qu'il ne s'agit pas d'un retard par rapport à la position américaine, mais d'un parti pris. La solution européenne, même si elle peut apparaître paternaliste, doit être approuvée car elle assure une meilleure protection des internautes qui ne devraient pas avoir la charge de contrôler l'existence de conditions générales d'utilisation. Autrement, il est certain que des internautes, notamment les plus jeunes, ne se rendraient même pas compte de la présence d'un renvoi vers les conditions générales. Or, étant donné que l'internet a vocation à être universel

¹⁴¹⁶ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB.

¹⁴¹⁷ X. GREFFE, N. SONNAC, « Culture Web », Dalloz, 2008, p. 320.

il doit être compréhensible par tous. L'introduction d'une obligation d'information proche du mécanisme de réception du consentement qui pèse sur les propriétaires de sites assure par conséquent le développement d'un internet fiable pour tous.

756. Les solutions européenne et américaine divergent *a priori* mais il n'est cependant pas sûr que cette différence ait des conséquences importantes. En effet, en l'absence d'obligation de s'assurer que l'internaute a effectivement lu et compris les conditions générales d'utilisations, cette différence sera souvent sans conséquence. Les conditions générales d'utilisation sont souvent longues et nécessiteraient en moyenne 76 jours de lecture par an et par internaute¹⁴¹⁸ - ce qui est *a priori* impossible à effectuer. Dès lors, les rares internautes voulant prendre connaissance des conditions générales d'utilisations ne seront pas rebutés par la nécessité de chercher l'hyperlien menant vers les conditions générales d'utilisation, comme cela pourra être le cas en droit américain, car ils savent qu'ils devront de toutes façons effectuer un effort substantiel afin de prendre connaissance des conditions générales d'utilisation. En outre, il n'est pas sûr que la présentation des conditions générales d'utilisation sur l'écran contenant le mécanisme de réception du consentement constitue un garant de leur lecture par les internautes. Dès lors, la différence sera généralement sans conséquence importante pour la protection des internautes. Néanmoins, étant donné qu'il s'avère très facile de présenter les conditions générales d'utilisation d'un site sur la page recevant l'expression du consentement de l'internaute, nous ne voyons pas de raison de permettre aux propriétaires de sites internet de présenter les conditions générales sur une autre page.

757. Il n'est néanmoins pas exclu que les positions européenne et américaine soient appelées à converger partiellement. En effet, l'arrêt *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer* de la CJUE¹⁴¹⁹ a ouvert la porte à une possible évolution en Europe. La possibilité de distinguer entre les sites ordinaires et les sites sophistiqués au sens du rapport rendu par le *European Securities Markets Expert Group* (ESME)¹⁴²⁰, mentionné dans

¹⁴¹⁸ La lecture des conditions générales d'utilisation signées par les internautes nécessiterait en moyenne 76 jours par an. Voir A.C. MADRIGAL, « *Reading the Privacy Policies You Encounter in a Year Would Take 76 Work Days* », *The Atlantic*, 1^{er} mars 2012, accessible à <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/03/reading-the-privacy-policies-you-encounter-in-a-year-would-take-76-work-days/253851/> (dernier accès: 28/01/2016).

¹⁴¹⁹ CJUE, 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*.

¹⁴²⁰ ESME, « *Report on Durable Medium - Distance Marketing Directive and Markets in Financial Instruments Directive* », 11 juillet 2007, annexe, p. 8.

l'arrêt, n'a en effet pas été rejetée. Les juges ont ainsi souligné que les liens peuvent constituer des supports durables pouvant conserver les conditions générales d'utilisation. Il a ainsi été retenu qu'il était sans doute possible de reconnaître l'opposabilité de conditions générales d'utilisations présentes sur un site sophistiqué même si elles ne sont accessibles qu'à partir d'un hyperlien se trouvant sur la page réceptionnant le consentement de l'internaute. Les juges ont donc retenu que la communication de conditions générales d'utilisation via un hyperlien sera licite dès lors qu'elles pourront être « stockées, accessibles et reproduites par le consommateur pendant une durée appropriée ». Ces critères s'avèrent particulièrement protecteur des internautes tout en assurant plus de souplesse pour les propriétaires de sites internet. La notion de site sophistiqué n'est cependant pas clairement définie. Il n'en reste pas moins que cette *summa divisio* peut être clarifiée et étendue à des sites autres que ceux traitant de questions financières auxquels faisait référence le rapport. Il est ainsi possible de distinguer entre les sites professionnels et les sites à destination de consommateurs tels que les sites de divertissement. Cette *summa divisio* étant connue en droit européen les juges n'auront pas de difficulté particulière à l'appliquer. Cette solution permettrait aux professionnels de bénéficier de règles plus souples leur permettant d'adopter la solution qui leur paraît la plus pratique pour leurs activités. Il y aurait ainsi une convergence partielle du droit européen vers le droit américain qui a construit son raisonnement en considération de professionnels à l'inverse du droit européen qui a réfléchi à partir de l'exemple du consommateur.

758. Le problème de cette potentielle solution européenne par rapport au *status quo* des deux systèmes est que l'internet a une vocation universelle. Un internaute peut par conséquent surfer d'un site professionnel à un site de loisir en un bref laps de temps. Il n'est donc pas satisfaisant d'appliquer des régimes juridiques différents en fonction des sites car cela requerrait des internautes des efforts de qualifications juridiques particulièrement ardues avant de prendre connaissance du contenu du site. Le principe d'universalité de l'internet doit tendre à la plus grande simplicité possible de la règle.

759. Les droits européen et américain assurent selon leurs paradigmes propres une obligation d'informer les internautes sur le contenu des conditions générales d'utilisation du site. Il sera néanmoins nécessaire de prendre en considération le contexte de visite du site par l'internaute.

B) La communication *in concreto* des conditions générales d'utilisation

760. Afin d'être effectuée *in concreto*, la communication doit être effectuée matériellement (1) et de façon effective (2).

1) La communication matérielle des conditions générales d'utilisation

761. La suggestion de la CJUE dans l'arrêt *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*¹⁴²¹ présente l'intérêt de souligner le fait que l'attention des internautes n'est pas la même selon les sites consultés. En effet, un internaute procédera à une visite de façon beaucoup plus légère lorsqu'il se trouve sur un site de divertissement que s'il parcourt les pages d'un site officiel ou à visée professionnelle. Dès lors, les droits français et américain sont confrontés à deux solutions. Soit ils prennent en compte les spécificités des sites - il s'agit de la position française - soit ils appliquent un régime égal à tous les sites - il s'agit du modèle américain.

762. Les juges français¹⁴²² ont ainsi établi un second critère d'attention de l'internaute en prenant en compte le contexte de sa visite du site. Il a en effet été retenu que l'intention d'un internaute ne sera pas particulièrement attirée par l'acronyme CGU qui s'avère « peu signifiante en elle-même pour un internaute de curiosité moyenne principalement intéressé par le but de sa recherche ». Cette dernière expression souligne la prise en compte par le juge du but de la recherche. Il s'agissait en l'espèce d'un site de divertissement. La solution aurait peut-être été différente pour un site internet plus sérieux d'adressant notamment à des professionnels. Ainsi, en fonction du type de recherche qu'une page internet implique, les juges seront plus ou moins exigeants quant à l'attention donnée aux acronymes.

¹⁴²¹ CJUE, 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*.

¹⁴²² Cass. civ. 1e, 31 octobre 2012, n°11-20480.

763. La solution française fait peser un formalisme informatif plus lourd à l'industrie du divertissement qu'à celle « sérieuse », car la première devra être plus attentive à attirer l'attention des internautes que le second type de sites. Cette position est donc largement défavorable aux auteurs dont les créations se trouvent très souvent sur des sites de divertissement.

764. Ce critère n'a en revanche pas été retenu aux Etats-Unis à cause du principe égalitaire qui irrigue le droit américain provenant de l'héritage protestant¹⁴²³. Les propriétaires de sites ont donc l'obligation de présenter clairement leurs conditions générales d'utilisation indépendamment du type de recherche effectué sur leur site et sans distinguer selon son objectif. Le principe égalitaire américain fait ainsi obstacle à la prise en compte de toute nuance. L'absence de distinction entre les différents seuils d'attention des internautes assure cependant une meilleure sécurité juridique des propriétaires de sites qui ne sont pas confrontés à l'incertitude que constitue la faible clarté de la distinction.

765. Il nous semble néanmoins que le modèle américain pêche par excès de confiance dans le principe d'égalité. En effet, en se focalisant sur une égalité juridique, il ne prend pas en compte les différences factuelles en fonction du niveau culturel ou de la connaissance des us et coutumes de l'internet. Ces différences de patrimoines culturels se trouvent ainsi renforcées par l'égalitarisme juridique. En somme, l'égalité juridique crée des inégalités *de facto*. Il nous semble donc que le droit américain devrait renverser sa position afin d'adopter une position véritablement égalitaire et donc démocratique et ce, d'autant plus qu'il vise comme le droit européen à assurer la meilleure communication possible des conditions générales d'utilisation.

766. Il semble que la jurisprudence américaine ait acté cette différence entre les cocontractants. En effet, la différence de traitement de l'acceptation des conditions entre les arrêts *Register v. Verio*¹⁴²⁴ et *Specht v. Netscape*¹⁴²⁵ se justifie¹⁴²⁶ par la prise en compte de la différence existant entre les parties. Dans l'arrêt *Specht* les demandeurs étaient des

¹⁴²³ M. BOUDREAU, « *Les rapports entre religion et droit, l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains* », Thèse Montpellier 1, 2000.

¹⁴²⁴ *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*, 356 F.3d 393, 2004 U.S. App. LEXIS 1074, 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1545 (2d Cir. N.Y. 2004).

¹⁴²⁵ *Specht v. Netscape Communs. Corp.*, 306 F.3d 17, 2002 U.S. App. LEXIS 20714, 48 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 761 (2d Cir. N.Y. 2002).

¹⁴²⁶ M. ROBERTSON, « *Is Assent Still a Prerequisite for Contract Formation in Today's Economy ?* », 78 Wash. L. Rev. 265, février 2003, p. 289.

consommateurs et les conditions générales d'utilisation du site ne leur ont pas été opposées car elles n'apparaissaient pas assez clairement. En revanche, dans l'arrêt Register, il s'agissait d'une société - donc d'un professionnel - à laquelle les conditions générales d'utilisation ont été opposées alors qu'elles n'apparaissaient pas plus clairement que dans l'arrêt Specht. Il y a donc une différence de traitement qui semble fondée sur la différence de qualité la qualité des parties.

767. Le droit américain confronte donc les propriétaires de sites internet - et par conséquent les auteurs - à une véritable insécurité juridique à cause de l'absence d'affirmation explicite des critères fondant les décisions des juges. Certes ce type d'approche est étranger à la tradition protestante américaine qui se limite à placer les parties dans une situation d'égalité initiale et il n'est donc pas sûr que cette solution se pérennise. Cependant, si les juges choisissent *de facto* une approche différenciée selon la qualité des internautes, ils devraient l'affirmer explicitement. À défaut, la jurisprudence continuera à confronter les propriétaires de sites à une situation d'insécurité juridique.

768. Il nous semble que ces distinctions, explicites ou implicites, entre consommateurs et professionnels, n'ont de toute façon pas de raison d'être sur internet. En effet, l'internet est fondé sur le principe de l'anonymat¹⁴²⁷ car il a été bâti non pas afin de mettre en contact deux profils numériques mais deux adresses IP. L'internet ne permet donc pas de prendre en compte des spécificités de chaque partie. Il nous semble donc que les régimes devraient être unifiés sur le modèle le plus protecteur - car il renforce la confiance sans laquelle l'internet ne peut se développer - c'est à dire celui appliqué aux consommateurs au sein de l'Union Européenne, d'autant que l'adoption d'un régime unique impliquerait une charge moindre en terme de recherches et de rédaction pour les propriétaires de sites et par conséquent pour les auteurs. En effet, les auteurs n'auraient pas besoin de rédiger des conditions générales d'utilisations différentes pour chaque statut. Cela nécessite donc que les sites internet ne puissent opposer de conditions générales d'utilisations sans mécanisme de réception de l'accord des internautes et sans que les internautes n'aient reçu une communication effective. Le droit européen sera cependant protecteur des propriétaires de sites internet *a posteriori* - c'est à dire lorsque les identités derrière les adresses IP auront été révélées - car le régime *ad hoc* du droit des consommateurs pourra être écarté lorsque le créateur de lien sera un

¹⁴²⁷ M. CAHEN, « *Anonymat sur internet* », Murielle-Cahen.com, accessible à <https://www.murielle-cahen.com/publications/anonymat.asp> (dernier accès: 9/08/2016).

professionnel. La distinction entre la qualité d'auteur et de cessionnaire du propriétaire de site internet n'aura pas d'incidence sur le régime applicable en ce qui concerne la communication des conditions générales d'utilisation.

2) La communication effective des conditions générales d'utilisation

769. Afin d'être effective, la communication doit être compréhensible par tous. Tout acte de communication est effectué par le truchement d'une langue. Il est par conséquent nécessaire d'utiliser une langue que le cocontractant comprend.

770. Ce principe est partagé en matière pénale en Europe¹⁴²⁸ et aux Etats-Unis¹⁴²⁹. Le droit américain protège donc les justiciables maîtrisant peu ou pas l'anglais et impose une communication des droits dans la langue du défendeur, et la CEDH oblige les États membres à proposer un service de traduction aux personnes inculpées. Cette convergence en matière pénale ne se confirme pas en matière contractuelle.

771. En effet, la loi Toubon du 31 décembre 1975 ajoute une protection supplémentaire pour les contractants en droit français en leur imposant de mentionner les conditions générales d'utilisation en langue française. Cette obligation n'existe pas en droit américain. Cette différence est notamment le fruit de l'absence de langue officielle aux Etats-Unis au niveau fédéral¹⁴³⁰, mais aussi de la prédominance des sociétés américaines de langue anglaise sur internet. La majorité des grandes sociétés de l'internet sont en effet américaines et rédigent des conditions générales d'utilisation en langue anglaise parfois même si le public visé est étranger. Il apparaît donc logique que le législateur français ait voulu protéger les consommateurs français qui se voyaient opposer des conditions qu'ils ne pouvaient pas comprendre. Il n'apparaît en revanche pas véritablement nécessaire d'introduire de réglementation en sens inverse aux Etats-Unis pour le moment étant donné qu'un nombre substantiel de page est rédigé dans la langue de Shakespeare. Cependant, la situation pourrait

¹⁴²⁸ CEDH, Brozicek c. Italie, requête n°10964/84, 19 décembre 1989, 41.

¹⁴²⁹ W.B. CHANG, M.U. ARAUJO, « *Interpreters for the Defense: Due Process For the Non-English Speaking Defendant* », 63 Cal L Rev 801, 812-820 (May, 1975).

¹⁴³⁰ U.S. Constitution Online, « *Official Language* », USConstitution.net, accessible à http://www.usconstitution.net/consttop_lang.html (dernier accès : 19/02/2016).

être amenée à évoluer à cause de facteurs internes et externes. Au sein des Etats-Unis l'augmentation du nombre de locuteurs en langue espagnole notamment pourrait amener à prendre en considération le problème linguistique - pour rendre les conditions générales accessibles en anglais ou en espagnol ou en revanche pour exclure l'espagnol - et international à cause de l'augmentation du nombre de pages dans des langues asiatiques. La fin de l'hégémonie américaine de l'internet pourrait par conséquent amener les États fédérés à prendre en considération les difficultés linguistiques des internautes.

772. La loi française nous semble cependant non seulement ethnocentrée mais également dépassée car elle ne prend pas en considération l'amélioration des compétences linguistiques des internautes français qui sont souvent capables d'évoluer sur des pages écrites en langues étrangères. Ainsi, la solution de la loi Toubon semble inéquitable lorsqu'elle se trouve appliquée à un internaute polyglotte auquel les conditions générales d'utilisation ne sont pas opposables alors qu'elles sont rédigées dans une langue qu'il maîtrise. Il nous semble qu'une approche *in concreto* serait préférable et devrait permettre d'écarter par principe l'opposabilité des conditions générales d'utilisation aux internautes lorsqu'elles ne sont pas rédigées en langue française sauf si l'internaute comprend la langue. La solution actuelle constitue cependant la moins mauvaise solution dès lors que l'on souhaite maintenir le principe de l'anonymat sur internet.

773. Les créateurs de sites internet, qui sont généralement des auteurs étant donné que la majorité des sites internet contient des éléments originaux, sont donc tenus d'obligations d'information divergentes en droit français et américain malgré les possibles convergences à venir. Il s'agit certes d'une charge pour les propriétaires de sites mais il nous semble que toute activité requiert un minimum de diligences et qu'en l'occurrence elles ne s'avèrent pas disproportionnées. Ces diligences sont d'autant plus justifiées qu'elles participent de l'élaboration d'un internet plus fiable pour les utilisateurs. La confiance ainsi acquise en l'internet lui permet de croître dans l'intérêt des propriétaires de site même. La fiabilité de l'internet repose également sur les modalités de réception des accords aux conventions.

II) Les modalités de la réception de l'accord

774. L'acceptation des conditions générales d'utilisations est le principe général permettant l'opposabilité des conditions générales d'utilisation. Ce n'est qu'à la suite de ce processus que l'internaute sera lié au propriétaire de site et qu'il sera obligé de rémunérer l'auteur. Néanmoins, à défaut de preuve de l'expression du consentement, il ne sera pas possible d'arguer devant une juridiction de son existence. La preuve ne conditionne pas la naissance du droit mais son effectivité. Or, les droits français¹⁴³¹ et américain font peser la charge de la preuve de l'expression du consentement du cocontractant sur celui qui a rédigé les conditions générales d'utilisation.

775. Le second moyen de protection des consommateurs dans les deux droits est donc celui de la réception du consentement. Si les deux droits s'accordent sur les règles applicables aux contrats à titre gratuit (A) ils divergent sur le régime des contrats à titre onéreux (B).

A) Les contrats à titre gratuit

776. Les contrats à titre gratuit ne permettront évidemment pas aux auteurs d'obtenir une rémunération pour l'établissement de liens vers leurs sites. Ils obligeront cependant le créateur de liens à respecter les modalités souhaitées par l'auteur pour la création de liens. Ce mécanisme sera d'autant plus pertinent aux Etats-Unis que le droit moral du *Visual Artists Rights Act* n'a *a priori* pas vocation à s'appliquer sur l'internet. En France, les conditions générales seront le moyen d'éviter des négociations entre l'auteur et l'internaute et par conséquent d'effectuer un gain de temps. Les conditions générales permettront de faire des économies sur les frais de négociations et libéreront du temps pour les auteurs afin qu'ils puissent créer.

777. En outre, si le droit d'auteur et le *copyright* constituent des régimes obligatoires pour les auteurs, ils peuvent choisir de donner leurs œuvres à titre gratuit au public. Ces deux régimes ne sont par conséquent applicables que par défaut et il n'y a pas lieu d'imposer aux auteurs des modalités d'utiliser de leurs œuvres contraire à leurs intentions culturelles ou

¹⁴³¹ Cass. com., 3 déc. 1985 : Bull. civ. IV, n°289 ; Cass. com. 15 juill. 1987 : Lexis n°703 ; Cass. com., 4 juin 1985 : Bull. civ. IV, n°180 ; D. MAINGUY, Fasc. 60, JCL. Contrats - Distribution, 8 mars 2012, 24.

politiques. La liberté contractuelle - qui inclut la liberté de contracter et de ne pas contracter - doit ainsi s'appliquer aux auteurs qui sont les meilleurs juges de l'utilisation de leurs droits.

778. Les droits européen et américain ont étendu les solutions du monde analogique au monde numérique. La cour de cassation française¹⁴³² a refusé d'opposer les conditions générales d'utilisation lorsqu'aucun mécanisme de réception du consentement n'existe. Aux Etats-Unis, la solution dégagée en matière de contrat *shrinkwrap* a été étendue à l'internet avec l'arrêt *ProCD v. Zeidenberg*¹⁴³³ et par conséquent l'opposabilité des conditions générales d'utilisation dépendra de l'existence d'un mécanisme de réception du consentement. Les modalités d'opposabilité des conditions générales d'utilisation sont par conséquent similaires dans les deux systèmes. Cela nécessite que les auteurs établissent un mécanisme de conservation de l'expression du consentement, ce qui peut constituer une charge économique et temporelle pesant sur leur création. Les juges imposent ainsi un minimum de formalisme dans l'acceptation des créateurs de liens.

779. Les droits français et américain adoptent une approche objective de l'expression du consentement. Les juges doivent en effet rechercher l'expression extérieure manifestant l'intention et non pas les secrets non exprimés¹⁴³⁴. En effet, une convention est un outil social permettant de créer et de sécuriser les relations entre les individus. En outre, étant donné qu'un contrat sur internet est le résultat de la mise en relation de deux adresses IP représentant des internautes, l'approche objective est la seule pertinente.

780. Les modalités de l'expression objective du consentement reste cependant libre dans les deux systèmes¹⁴³⁵, c'est à dire que les droits français et américain n'ont pas établi de listes de modalités d'expression du consentement. Cela permet à l'offrant de déterminer les modalités de réception de l'accord les plus pertinentes. Le champ des possibles reste cependant limité.

¹⁴³² Cass. civ. 1^e, 31 octobre 2012, n°11-20480.

¹⁴³³ 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

¹⁴³⁴ France : le droit français rejette par principe l'acceptation par le silence. Voir M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations - 1 Contrat et engagement unilatéral* », PUF, 2^e édition, 2010, p. 263.

Etats-Unis : *Lucy v. Zehmer*, 84 S.E.2d 516 (Va. 1954) ; R.A. HILLMAN, « *Principles of Contract Law* », West Academy Publishing, 3rd edition, p. 47.

¹⁴³⁵ France : M. FABRE-MAGNAN, « *1 - Contrat et engagement unilatéral* », 2008, PUF, 110.

Etats-Unis : J. FERRIELL, « *Contracts* », Lexisnexis, 3rd edition, 2014, p. 171 s.

Les auteurs réceptionneront généralement le consentement des internautes par l'introduction d'une case du type « Je suis d'accord ».

781. Les droits français et américain abordent différemment cette question. Le droit américain se réfère aux standards industriels¹⁴³⁶. La case « *I accept the terms of service* » a ainsi été considérée comme un standard industriel apte à réceptionner l'accord des internautes. La jurisprudence française n'a en revanche pas reconnu de valeur de standard industriel et reconnaît ainsi au cas par cas la validité d'un système de réception du consentement. Cette distinction montre la différence d'appréhension de l'internet par les juges des deux pays. Il n'y a cependant pas de conséquence pratique de la divergence entre les deux approches. En effet, ce type de clause permet de retenir dans chaque hypothèse, pour peu qu'elle soit apparente¹⁴³⁷, l'expression du consentement par l'internaute sans que la question de l'existence d'un standard industriel ne s'avère déterminante. La différence souligne cependant le fait que les juges américains sont plus enclins à prendre en considération la sociologie de l'internet - comme nous l'avons vu en matière de validité des renvois aux conditions générales d'utilisation par des liens¹⁴³⁸ - afin d'établir leurs standards juridiques. Les juges français se cantonnent en revanche à une approche individualiste conforme à la philosophie du Code civil de 1804 reprise par l'ordonnance du 10 février 2016.

782. Le recours à des standards permet au droit américain de retenir l'acceptation des conditions générales d'utilisation dans des cas où le droit français la rejette. Ainsi, les arrêts *Cairo, Inc. v. CrossMedia Servs., Inc.*¹⁴³⁹, et *Southwest Airlines Co. v. BoardFirst, L.L.C.*¹⁴⁴⁰, ont retenu que le cocontractant avait exprimé son accord aux conditions générales d'utilisation en continuant à utiliser le site internet à la suite de la réception d'une lettre l'informant du contenu des conditions générales d'utilisation. L'arrêt *Register v. Verio*¹⁴⁴¹ a expliqué de façon imagée cette solution. Il a pris l'exemple d'un client qui entrerait dans un magasin afin de prendre une pomme. Le prix de la pomme n'est pas mentionné sur l'étalage

¹⁴³⁶ *Appliance Zone, LLC v. Nextag, Inc.*, No. 4 :09-cv-0089-SEB-WGH, 2009 WL 5200572 (S.D. Ind. Dec. 22, 2009) ; Susan E. Gindin, « *Nobody Reads Your Privacy Policy or Online Contract ? Lessons Learned and Questions Raised by the FTC's Action Against Sears* », 8 N.w. J. Tech. & Intell. Prop. 1, 42 (2009).

¹⁴³⁷ Cass. civ. 1^e, 19 mars 2015, n°13-27414.

¹⁴³⁸ Voir supra n°751.

¹⁴³⁹ No. C 04-04825 JW, 2005 U.S. Dist. LEXIS 8450, at 4-5 (N.D. Cal. April 1, 2005).

¹⁴⁴⁰ No. 3:06-CV-0891-B, 2007 U.S. Dist. LEXIS 96230, at 13 (N.D. Tex. Sept. 12, 2007).

¹⁴⁴¹ *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*, 356 F.3d 393, 2004 U.S. App. LEXIS 1074, 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1545 (2d Cir. N.Y. 2004).

mais à la sortie du magasin de sorte que, si à la première visite l'acheteur n'avait pas connaissance des conditions d'achat, il n'en allait pas de même à la deuxième visite. Les conditions d'achat de la pomme deviennent donc opposables dès lors que l'acheteur en a connaissance. Appliqué à l'internet, ce raisonnement permet de retenir que l'établissement d'un lien n'est pas soumis aux conditions générales d'utilisation tant que le créateur n'a pas reçu communication des conditions générales d'utilisation. À la suite de leur communication les conditions générales d'utilisation deviennent en revanche opposables au créateur de lien. Le créateur d'un lien qui maintient un lien à la suite de la réception d'un email mentionnant les conditions générales d'utilisation sera par conséquent lié par les conditions communiquées.

783. Le droit français rejette *a priori* une telle solution. En effet, l'arrêt M6¹⁴⁴² de la Cour d'appel de Paris a retenu que la réception d'une mise en demeure mentionnant les conditions générales d'utilisation d'un site internet ne les rend pas opposables au créateur de liens. Pourtant, il s'agit d'une situation similaire à celle des arrêts *Cairo, Inc. v. CrossMedia Servs., Inc.* et *Southwest Airlines Co. v. BoardFirst, L.L.C.* car l'internaute a eu connaissance des conditions générales d'utilisation. L'information éloignée du mécanisme de réception du consentement ne suffit donc pas à former un contrat en droit français. Cette solution ne surprend pas. En effet, la jurisprudence française n'a pas reconnu d'hypothèse d'opposabilité d'une convention lorsque le cocontractant n'exprime pas positivement son accord en dehors d'une liste limitative incluant, notamment, la continuation des relations contractuelles entre deux professionnels¹⁴⁴³ ou la reconduction d'un contrat de bail¹⁴⁴⁴. Il n'y a donc pas lieu d'opposer des conditions générales d'utilisation, même lorsqu'elles ne comportent pas de prix, aux internautes étant donné qu'elles ne sont pas incluses dans la liste limitative.

784. Ainsi, bien que les deux droits rejettent en principe l'idée qu'un contrat puisse être conclu par le silence d'une partie¹⁴⁴⁵, le droit américain s'avère beaucoup plus ouvert à l'idée de la formation tacite d'un contrat lorsque les prestations objets du contrat sont accomplies

¹⁴⁴² CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 27 avril 2011, Legalis.

¹⁴⁴³ M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations - 1 Contrat et engagement unilatéral* », *op. cit.*, p. 265.

¹⁴⁴⁴ Article 1738 du Code civil.

¹⁴⁴⁵ France : M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations - 1 Contrat et engagement unilatéral* », 2^e édition, PUF, 2010, p. 263-264.

Etats-Unis : *Restatement (Second) of Contracts* §69 (1981) ; J. FERRIELL, « *Contracts* », Lexisnexis, 3^e édition, 2014, p. 184.

que le droit français. Le droit américain applique en effet un paradigme plus tourné vers les affaires nécessitant une approche pragmatique et souple - ce qui s'avère favorable aux auteurs et leur permettra de mieux protéger leurs prérogatives morales - alors que le droit français est centré sur la protection des individus et de plus en plus par celle des consommateurs. Cette divergence sur les valeurs de liberté et de paternalisme n'a cependant que des conséquences limitées car l'hypothèse de l'arrêt *Register v. Verio* reste relativement rare.

785. En outre, étant donné que le droit français protège les droits moraux la différence entre les deux systèmes reste limitée. Les auteurs français bénéficieront généralement, grâce au droit commun, de la protection que la convention confèrera aux auteurs américains. Dès lors, la souplesse américaine qui devrait faire gagner du temps et de l'argent aux auteurs est compensée en France par l'absence de nécessité d'introduire des clauses protégeant les droits moraux - ou alors à simple titre didactique pour les internautes.

786. Les droits français et américain ont donc des résultats en partie similaire en matière de conditions générales d'utilisation à titre gratuit. L'engagement des internautes dans des contrats à titre gratuit s'avère donc relativement simple et peu formel. Cette approche est cohérente avec le principe libertaire des Pères fondateurs de l'internet qui ne souhaitaient pas qu'un système juridique s'applique à l'internet afin de laisser les internautes gérer eux-mêmes leurs relations. La formation de conventions simples assure la bonne autogestion de l'internet.

787. Cependant, dès lors qu'une dimension mercantile est introduite sur l'internet, il y lieu d'écarter le principe libertaire qu'il irrigue. Les systèmes juridiques étatiques sont par conséquent pleinement légitimes à s'appliquer au réseau dans les hypothèses commerciales. Les droits européen et américain en ont tiré des conséquences différentes reflétant les divergences philosophiques en matière de droit des contrats.

B) Les contrats à titre onéreux

788. Les contrats à titre onéreux sont les conventions prévoyant une contrepartie¹⁴⁴⁶. Elles permettront aux auteurs d'obtenir une rémunération pour l'établissement de liens vers leurs œuvres. Les droits français et américain connaissent des modalités différentes d'opposabilité des conditions générales d'utilisation à titre onéreux.

789. Le droit européen s'est ainsi montré plus protecteur des internautes que le droit américain en introduisant la théorie du double clic. L'article 11 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 a introduit la formalité de la passation de commande qui a été transposée par la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique¹⁴⁴⁷ en procédure du double clic. Elle consiste à imposer un mécanisme obligeant les internautes à cliquer à deux reprises sur un onglet mentionnant qu'ils acceptent les conditions¹⁴⁴⁸. Cela permet à l'internaute - indépendamment de sa qualité de consommateur ou de professionnel - de vérifier, corriger et confirmer son acceptation¹⁴⁴⁹. L'obligation d'introduire une interface cognitive¹⁴⁵⁰ vise à permettre aux cocontractants de réfléchir à leur volonté de contracter et de contrôler les données de l'accord. Il s'agit d'un mécanisme de protection du consentement par la maîtrise de l'instrument informatique car le législateur craignait le clic erroné¹⁴⁵¹. Cette approche nous paraît avoir eu du sens au début du 21^e siècle alors que de nombreux Européens découvraient les ordinateurs et se familiarisaient avec l'usage de la souris et les codes de l'internet, mais elle nous semble beaucoup moins pertinente à l'époque de la démocratisation des terminaux numériques et de l'enseignement de rudiments informatiques dès l'école primaire. La règle est sans doute bonne en ce qu'elle s'avère protectrice des consommateurs et des non-professionnels, bien qu'elle n'empêche pas de conclure des contrats qui s'avéreront dangereux pour leurs situations financières. Ainsi, ce n'est que lorsque l'internaute double

¹⁴⁴⁶ G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 8^e édition 2007.

¹⁴⁴⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Voir l'article 1369-5 ancien du Code civil et l'article 1127-2 nouveau du même Code.

¹⁴⁴⁸ Article 25 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁴⁴⁹ D. NOGUERO, « *L'acceptation dans le contrat électronique* », in *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique - le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, ss. la direction de J.-C. HALLOUIN et H. CAUSE, LGDJ, 2005, p. 54.

¹⁴⁵⁰ F. Borges, D. Bourcier, E. Andreewsky, R. Borges, « *Conception of Cognitive Interfaces for Legal Knowledge. Evolution of the JURISQUE Project on the Risks of Avalanches* », Proceedings of the Eighth International Conference on Artificial Intelligence and Law, (ICAIL 2001), 21-25 mai 2001, Saint Louis, ACM Press, p. 231-234.

¹⁴⁵¹ D. NOGUERO, « *L'acceptation dans le contrat électronique* », in *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique - le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?*, ss. la direction de J.-C. HALLOUIN et H. CAUSE, LGDJ, 2005, p. 54.

clique pour exprimer son consentement à un contrat qu'il l'accepte. Cette solution s'applique aussi bien aux professionnels qu'aux consommateurs.

790. Le droit américain a en revanche adopté une démarche plus souple. En effet, il applique la solution de l'arrêt *Ticketmaster v. Ticket.com*¹⁴⁵² - qui avait retenu que les conditions générales d'utilisation sont opposables dès lors que l'internaute en a connaissance - et ne distingue donc pas entre les contrats à titre gratuit et à titre onéreux. L'approche paternaliste européenne souligne d'une part que le droit européen ne prend toujours pas en considération l'amélioration des connaissances des us et coutumes par les internautes, mais aussi qu'il se focalise sur un paradigme plus centré sur la protection des consommateurs que sur le droit des affaires.

791. Les droits américain et français divergent donc en grande partie sur la question du consentement aux conditions générales d'utilisation. Cette question nécessite en outre de déterminer si les parties ont la capacité à accepter une convention. Les deux systèmes ont adopté sur ce point des solutions plutôt convergentes.

Paragraphe 2 : La capacité à conclure un contrat

792. La capacité réside dans « l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer¹⁴⁵³ ». Toute personne majeure est présumée capable tant qu'elle n'a pas été déclarée incapable depuis que la France¹⁴⁵⁴ et les Etats-Unis¹⁴⁵⁵ ont aboli l'esclavage. Elle a été initialement pensée pour les personnes physiques (I). Le développement de l'informatique a confronté les droits français et américain à la question de savoir si les algorithmes ont la capacité pour à conclure des contrats (II).

¹⁴⁵² *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12987, Copy. L. Rep. (CCH) P28,146 (C.D. Cal. Aug. 10, 2000).

¹⁴⁵³ G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », *op. cit.*, 2007.

¹⁴⁵⁴ Loi du 27 avril 1848.

¹⁴⁵⁵ 13^e Amendement de la Constitution américaine du 31 janvier 1865.

I) La capacité des personnes physiques

793. La notion de capacité est abordée de façon très différente dans les deux systèmes. Alors qu'il s'agit d'une condition de formation du contrat en France¹⁴⁵⁶, la capacité constitue une excuse à la violation des obligations contractuelles pour les mineurs¹⁴⁵⁷ et une condition de validité du contrat pour les incapables majeurs¹⁴⁵⁸. La capacité n'est donc pas conçue de façon aussi systématique en droit américain qu'en droit français. Cette différence n'a pas de grandes conséquences car les contrats sont présumés valides¹⁴⁵⁹ en droit français comme en droit américain. Le changement de perspective, consistant à retenir que la capacité est présumée jusqu'à preuve du contraire s'inscrit dans la même logique. Les différences méthodologiques n'ont pas de réelles importances pratiques.

794. En effet, dans les deux systèmes, la question de la capacité pose des problèmes de sécurité juridique pour les propriétaires de sites internet et par voie de conséquence pour les auteurs. En effet, étant donné qu'ils n'ont pas de contact direct avec l'internaute et que seules deux adresses IP communiquent pour conclure le contrat, il leur est impossible de déterminer si le cocontractant a la capacité de conclure une convention. Cette situation est particulièrement insécurisante pour les auteurs d'œuvres pour enfants ou adolescents qui risquent de voir la conclusion de conventions annulées pour absence de capacité. Ils seront dès lors incités à ne pas opposer de conditions générales d'utilisation et auront donc des difficultés à obtenir une rémunération pour l'établissement de liens vers leurs sites. Il risque donc d'y avoir une fracture entre les situations des auteurs en fonction des publics qu'ils visent. Les droits français et américain sont ainsi confrontés à un dilemme les amenant à choisir entre deux solutions imparfaites. Il est possible d'opter pour une solution visant à assurer le respect des conventions formées - qui empêcherait l'annulation des conventions pour incapacité - ou une autre plus protectrice des intérêts des personnes incapables permettant d'annuler les conventions pour incapacité. Les droits français et américain ont divergé sur la question de la protection de l'intérêt commun ou de l'intérêt individuel.

¹⁴⁵⁶ Article 1108 du Code civil.

¹⁴⁵⁷ J. FERRIELL, « *Contracts* », *op. cit.*, p. 508 s.

¹⁴⁵⁸ J. FERRIELL, « *Contracts* », *ibidem.*, p. 514 s.

¹⁴⁵⁹ Il incombe en effet à celui qui argue d'un vice du consentement d'en apporter la preuve (Cass. soc., 7 octobre 1987, Bull. civ. V, n°532). Il en va de même pour l'illicéité de la preuve (Cass. civ. 1^e, 19 avril 1877, Bull. civ. I, n°171).

795. Le droit américain s'est montré plus favorable aux propriétaires de sites et aux auteurs. Il appliquera en effet la théorie de l'*estoppel* qui consiste à retenir qu'un contrat a force obligatoire dès lors qu'une partie pouvait raisonnablement croire en l'apparence de la situation pour considérer que le contrat était formé¹⁴⁶⁰. Le droit français adopte une solution opposée en retenant que les personnes incapables peuvent demander la nullité des conventions qu'elles ont conclues¹⁴⁶¹, plaçant ainsi les auteurs, que la France cherche traditionnellement à protéger, dans une situation de forte insécurité juridique. Le droit français se place encore du côté des parties qu'il considère être les plus faibles - en considérant que l'auteur en sa qualité de propriétaire de site internet est plus fort que le consommateur - alors que le droit américain prend en considération l'intérêt global de la société qui serait mieux assuré par la sécurité des conventions, quitte à ce que certaines situations soient inopportunes. Il nous semble que la solution française tombe dans un gauchisme déresponsabilisant de ses citoyens et qu'elle pourrait en revanche, en s'abstenant de prononcer la nullité des conventions conclues par des incapables sur internet, condamner indirectement les gardiens de ces personnes qui tiennent les cordons de la bourse. Les gardiens n'ont en effet pas de raison de laisser des moyens de paiement en ligne à des incapables et il nous semble plus juste de sanctionner leur négligence plutôt que de placer les auteurs dans une situation d'insécurité juridique. Le droit américain présente par conséquent l'avantage de la sécurité juridique et de la responsabilisation des gardiens. La solution américaine s'avère plus favorable à la liberté d'entreprendre, aux intérêts des auteurs ainsi qu'au développement de l'internet.

796. Cette distinction ne devrait généralement pas avoir de conséquences pratiques pour les propriétaires de sites voulant facturer l'établissement de liens vers leurs sites. En effet, le prix demandé pour l'établissement de liens ne devrait pas être assez important pour que les représentants des personnes incapables décident de saisir un juge afin d'obtenir le remboursement. Le faible montant découragera nombre de parents, tuteurs et autres curateurs à saisir le juge et ce, surtout s'ils ressentent le besoin de se faire représenter par un avocat dont les honoraires seront bien supérieurs aux gains espérés. Il n'en ira autrement que si une action de groupe est menée mais cela nous paraît bien hypothétique. L'insécurité juridique française ne devrait donc pas avoir de conséquences importantes devant les tribunaux. Cela permet de sécuriser les auteurs mais soulève la question de l'effectivité de l'état de droit dans notre pays dès lors que les juridictions ne sont pas saisies pour les petits litiges.

¹⁴⁶⁰ J. FERRIELL, « *Contracts* », Lexisnexis, 3rd edition, 2014, p. 512.

¹⁴⁶¹ Article 1108 du Code civil.

797. Les droits français et américain divergent donc sur la question de l'opposabilité des conditions générales d'utilisation aux incapables. Ils convergent en revanche sur la question de la capacité d'un algorithme à conclure une convention qui présente une importance capitale pour les auteurs car la solution apportée modèlera le régime applicable aux conventions conclues par des créateurs automatiques de liens.

II) La capacité à contracter des algorithmes

798. De plus en plus de contrats sont conclus par des machines, notamment dans le domaine de la finance et du *trading* à haute fréquence. Ainsi, alors que les droits français¹⁴⁶² et américain¹⁴⁶³ tenaient pour nécessaire la qualité d'être humain pour être sujet de droit - à l'issue d'une évolution européenne sur plusieurs siècles au cours de laquelle les animaux ont été considérés comme des justiciables¹⁴⁶⁴ et donc comme des sujets de droit - les deux systèmes juridiques commencent à considérer des machines comme des sujets de droit capables d'engager leurs mandants dans des relations contractuelles. Il y a donc eu une capacité uniquement des personnes humaines pendant l'époque romaine, partagée entre les êtres humains et les animaux au Moyen-Âge, des seuls êtres humains à l'époque moderne et partagée entre ces derniers et les machines à l'époque post-moderne.

799. Les algorithmes ont ainsi une capacité à contracter tout en étant eux-mêmes des biens meubles non fongibles et non consommables étant donné qu'ils peuvent faire l'objet de transactions¹⁴⁶⁵. Un algorithme n'a pourtant pas la capacité de raisonner qui fonde la personnalité juridique et par conséquent la pleine capacité à contracter. Les droits européen et américain ont divergé sur le traitement juridique à apporter à cette question. Les Etats-Unis ont ainsi considéré que le procédé est légal parce qu'il n'est pas expressément interdit, alors

¹⁴⁶² J. ROCHFELD, « *Les grandes notions du droit privé* », 2011, PUF, 1 : « La personne, au sens de l'individu, a été conçue comme la notion centrale du droit ».

¹⁴⁶³ West's Encyclopedia of American Law, 2^e édition, vol. 3, Thomson Gale, 2005, p. 172.

¹⁴⁶⁴ B.J.C. DABOVAL, « *Les animaux dans le procès du Moyen Âge à nos jours* », 9 octobre 2003, thèse, École nationale vétérinaire d'Alfort, accessible à <http://theses.vet-alfort.fr/telecharger.php?id=377> (dernier accès : 19/02/2016).

¹⁴⁶⁵ T. BONNEAU, « *Le trading algorithmique : qualification juridique et critères de distinction avec le trading haute fréquence* », Revue de droit bancaire et financier, n°4, juillet 2016, dossier 25.

que l'Union Européenne a du explicitement reconnaître la légalité du *trading* à haute fréquence.

800. Le droit commun américain pouvait accueillir le *trading* à haute fréquence en appliquant la théorie de *agency*¹⁴⁶⁶ aux algorithmes¹⁴⁶⁷ - c'est à dire une relation de commettant à préposé - permettant de rendre le contrat obligatoire vis à vis des cocontractants¹⁴⁶⁸. Face à l'importance de la question la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* ("NCCUSL") a rédigé le *Uniform Computer Information Transaction Act* ("UCITA")¹⁴⁶⁹ afin d'affirmer la légalité des contrats conclus par des algorithmes. Il s'agit d'un modèle de loi n'ayant pas force obligatoire. Il dispose à la section 206(a) que les robots peuvent conclure des conventions. Le UCITA a donc réaffirmé, si besoin était, que la théorie de *agency* s'applique aux algorithmes et qu'ils peuvent par conséquent conclure des contrats avec des tiers. Il leur est par conséquent possible de conclure des contrats avec des auteurs ou des cessionnaires. Cette solution ouvre des possibilités pour les propriétaires de sites internet qui peuvent opposer des conditions générales d'utilisation de leurs sites internet aux créateurs automatiques de liens et, ainsi, obtenir une rémunération. Les droits français et européen ayant adopté un paradigme inverse ne reconnaissent pas cette possibilité.

801. La capacité constitue l'un des quatre piliers du droit des contrats français. La capacité n'étant donnée qu'aux personnes humaines majeures et n'étant pas sous le coup d'une mesure de protection, la définition s'avère plus exclusive qu'inclusive. Face à la nécessité de moderniser les marchés financiers la légalité du *trading* à haute fréquence a été reconnue dans des conditions strictes. Il faut tout d'abord un seuil minimum d'intelligence pour pouvoir conclure un contrat en Europe, ce que le droit américain n'impose pas aux algorithmes sans que cela ne porte réellement à conséquence étant donné que le marché exclurait un algorithme dysfonctionnel. La directive européenne dite MIF 2¹⁴⁷⁰ a ainsi exclu les algorithmes n'étant

¹⁴⁶⁶ Rest. (Second) of Agency § 1 (1957).

¹⁴⁶⁷ J.M. ROSENFELD, « *Spiders and Crawlers and Bots, Oh My: The Economic Efficiency and Public Policy of Online Contracts that Restrict Data Collection* », 2002 Stan. Tech. L. Rev. 3, 2002, 41.

¹⁴⁶⁸ *Restatement (Second) of Agency* §140 (1957).

¹⁴⁶⁹ Carlyle C. Ring, Jr., « *Uniform Rules for Internet Information Transactions: An Overview of Proposed UCITA* », 38 Duq. L. Rev. 319, 320-23 (2000).

¹⁴⁷⁰ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

pas capables de stratégie¹⁴⁷¹ et les a défini comme étant ceux « visant à l'identification d'opportunités de transactions censées déboucher sur la décision d'acheter ou de vendre des instruments financiers en entrant un ordre dans le carnet d'ordres¹⁴⁷² ». La directive ne prend pas position sur la capacité des algorithmes à donner des ordres - donc à conclure des conventions - mais une partie de la doctrine affirme qu'il ne s'agit pas là d'une difficulté particulière étant donné que derrière la machine il y a un être humain¹⁴⁷³. La directive européenne a en fait conféré la capacité à un type d'algorithme, donc par exception, alors que le droit américain reconnaît le principe de la capacité des algorithmes. La directive européenne n'a donc pas étendu cette disposition aux autres types d'algorithmes et notamment à ceux créant des liens. Dès lors, les algorithmes créateurs de liens ne peuvent conclure des conventions et ne peuvent accepter les conditions générales d'utilisation des sites internet.

802. Le droit américain se montre donc prêt à accueillir le principe de l'acceptation de conditions générales d'utilisation de sites internet à titre onéreux par des algorithmes alors que le droit européen l'exclut sauf l'exception de la directive MIF 2. Le *status quo* devrait cependant perdurer. En effet, il y a peu de chance que l'Union Européenne s'attelle à ce chantier alors qu'elle est confrontée au problème de la sortie du Royaume-Uni. Aux Etats-Unis en revanche la situation ne devrait pas évoluer car les intérêts financiers sont trop importants¹⁴⁷⁴. Les solutions que nous venons de décrire ont donc vocation à perdurer.

803. Afin de faciliter la conclusion de contrats par des algorithmes, des éditeurs ont développé le « *automated content access protocol*¹⁴⁷⁵ » (ACAP) qui offre depuis 2007 un langage lisible par une machine et lui permettant de comprendre et de signer une convention sans recours à une interprétation humaine. Le projet reste cependant très peu utilisé par les

¹⁴⁷¹ T. BONNEAU, « *Le trading algorithmique : qualification juridique et critères de distinction avec le trading haute fréquence* », Revue de droit bancaire et financier, n°4, juillet 2016, dossier 25, 12.

¹⁴⁷² M. GALLAND, « *La régulation du trading haute fréquence* », Bull. Joly Bourse mars 2012, p. 129.

¹⁴⁷³ T. BONNEAU, « *Le trading algorithmique : qualification juridique et critères de distinction avec le trading haute fréquence* », Revue de droit bancaire et financier, n°4, juillet 2016, dossier 25, 25.

¹⁴⁷⁴ K. BURNE, « *The New Bond Market : Algorithms Trump Humans* », The Wall Street Journal, 23 septembre 2015, accessible à <http://www.wsj.com/articles/the-new-bond-market-algorithms-trump-humans-1443051304> (dernier accès: 11/10/2016).

¹⁴⁷⁵ International Press Telecommunications Council, « *Making Copyright Work on The Net* », Accessible à <http://www.the-acap.org> (dernier accès : 19/08/2016).

moteurs de recherche¹⁴⁷⁶ qui n'y trouvent pas d'incitation à l'utiliser pouvant compenser la charge de la gestion et du stockage des données nécessaires à la prise en compte des conditions générales d'utilisation de chaque site. Il nous semble que l'Union Européenne et les États-Unis devraient s'intéresser plus à ces travaux afin d'imposer la prise en compte du protocole ACAP aux moteurs de recherche. Les auteurs - ou les cessionnaires au nom des auteurs - auraient ainsi un meilleur contrôle des liens et pourront imposer leurs conceptions morales des œuvres ainsi que demander une rémunération pour les liens. Il serait à ce titre pertinent que les moteurs de recherche ainsi que les principaux créateurs d'œuvres se mettent d'accord sur un calcul de la rémunération des liens afin que les propriétaires de sites n'imposent pas des conditions de rémunération déraisonnables.

804. La possibilité d'opposer des conditions générales d'utilisation aux créateurs automatiques de liens serait particulièrement favorable aux auteurs français. En effet, les intérêts de la société, exprimés par la notion d'ordre public, peuvent venir perturber les prévisions des parties dans les deux systèmes, mais le droit français a développé un ordre public *ad hoc* protecteur des auteurs.

Sous-Section 2 : L'application de l'ordre public aux conditions générales d'utilisation

805. La rencontre des volontés fonde donc les droits des contrats français et américain. Néanmoins, les deux systèmes limitent la liberté des cocontractants en leur imposant le respect de règles d'ordre public auxquelles ils ne peuvent déroger. L'ordre public est constitué par les règles qui s'imposent « avec une force particulière¹⁴⁷⁷ ». Il s'agit donc d'un ensemble de normes considérées comme de la plus haute importance dans un système juridique. Il s'agit de normes étroitement attachées à une culture. Les ordres publics français et américain divergent donc profondément. Étant donné que les auteurs jouent des rôles différents dans l'imaginaire collectif en Europe et aux États-Unis et que l'intervention de l'État pour leur

¹⁴⁷⁶ R. PAUL, « *A Skeptical Look at the Automated Content Access Protocol* », 14 janvier 2008, artstechnica.com, accessible à <http://arstechnica.com/business/2008/01/skeptical-look-at-acap/2/> (dernier accès : 19/08/2016).

¹⁴⁷⁷ G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », *op. cit.*, ordre public.

protection a fortement varié entre les deux pays¹⁴⁷⁸, l'appréhension de leurs situations par l'ordre public diverge.

806. L'ordre public *ad hoc* protecteur des auteurs n'est pas une particularité française car le droit allemand¹⁴⁷⁹ l'a également introduit. Dans les deux cas, il vise à compenser le déséquilibre entre les auteurs - considérés comme les parties faibles¹⁴⁸⁰ - et les exploitants. Ces derniers ont en effet généralement une force de négociation bien supérieure à celle des auteurs. Les droits français et allemand se placent ainsi dans une perspective paternaliste qui apparaît fondée, dans la logique continentale, eu égard au différentiel de force de négociation entre les auteurs et la majorité de leurs cocontractants. Le droit américain n'a en revanche pas introduit un ordre public *ad hoc* afin de protéger les auteurs, ce qui est conforme au paradigme égalitaire protestant visant à placer tous les cocontractants dans une situation d'égalité initiale sans considération pour les résultats des négociations¹⁴⁸¹. Considérant que les Etats-Unis sont le pays d'origine des plus grandes majors mondiales du domaine de la culture et qu'ils sont le berceau d'une intense production intellectuelle, il y a lieu de considérer que le déséquilibre de pouvoir de négociation entre les parties a trouvé un équilibre assurant une floraison intellectuelle que la France, malgré son arsenal juridique, n'arrive pas à atteindre. Le secteur culturel américain étant bien financé les opportunités sont nombreuses et rééquilibrent en partie, par un mécanisme de marché et de recours à des capitaux privés¹⁴⁸², les relations entre les auteurs et les majors. La France finance très bien certains domaines culturels comme le cinéma qui connaît un dynamisme unique en Europe indépendamment de l'existence d'un ordre public protecteur. Les dispositions légales ne constituent donc que des béquilles n'offrant que des avantages limités aux auteurs. Nous n'appelons cependant pas à l'abandon du droit public applicable aux auteurs en France car il correspond aux attentes françaises et parce que le droit ne peut être esclave de l'économie et doit refléter les idéaux nationaux.

¹⁴⁷⁸ La royauté française a protégé les auteurs afin de renforcer leur prestige - à l'image notamment de Louis XIV - alors que les gouvernements américains - notamment à cause de l'esthétique protestante très sobre (A. JOBLIN, J. SYS, « *Les Protestants et la création artistique et littéraire (des Réformateurs aux Romantiques)* », "Lettres et Civilisations étrangères", Artois Presses Université, 2008) - se sont largement désintéressés du prestige artistique et n'ont assuré une protection des auteurs qu'à partir de la guerre froide. Voir F. MARTEL, « *De la culture en Amérique* », *op. cit.*, p. 29 s.

¹⁴⁷⁹ A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 2012, Lexisnexis, 4^e édition, p. 555.

¹⁴⁸⁰ DESBOIS, « *Traité* », 1978, Dalloz, 3^e édition, n°522.

¹⁴⁸¹ M. BOUDREAU, « *Les rapports entre religion et droit, l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains* », Thèse Montpellier 1, 2000.

¹⁴⁸² F. MARTEL, « *De la culture en Amérique* », *op. cit.*, 289 s. et 409 s.

Nous appelons simplement à une meilleure organisation du financement de la culture qui constitue le meilleur moyen de stimuler le secteur plus que l'ordre public.

807. La division est importante en principe entre les deux systèmes mais dans de nombreuses occasions elle n'aura pas de conséquences pratiques. En effet, il est courant que les auteurs cèdent leurs œuvres à des cessionnaires n'ayant pas la qualité d'auteur. Les règles spécifiques relatives aux contrats d'auteur ne leur sont donc pas applicables. Dès lors, les solutions américaines et françaises convergent lorsque le propriétaire du site internet est le cessionnaire des œuvres étant donné que les règles protectrices des auteurs ne lui sont pas applicables.

808. De plus, lorsqu'elles ont vocation à s'appliquer, les règles d'ordre public ne sont pas toujours justifiées. En effet, les normes françaises et américaines ont été élaborées à l'époque analogique et ne prennent donc pas en compte les changements profonds opérés par la révolution numérique et notamment sa capacité, comme nous venons de le voir, à renverser les hiérarchies traditionnelles entre les auteurs et les cocontractants. Le droit français permet donc aux auteurs de bénéficier, à l'inverse du droit américain, d'un ordre public des droits des auteurs (Paragraphe 1) ayant pour conséquence l'existence d'un ordre public relatif à la liberté des prix (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Ordre public et droits des auteurs

809. Les droits français et américain divergent sur la question des limites à imposer aux cessions des droits d'auteur et de *copyright* par l'ordre public. Si l'interprétation des contrats constitue une divergence limitée (I) les deux systèmes sont radicalement opposés en matière de cession des œuvres futures (II).

I) L'interprétation des contrats

810. Les droits français et américain divergent sur les méthodes d'interprétation des contrats (A). Cela a des conséquences sur la question, fondamentale même sur l'internet, de l'étendue territoriale des cessions (B).

A) Les méthodes d'interprétation des cessions

811. Les juges seront confrontés à l'interprétation de deux grands types de cessions. Les droits français et américain ont en effet tous deux adopté la distinction entre les cessions exclusives et non-exclusives¹⁴⁸³ des droits. Cette distinction permet aux auteurs de limiter la cession de leurs droits à l'établissement de liens sans pour autant céder globalement leurs droits de reproduction ou de représentation. Ainsi, la cession du droit de reproduction pour la création d'une ancre n'autorisera pas le cessionnaire à reproduire l'œuvre dans un autre contexte dès lors qu'il n'aura signé qu'une licence non-exclusive. La méthode employée s'avère par conséquent similaire dans les deux systèmes. L'application diverge à cause des différences méthodologiques d'interprétation qui promeuvent des politiques différentes.

812. Il existe en effet deux principaux courants d'interprétation des contrats. Le premier se contente de lire les dispositions des contrats conformément au sens commun¹⁴⁸⁴ alors que le second amène à rechercher la volonté commune des parties¹⁴⁸⁵. Les principes UNIDROIT ont opté pour cette dernière solution dans ses *Principles of International Commercial Contracts*¹⁴⁸⁶ tout comme les principes européen du droit des contrats¹⁴⁸⁷.

813. Les deux droits convergent également vers l'application de la seconde doctrine. Le droit français s'est en effet inscrit dans cette approche depuis que le Code civil de 1804 a emporté la France dans l'ère du consensualisme, à l'instar du droit américain qui promeut la

¹⁴⁸³ France : A. LUCAS, H-J LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 2012, Lexisnexis, 4^e édition, p. 557-558.

Etats-Unis : 17 U.S.C. 101 « *transfer of copyright ownership* ».

¹⁴⁸⁴ J. FERRIELLE, « *Contracts* », *op. cit.*, p. 330-331.

¹⁴⁸⁵ J. FERRIELLE, « *Contracts* », *ibidem.*, p. 331-332.

¹⁴⁸⁶ UNIDROIT, « *Unidroit Principles on Commercial Contracts* », 2010, accessible à <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (dernier accès: 6/08/2016).

¹⁴⁸⁷ Article 5.101(1)PECL, 2002.

liberté contractuelle¹⁴⁸⁸ et favorise donc la prise en compte de la volonté commune des parties. Il existe *a priori* une convergence dans les méthodologies d'interprétation des contrats de droit commun.

814. Le droit français a néanmoins adopté, à l'inverse du droit américain, une solution différente en matière de contrat d'auteur. Il a ainsi introduit un système d'interprétation stricte des cessions de droit d'auteur¹⁴⁸⁹ non plus selon la volonté commune des parties mais selon le principe *in favorem auctoris*¹⁴⁹⁰ permettant de procéder à une interprétation des contrats favorable aux auteurs. Cela signifie que les juges devront interpréter les contrats en faveur de l'auteur. Cela implique que la liste des autorisations de lier devra être comprise de façon limitative. L'interprétation stricte des contrats - permettant aux auteurs de limiter l'étendue des cessions et donc d'obtenir une rémunération la plus étendue possible - constitue le miroir de la conception synthétique des droits des auteurs en France qui assure aux auteurs un périmètre le plus large possible pour leurs droits. En effet, ces deux méthodes permettent d'assurer la meilleure protection des auteurs. Les Etats-Unis n'ont en revanche pas opté pour une méthodologie interprétative différente en matière de *copyright* par rapport au droit commun. Ils appliquent par conséquent les règles par défaut de l'interprétation des contrats. Le principe d'interprétation *in favorem auctoris* n'est donc pas suivi par la jurisprudence américaine. Les auteurs bénéficient par conséquent d'une moindre protection par les juges américains que par les juges français.

815. L'approche américaine s'avère sans doute plus cohérente lorsqu'elle s'applique aux conditions générales d'utilisation rédigées par les auteurs eux-mêmes. En effet, les juges outre-Atlantique appliquent le principe *contra proferentem* selon lequel les dispositions d'un contrat doivent être interprétées contre celui qui les a rédigées¹⁴⁹¹. Cette méthode est généralement utilisée pour l'interprétation des contrats d'adhésion¹⁴⁹² comme les conditions générales d'utilisation. Ainsi, alors que le droit français interprétera les conditions générales d'utilisation écrites par un auteur - et non pas par son cessionnaire - selon le principe *in*

¹⁴⁸⁸ *McGinnis v. Cayton*, 173 W. Va. 102, 312 S.E.2d 765, 1984 W. Va. LEXIS 363, 80 Oil & Gas Rep. 130 (W. Va. 1984), 109 ; C. FRIED, « *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligations* », (1981); GILMORE, « *The Death of Contracts* », 1974.

¹⁴⁸⁹ Voir articles L. 111-3, L. 122-7, L. 131-2 et s. du Code de la propriété intellectuelle ; P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 483.

¹⁴⁹⁰ « En faveur de l'auteur » (traduction libre).

¹⁴⁹¹ *Restatement (Second) Contracts* §206 (1981).

¹⁴⁹² J. FERRIELLE, « *Contracts* », 2014, Lexisnexis, 3^e édition, p. 333x

favorem auctoris sans aucune considération pour les modalités de rédaction, les juges américain interpréteront *contra proferentem* dans la même situation. La divergence ne pouvait être plus grande car les juges américains interprètent un contrat rédigé par un auteur dans l'intérêt de son cocontractant.

816. Cette différence de principe devrait cependant être limitée par le recours à d'autres règles d'interprétation par les juges. En effet les juges des deux côtés de l'Atlantique interpréteront la liste de la cession de droits de façon restrictive, l'un conformément au principe *in favorem auctori*, et l'autre selon le principe *expressio unius est exclusio alterius* selon lequel une liste est forcément limitative et par conséquent exclusive¹⁴⁹³. Dès lors, dans les deux cas, la liste des droits cédés par les auteurs aux créateurs de liens sera comprise de façon limitative. Les deux systèmes convergent donc sur le principe de l'interprétation limitative des cessions de droits dans les contrats. Cependant, les juges français interpréteront cette limitation en faveur de l'auteur alors que les juges américain les interpréteront en faveur des cocontractants de l'auteur. La différence d'approche initiale entre les deux systèmes se trouve néanmoins fortement réduite.

817. D'un point de vue méthodologique, il nous semble que l'approche américaine saisit mieux les rapports de forces existant lorsque l'auteur rédige lui-même les conditions générales d'utilisation. Il ne nous semble pas que le principe du droit français - qui postule que l'auteur est en permanence confronté à des contrats d'adhésion - soit pertinent dans toutes les situations et notamment lorsque le cocontractant n'est pas un professionnel dominant sur un marché comme peut l'être la société Google. En effet, l'internet a modifié la pyramide sociale et tend vers une égalisation entre les internautes. L'auteur n'est donc plus confronté uniquement à des cocontractants puissants - en dehors des prestataires de service et de certaines majors - mais également à des internautes agissant à titre individuel et ainsi sans réelle force de négociation. Dès lors, l'approche pragmatique du droit américain consistant à appliquer le principe *contra proferentem* et *expressio unius est exclusio alterius* apparaît mieux adapté à la complexité des relations contractuelles car elle permet de mieux saisir la réalité de chaque situation contractuelle.

¹⁴⁹³ *In re Celotex Corp.*, 487 F. 3d 1320, 1334 (11th Cir. 2007).

818. Ces règles d'interprétation vont présenter une importance capitale lorsque les juges seront confrontés à des clauses relatives à la territorialité de la cession.

B) L'interprétation de la territorialité de la cession

819. La convention de Berne n'aborde pas la question de la territorialité de la cession des droits d'auteur. Les États n'ont donc pas harmonisé leurs réglementations. Il existe par conséquent des divergences importantes entre les États.

820. L'approche restrictive française de l'interprétation des contrats d'auteur a permis l'introduction d'un principe d'interprétation restrictive de la territorialité de la cession que le droit américain n'a pas introduit car il applique les règles d'interprétation par défaut. Il est ainsi possible pour un auteur, en France, de limiter la cession de ses droits à un territoire précis¹⁴⁹⁴. Le droit américain n'oblige pas les auteurs à limiter leurs cessions à certains territoires mais il devrait atteindre un résultat relativement similaire. En effet, conformément à l'adage *expressio unius est exclusio alterius*, la liste des territoires établie par l'auteur devra être comprise de façon restrictive par les juges américains. Cela n'empêche pas l'auteur de céder, dans les deux systèmes, ses droits de façon globale pour le monde entier ou une partie substantielle de celui-ci. Les auteurs ont donc un droit de limiter la cession de leurs œuvres à des territoires limitativement énumérés. Le droit français rejoindra le raisonnement américain lorsque les droits seront cédés par des cessionnaires.

821. Cette approche territoriale est héritée de l'époque exclusivement analogique où un droit était forcément attaché à un territoire. Elle s'avère aujourd'hui largement dépassée à cause du caractère ubiquitaire de l'internet. Le droit divise donc la toile sur une base territoriale alors qu'une base linguistique serait beaucoup plus pertinente. Il nous semble en effet que, d'un point de vue culturel, les pays bilingues et polyglottes sont composés de plusieurs publics et que chaque public peut avoir une culture plus commune avec d'autres pays. Il en va ainsi notamment dans les pays anglophones et francophones. Il est dès lors absurde de rendre une œuvre accessible aux Etats-Unis et non pas au Royaume-Unis alors que

¹⁴⁹⁴ Article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle.

les deux pays ont une langue commune. En France, la règle interdisant la publication des résultats des élections avant 20 heures est régulièrement critiquée car les internautes français se rendent sur les sites belges et suisses afin d'avoir les informations avant l'heure¹⁴⁹⁵. Il apparaît donc qu'il existe un unique public francophone européen. Cette solution présente le risque d'inciter à la contrefaçon afin d'obtenir accès aux œuvres accessibles au sein de la même zone linguistique. L'internet impose ainsi une prise en compte de l'organisation culturelle mondiale afin de protéger au mieux les intérêts des auteurs.

822. Un projet de réforme de la Commission Européenne¹⁴⁹⁶ vise à résoudre - partiellement et de façon limitée - ce problème à l'échelle de l'Union Européenne. Il vise en effet à rendre accessible les contenus protégés partout en Europe. L'approche européenne reste cependant prisonnière d'une conception territoriale de la cession. Le projet d'accord entre l'Union Européenne et les Etats-Unis ne devrait cependant pas étendre ce principe à l'espace euro-américain.

823. Les auteurs pourront par conséquent limiter l'autorisation de créer un lien vers leurs œuvres à certains territoires. Dès lors, si ce lien amène les internautes à la page liée depuis un territoire exclu par la cession le créateur de lien engagera sa responsabilité. Il sera donc nécessaire de bloquer le fonctionnement du lien depuis les territoires exclus par l'auteur. Cela pourra s'avérer pertinent notamment lorsque la divulgation d'une œuvre n'est pas effectuée à la même date dans tous les pays. Cette possibilité laissée aux auteurs leur permettra d'établir des stratégies de divulgation de leurs œuvres dans le monde afin d'obtenir des revenus le plus élevés possible. Il n'est pas sûr que tous les auteurs en profiteront, mais ce choix doit leur être laissé car chaque situation est différente et il s'avère donc impossible d'apporter une réponse uniforme satisfaisante. Il reviendra *in fine* au marché de régler cette question.

824. L'interprétation des contrats varie donc entre les systèmes juridiques français et américain mais les conséquences pratiques sont relativement limitées. Les divergences en

¹⁴⁹⁵ B. RUBAT DU MERAC, « *Les sites belges et suisses face à la marée d'internautes français* », 24 avril 2007, JDN, accessible à <http://www.journaldunet.com/ebusiness/internet/actualite/0704/070424-sites-belges-suisses-sondages-election-presidentielle.shtml> (dernier accès: 6/08/2016).

¹⁴⁹⁶ Commission Européenne, « *Regulation of the European Parliament and of the Council on Ensuring the Cross-Border Portability of Online Content Services in the Internal Market* », 9 décembre 2015, COM(2015) 627 final.

matière d'ordre public des deux droits sont en revanche beaucoup plus importantes en matière de cession d'œuvres futures.

II) La cession des œuvres futures

825. Les droits communs des deux systèmes¹⁴⁹⁷ convergent sur le principe de l'autorisation de la vente des objets futurs. Il est donc possible de vendre, en France et aux Etats-Unis, une chose qui n'existe pas encore au moment de la signature du contrat. Dès lors, lorsqu'un site internet contient des œuvres créées par autrui le cessionnaire pourra conclure des contrats relatifs à l'établissement de liens vers des œuvres non encore créées au moment de la signature.

826. Cependant, afin de protéger les auteurs contre des aliénations trop importantes, le droit français a introduit une exception à ce principe. En effet, l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle introduit une exception en interdisant aux auteurs la « cession globale des œuvres futures ». Les auteurs ne peuvent donc pas céder à l'avance les droits sur des œuvres qu'ils n'ont pas créées sous peine de nullité de la convention. Cette protection vise à interdire aux cocontractants des auteurs de les spolier lorsqu'ils sont encore méconnus du public en pariant sur l'accroissement de leur notoriété. Cela aurait en effet pour conséquence de priver les auteurs du fruit de leur succès. Le droit américain n'a pas introduit un tel système de protection et laisse aux auteurs la liberté de céder leurs œuvres futures. Il faut voir dans cette divergence la confiance américaine dans le marché qui doit naturellement organiser de la façon la plus optimale les relations économiques entre les agents, et au contraire la frilosité française face au marché et la forte protection des auteurs.

827. Il est pourtant vrai que le marché a su s'adapter et que la limitation *de facto* du *copyright* a pu s'avérer bénéfique aussi bien pour les auteurs que pour les tiers qui

¹⁴⁹⁷ France : article 1130 du Code civil.

Etats-Unis : notamment article 2450 LA Law of Sale and Lease APPENDIX I-I (2015).

bénéficiaient ainsi d'opportunités économiques. Ainsi, à la suite de l'arrêt Sony¹⁴⁹⁸ qui autorisait les reproductions privées, l'industrie de la location de vidéocassettes s'est développée jusqu'à atteindre dès 1986 un chiffre d'affaire assez important pour que les revenus des auteurs y soient plus importants qu'au cinéma¹⁴⁹⁹. Cependant, il s'agit d'un autre contexte qui ne présentait pas les mêmes limites pour les ayants droit que le monde numérique actuel.

828. Appliqué aux hyperliens, ces principes obligent les internautes à renégocier avec les auteurs à chaque ajout d'une œuvre nouvelle sur la page cible. Le droit américain se montre plus souple en n'obligeant pas les internautes à effectuer de telles démarches, et converge donc vers le droit français uniquement lorsque le site cible est celui du cessionnaire des œuvres car le droit des contrats d'auteur n'a pas vocation à s'appliquer dans cette configuration. Le droit français impose donc la conclusion régulière de conditions générales d'utilisation qui constitue un formalisme relativement lourd pour les internautes et pour les auteurs. Cette solution présente également pour l'auteur du site de pouvoir augmenter le prix de l'établissement de liens corrélativement à l'accroissement de sa réputation.

829. Les auteurs disposent donc d'une protection contractuelle plus étoffée en droit français qu'en droit américain. Cela leur permet d'opposer une plus grande palette de droits à négocier et à céder. Il est par conséquent plus facile pour les auteurs en droit français qu'en droit américain d'obtenir une rémunération pour l'établissement de liens vers leurs sites qui soit proportionnelle à la réputation des œuvres présentes sur le site. La rémunération pourra donc être *a priori* plus importante en France qu'aux Etats-Unis - au prix de coûts de transactions plus élevés - d'autant plus que la négociation du prix est mieux encadrée en France et permettra sans doute une meilleure rémunération lors de l'établissement de liens qu'aux États-Unis.

Paragraphe 2 : Ordre public et liberté des prix

¹⁴⁹⁸ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 U.S. LEXIS 19, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 224 U.S.P.Q. (BNA) 736, 52 U.S.L.W. 4090, 55 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (U.S. 1984).

¹⁴⁹⁹ G. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, M. CARROLL, « *Copyright Law* », *op. cit.*, p. 768.

830. La liberté d'entreprendre implique en principe que les parties à une convention - et non pas le droit - fixent les prix. Les parties jouissent donc d'une liberté des prix¹⁵⁰⁰. Cependant, afin de protéger les auteurs, le droit français a encadré - à l'inverse du droit américain - les modalités de fixation des prix (I). En outre, le juge français peut contrôler le prix de la cession (II).

I) Les modalités de fixation du prix

831. Les contractants sont par principe libres de déterminer le contenu de leurs contrats et notamment le prix. Cependant, et contrairement au principe général de la liberté des prix, le droit d'auteur français encadre - à l'inverse du droit américain qui campe sur une position libertarienne - leurs modalités de fixation. Le prix devra ainsi être proportionnel aux recettes¹⁵⁰¹ du cessionnaire. Le droit américain restant fidèle au principe de la liberté des prix il n'impose pas de système de rémunération proportionnelle ou forfaitaire. Il y a par conséquent une fracture de principe entre les deux systèmes.

832. Le système par défaut du droit français est celui de la rémunération proportionnelle. La règle de droit commun¹⁵⁰² dispose donc que l'assiette repose sur le prix de la mise à disposition de l'œuvre au public dès lors que l'accès à la page contenant l'ancre du lien est payante. L'auteur pourra également décider que la rémunération sera proportionnelle au nombre de clics sur le lien¹⁵⁰³. Cette règle prend acte de la structure du marché français de l'édition depuis la moitié du 19^e siècle¹⁵⁰⁴ qui a mis un terme à « l'état de guerre » entre les auteurs et les éditeurs qui était en vigueur lorsque le système de rémunération forfaitaire était privilégié. Il s'agit donc d'une mesure protégeant les intérêts des auteurs au détriment de la liberté contractuelle des tiers. La liberté d'établir le prix se trouve donc plus limitée en France qu'aux Etats-Unis.

¹⁵⁰⁰ France : article L. 410-2 du Code de commerce.

Etats-Unis : *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

¹⁵⁰¹ Article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁰² P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 499.

¹⁵⁰³ P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *ibidem.*, p.506.

¹⁵⁰⁴ I. DIU, E. PARINET, « *Histoire des auteurs* », *op. cit.*, p. 171 s.

833. La règle de la rémunération forfaitaire peut néanmoins s'appliquer si les parties la choisissent expressément. Ainsi, dès lors que le propriétaire du site internet introduit une clause contraire dans les conditions générales d'utilisation, la rémunération pourra être forfaitaire¹⁵⁰⁵. Cette dernière solution peut paraître plus pratique sur l'internet¹⁵⁰⁶ pour les auteurs qui n'auront ainsi pas besoin de contrôler la véracité des déclarations faites par les créateurs de liens, ainsi que pour ces derniers qui perdraient du temps et de l'argent en tenant une comptabilité pour chaque lien créé. Une telle perte de temps ralentirait les acteurs du développement de l'internet et introduirait des coûts de transaction élevés sans forcément assurer une meilleure protection aux auteurs.

834. Le propriétaire du site internet pourra également opter pour un panachage des deux possibilités¹⁵⁰⁷. Le droit français cherche donc à placer les auteurs dans une position favorable afin qu'ils puissent obtenir un prix décent pour la cession, alors que le droit américain fait confiance au marché. La distinction entre les intentions des deux législateurs doit être nuancée car l'encadrement de la liberté des prix en droit français ne constitue pas une limitation de la liberté de prix mais plutôt une suggestion du législateur français aux ayants droit. Or, dès lors que les parties peuvent choisir les modalités de rémunération il n'est pas évident que cette suggestion ait une véritable influence sur la condition des auteurs. Cette règle s'avérera certes utile lorsque les parties auront oublié de préciser les modalités de fixation du prix dans leur convention, mais il y a lieu de croire qu'elles seront rarement coupables d'une telle omission. Les dispositions du droit français s'avèrent donc en grande partie inutile et la distinction avec le système américain relève plus d'un effort didactique du législateur français - qui adopte ainsi un rôle paternaliste - que d'une véritable différence de fond.

835. La réglementation sur les modalités de fixation du prix ne constituent donc pas des différences importantes et n'assurent pas dans tous les cas une protection adéquate des auteurs. Le législateur français, à la différence du Congrès américain, s'est ému de cette situation et a cherché à protéger les auteurs contre les prix particulièrement faibles et inéquitables.

¹⁵⁰⁵ Article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁰⁶ P.-Y. GAUTIER, « Propriété littéraire et artistique », *op. cit.*, p. 501.

¹⁵⁰⁷ P.-Y. GAUTIER, « Propriété littéraire et artistique », *op. cit.*, p. 508.

II) Le contrôle du juge sur le prix de la cession

836. En effet, malgré le formalisme entourant le processus d'établissement du prix en droit français, il arrive que les auteurs ne puissent fixer un prix satisfaisant. Dans ce cas le marché aura fonctionné d'une façon insatisfaisante et il apparaît légitime - du moins en France - que les juges interviennent dans le contrat. Il y a lieu de voir ici une différence culturelle fondamentale entre l'héritage catholique français qui vise à restaurer les parties dans une situation d'égalité entre elles, et la tradition protestante américaine qui se montre insensible à cette question et se limite à placer les parties dans une situation d'égalité initiale¹⁵⁰⁸.

837. Les auteurs français pourront ainsi saisir le juge lorsque le prix est trop faible. Ils seront en effet protégés par la notion de prix dérisoire¹⁵⁰⁹ qui permet de prononcer la nullité du contrat. Les juges américains se satisferont en revanche d'un prix même dérisoire étant donné qu'il constitue une *consideration*¹⁵¹⁰ conformément au droit commun des contrats. La détermination d'un prix dérisoire ne devrait pas poser de difficulté particulière au juge français et cette solution doit par conséquent être approuvée dans la mesure où elle évite de spolier les auteurs.

838. Les auteurs pourront également - à l'inverse du droit américain - obtenir une révision de la convention s'ils ont subi un préjudice de plus des 7/12^{e1511}. Il s'agit du même seuil que celui applicable pour la lésion en cas de vente immobilière¹⁵¹². Le droit français assure donc aux auteurs une protection relevant d'une philosophie similaire à celle attribuée aux vendeurs de biens immobiliers. Pour ces derniers, la lésion vise à les protéger contre un vice du consentement lorsqu'ils se trouvent en situation de faiblesse face à un acheteur, notamment

¹⁵⁰⁸ M. BOUDREAU, « *Les rapports entre religion et droit, l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains* », Thèse Montpellier 1, 2000.

¹⁵⁰⁹ Article 1169 du Code civil : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Voir CA Paris, 1^{re} ch., 13 oct. 1998 : RIDA avr. 1998, p. 362 ; TGI Seine, 3^e ch., 16 mai 1969 : D. 1969, jurispr. p. 630, 2^e esp. ; RIDA janv. 1970, p. 213, note A. SCHMIDT ; TGI Paris, 3^e ch., 30 nov. 1999 : RIDA juill. 2000, p. 435 ; CA Paris, 4^e ch., 25 juin 2003 : RIDA janv. 2004, p. 181, note A. KREVER).

¹⁵¹⁰ *Restatement (Second) of Contracts* §79 (1981) ; M.A. EISENBERG « *The Bargain Principle and Its Limits* », 95 Harv. L. Rev. 741, 743-47, 1982.

¹⁵¹¹ Article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵¹² Article 1674 du Code civil.

lorsqu'ils ont rapidement besoin de liquidités¹⁵¹³. Cette règle protège donc les auteurs qui, en leur qualité de partie faible, peuvent être amenés à céder des droits pour un prix résolument inférieur au prix du marché. Ce parallèle avec les vendeurs immobiliers pressés nous semble pertinente pour les auteurs encore peu célèbres qui ont besoin de revenus rapides et qui risquent, par conséquent, de céder leurs droits pour une somme dérisoire dans le but d'obtenir un minimum de liquidité. Il pourra notamment en aller ainsi lorsque l'auteur est peu célèbre et qu'un créateur important de liens lui propose l'établissement d'un hyperlien vers son site.

839. Cette règle des 7/12^e est cependant limitée aux rémunérations proportionnelles. Dans cette hypothèse les auteurs ne pourront trouver refuge que dans les dispositions de l'article 1169 du Code civil qui permet de déclarer la nullité des contrats lorsque le prix est dérisoire. Le caractère dérisoire sera établi selon les prix du marché ou selon les usages professionnels. Les auteurs sont donc soumis au régime de droit commun comme les cessionnaires. Il n'en ira autrement que si les droits sont soumis par un auteur à titre gratuit. Dans une telle hypothèse la cession sera soumise au formalisme de l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que les « autorisations gratuites d'exécution » doivent être constatées par écrit. Cette disposition devrait cependant être généralement respectée car les relations s'effectuent en ligne et les parties ont par conséquent généralement recours à l'écrit. Ces situations lésionnaires devraient s'avérer rares lorsque l'auteur rédige lui-même les conditions générales d'utilisation, mais elles pourront se présenter notamment lorsque l'auteur révisé ses conditions sous la pression d'un créateur de liens important.

840. Cette règle risque néanmoins d'être difficilement appliquée. En effet, il est requis du juge français qu'il endosse le rôle d'un économiste lorsqu'il s'agit de contrats impliquant des auteurs. Il n'est pourtant pas évident qu'il s'agisse d'un rôle qui lui sied. Contrairement à son homologue américain qui est parfois titulaire d'un *bachelor* en économie¹⁵¹⁴, le juge français n'a pas été formé aux sciences économiques. Il ne pourra se fonder que sur ses connaissances personnelles qui seront *a priori* plus parcellaires que celles d'un titulaire d'un titre universitaire en économie. Il existe donc le risque que le juge se fonde sur des raisonnements économiques présentés par les parties au procès sans comprendre les tenants et les

¹⁵¹³ F. COLLART DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, « *Contrats civils et commerciaux* », 2011, Dalloz, 9^e édition, 160.

¹⁵¹⁴ M. NIESWIADOMY « *LSAT Scores of Economics Majors* », 1998, *Journal of Economics Education*, vol. 29, number 4, automne, p. 377-379. Le LSAT est l'examen d'entrée dans les facultés de droit américaines.

aboutissants des arguments versés aux débats. Ainsi, alors que le juge français est souvent moins à même que le juge américain de comprendre la dimension économique d'un litige, c'est sur lui que pèse la charge de décider le bon prix d'une œuvre. En outre, l'établissement du prix moyen d'un lien s'avère particulièrement difficile à déterminer. Il n'existe pas encore de marché vaste et transparent de la cession d'un droit de lien vers des œuvres protégées. Les juges auront par conséquent des difficultés à retenir que l'auteur a subi une lésion des 7/12^e dès lors qu'ils auront du mal à définir le prix normal sur le marché.

841. Il ne sera peut-être pas nécessaire de s'émouvoir de cette situation dès lors que les auteurs fixent eux-mêmes leurs prix. Une fois encore, la position du droit français qui distingue selon les parties au contrat et non pas selon leur force de négociation contractuelle s'avère mal adaptée à la prise en compte des particularités de l'internet. Les auteurs se trouvent en effet en position de force et ne devraient donc pas, *a priori*, subir de lésion. La solution française ne sera pertinente que dans les hypothèses où le propriétaire du site est un auteur qui conclut un contrat avec un créateur de liens ayant une position dominante sur le marché.

842. Enfin, il n'est pas évident que les auteurs américains seront placés dans une situation moins bonne que les auteurs français. En effet, les rémunérations publicitaires, qui peuvent former l'assiette de la rémunération pour l'établissement de liens, sont supérieures aux Etats-Unis par rapport à la France¹⁵¹⁵. Cela vient notamment du fait que le marché américain est plus important que son alter-ego français et que l'Américain moyen dispose d'un pouvoir d'achat supérieur à l'internaute français moyen. Les propriétaires de sites aux Etats-Unis bénéficient donc de conditions de marché plus avantageuses qu'en France sans avoir besoin de recourir au juge. Le législateur français essaye donc de compenser par le droit ce que les Etats-Unis réussissent à obtenir par le marché.

843. Les solutions de marché s'avèrent néanmoins largement insuffisantes pour rémunérer les auteurs. En effet, les conditions générales d'utilisation, qui permettent d'obliger le créateur d'un lien à payer un prix, ne seront opposables que dans les cas où les sites internet sont protégés par le droit d'auteur et qu'ils disposent de mesures techniques efficaces. En outre, le

¹⁵¹⁵ ZDNet, « Chiffres clés : le marché mondial de la publicité en ligne », 8 janvier 2014, ZDNet.fr, accessible à : <http://www.zdnet.fr/actualites/chiffres-cles-le-marche-mondial-de-la-publicite-en-ligne-39790540.htm> (dernier accès: 19/02/2016).

prix ne sera généralement pas suffisant pour permettre à l'auteur de vivre de ses revenus. Les auteurs sont donc tenus de trouver d'autres sources de revenus.

844. Eu égard aux difficultés que rencontrent les auteurs pour obtenir une rémunération pour la création de liens vers leurs œuvres, il a été proposé de recourir à des mécanismes de financements hors marché. Les droits français et américain n'ont pas accueilli cette proposition de la même façon.

Section 2 : Les projets de rémunération des sites liés

845. La création de liens est source de richesses notamment pour les moteurs de recherches. Ainsi, la société Google gagne une partie substantielle de ses revenus grâce aux publicités accessibles depuis la liste de liens qu'elle suggère¹⁵¹⁶.

846. Il est normal que les sociétés présentant des listes de liens perçoivent des bénéfices car elles fournissent une prestation méritant une rémunération. Cependant, les sociétés à l'origine de ces listes de liens ne créent pas l'intégralité du service recherché par les internautes. Les internautes ne sont pas attirés que par les liens mais avant tout par les contenus des pages référencées. Or, les auteurs à l'origine de la création des sites internet ne perçoivent pas de rémunération malgré la création de richesse à laquelle ils ont pourtant largement participé.

847. Les moteurs de recherche bénéficient du fait que le droit d'auteur et le *copyright* ont été pensés à l'époque analogique et que leurs activités n'impliquent généralement pas les prérogatives des auteurs pensées à la fin du 18^e siècle. Le droit d'auteur et le *copyright* restent en effet fondés sur une approche matérialiste de la création où l'œuvre doit nécessairement avoir une forme tangible pour exister. Le numérique souligne les limites de cette conception remontant à la fin du 18^e siècle car une œuvre existe même si elle n'a pas de format tangible.

¹⁵¹⁶ En 2012 environ 90% des bénéfices de la société Google - qui s'élevaient à 50 milliards de dollars (voir N. JAIMES, « *Google dépasse les 50 milliards de dollars de revenus en 2012* », JDN, 23 janvier 2013, accessible à <http://www.journaldunet.com/media/publishers/google-chiffre-d-affaires-2012-0113.shtml> [dernier accès: 6/02/2016]) - provenaient des publicités exposées près des listes de liens. Voir « *Le bénéfice de Google en hausse de 11% au deuxième trimestre* », 20 juillet 2012, accessible à http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/07/20/le-benefice-de-google-en-hausse-de-11-au-deuxieme-trimestre_1736173_651865.html (dernier accès : 6/02/2016).

Les auteurs n'ont donc - en dehors des hypothèses que nous avons mentionnées auparavant - aucune possibilité de rémunération de la part des moteurs de recherche qui bénéficient du décalage entre l'approche matérialiste de la loi et la nature intangible des œuvres qu'ils référencent. Les auteurs se trouvent ainsi pour la première fois confrontés à une utilisation légale de leurs œuvres à grande échelle sans pouvoir percevoir aucune rémunération.

848. Or, face à l'impossibilité d'établir des conditions générales d'utilisation opposables aux créateurs de liens, qui auraient pu permettre aux propriétaires de sites d'imposer le paiement d'une somme pour la création du lien, des projets de rémunérations des sites ont vu le jour. Ces projets ont commencé avec la presse (Paragraphe 1). Les autres domaines culturels connaissent des situations différentes, mais un mouvement tendant vers une meilleure protection des auteurs s'est développé (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La rémunération de la presse

849. Les moteurs de recherche ne créaient initialement pas de listes régulières de liens vers des sites de presse. Le moteur de recherches Google n'a en effet créé des liens vers les sites journalistiques qu'à la suite des attentats du 11 septembre 2001¹⁵¹⁷. À l'époque, l'indexation vers des sites de presse avait été effectuée un mois auparavant et les informations d'actualité ne figuraient donc pas dans la liste des résultats. La société californienne a par la suite décidé de fournir des liens vers les sites d'informations afin de donner accès aux actualités aux internautes. La fonctionnalité *Google news*, qui a inspiré d'autres moteurs de recherche, constitue donc une formidable amélioration dans l'accès aux informations permettant à la société d'engranger des bénéfices supplémentaires.

850. Cette possibilité offerte par les moteurs de recherches profite de la création intellectuelle produite par autrui sans rémunérer les auteurs. La difficulté réside dans le fait que la fonctionnalité Google News - ainsi que les équivalents créés par les autres moteurs de recherche - ne produit en elle-même aucune richesse car elle ne propose pas de publicité et ne

¹⁵¹⁷ J. SONDERMAN, « *How 9/11 Led to the Birth of Google News* », Poynter, 29 novembre 2011, accessible à : <http://www.poynter.org/2011/how-911-led-to-the-birth-of-google-news/154362/> (dernier accès : 19/02/2016).

permet donc pas à la société d'engranger des bénéfices. Il n'en reste pas moins qu'en améliorant les services offerts par le moteur de recherche, cette fonctionnalité a pour effet d'augmenter le nombre d'internautes utilisant les services de la société Google. Il s'en suit qu'elle profite indirectement de cette situation. Cette fonctionnalité est ainsi le fruit d'un nouveau mode de production de richesse appelé « stratégies de financements croisés¹⁵¹⁸ ». Cette méthode consiste à investir, même à perte, dans certains secteurs afin de proposer une large gamme de services. Le service Google News se trouve ainsi offert à perte car il assure une amélioration des services proposés par la société et, par voie de conséquence, une augmentation des revenus de la société sans partage avec les auteurs.

851. La technique des financements croisés constitue un véritable défi pour le droit d'auteur et le *copyright*. En effet, même si les titulaires de droits disposaient d'une prérogative qu'ils pouvaient échanger avec les créateurs automatiques de liens, il serait impossible de déterminer une assiette de rémunération étant donné que les revenus des services publicitaires sont inexistantes. Des projets visant à contraindre les moteurs de recherches à rémunérer les journaux vers lesquels ils créent des liens ont donc vu le jour. Le gouvernement fédéral américain n'a aucune raison de se saisir de la question étant donné que les réglementations américaine et européenne favorisent globalement le développement des géants de l'internet qui sont pour la plupart étasuniens. L'Union Européenne est sur le point d'adopter - paradoxalement - une solution similaire à celle en vigueur aux Etats-Unis. En effet, le considérant 33 du projet de directive relative au droit d'auteur dans le marché unique¹⁵¹⁹ retient que les liens n'enfreignent pas les droits des entreprises de presse. Il faut donc en conclure qu'il ne sera pas nécessaire de demander aux créateurs de liens de rémunérer les auteurs. Si ce projet devait être confirmé, cela ferait obstacle à une rémunération des entreprises de presse par les créateurs automatiques de liens. Nous considérons que cela constituerait une erreur et qu'il y a lieu au contraire de confirmer et de renforcer le mouvement qui s'est vérifié notamment en Espagne et en France visant à rémunérer les entreprises de presse par les créateurs automatiques de liens selon des modalités différentes.

¹⁵¹⁸ C. ZOLYNSKI, « *Les droits de propriété intellectuelle : instrument ou frein à l'innovation ?* », in *L'innovation à l'épreuve de la mondialisation - réflexions autour d'un droit de l'innovation en devenir*, sous la direction de P.D. CERVETTI, 2015, p. 279.

¹⁵¹⁹ Commission Européenne, « *Directive Of The European Parliament And Of The Council On Copyright In The Digital Single Market* », COM(2016 593), 14 septembre 2016.

852. Le modèle économique de stratégie de financements croisés n'est cependant pas partagé par tous les moteurs de recherche. Le moteur de recherche Yahoo ! notamment présente des publicités sur son service d'actualité. Les créateurs automatiques de liens n'adoptent donc pas tous le même modèle économique. Il nous semble que les modalités de rémunération des entreprises de presse doivent prendre en compte ces modèles. Il y a donc lieu de distinguer entre les modèles économiques de financements croisés tel que Google (I) et les modèles économiques publicitaires comme Yahoo (II).

I) Les modèles économiques de financements croisés

853. La stratégie de financements croisés a constitué une véritable innovation économique que différents projets de réglementations ont tenté de saisir (A) avant que le gouvernement français n'opte pour la création d'un fonds visant à venir en aide aux entreprises de presses (B).

A) Les tentatives de rémunération des auteurs

854. Des projets ont vu le jour afin de rémunérer les auteurs via l'impôt (1) ou en reconnaissant un droit voisin aux entreprises de presses (2).

1) La rémunération par l'impôt

855. George Clémenceau disait que « la France est un pays extrêmement fertile. On y plante des fonctionnaires, il y pousse des impôts ». Il faut croire que 87 ans après la mort du Tigre, et malgré le virage libéral qu'elle a amorcé, la France conserve cette tendance à réglementer par l'impôt. C'est donc conformément à cette tradition qu'un projet de rémunération par l'impôt est né en France alors qu'il n'a pas germé aux Etats-Unis. Outre

cette différence culturelle, la différence de situations économiques justifie la divergence dans l'appréhension du problème.

856. Les Etats-Unis sont le pays d'origine de la très grande majorité des moteurs de recherche les plus importants. Le moteur de recherche Google concentre à lui seul plus de 90% des recherches sur internet en Europe¹⁵²⁰ et plus de 68% aux Etats-Unis¹⁵²¹. Sur le Vieux Continent aucun moteur de recherche ne peut rivaliser avec les géants américains. Les législateurs européen et américain se trouvent donc face à des situations profondément différentes. Les Américains ont intérêt à protéger les réussites nationales de l'internet. Ils se sont en revanche montrés moins frileux à opposer le *copyright* au tournant des années 1990 lorsque les *digital audio tapes* sont arrivées du Japon. Le Congrès américain a ainsi voté le *Audio Home Recording Act* (AHRA) qui imposait aux fabricants de payer des royalties¹⁵²² au *Copyright Office*. Le Congrès américain ne votera donc pas de réforme qui pourrait gêner ses intérêts nationaux. En revanche, l'Union Européenne a intérêt à protéger les créateurs de valeur européens, c'est à dire les auteurs à défaut d'avoir des moteurs de recherches. Il y a donc une nouvelle forme de conflit qui s'engage entre une forme d'impérialisme économique américain et un protectionnisme européen - que nous recommandons malgré le projet de réforme de la Commission - qui constituent dans les deux cas une forme de guerre économique.

857. En effet, le 6 janvier 2010, le rapport de la Commission « Création et Internet¹⁵²³ » a proposé l'introduction d'une taxe sur les revenus publicitaires en ligne¹⁵²⁴. Elle aurait eu pour assiette les revenus publicitaires sur internet des sociétés situées au sein de l'Union Européenne lorsqu'elles utilisent des services en ligne depuis le territoire français. Ainsi, toute transaction portant sur la visualisation d'une publicité ou sur le suivi d'un lien sponsorisé sur le territoire français, même entre deux sociétés étrangères, devait être taxée. Ce

¹⁵²⁰ « Chiffres Google - 2015 », 3 août 2015, le blog du modérateur, accessible à <http://www.blogdumoderateur.com/chiffres-google/> (dernier accès : 19/02/2016).

¹⁵²¹ « *Share of Search Queries Handled by Leading U.S. Search Engine Providers as of January 2016* », février 2016, Statista, accessible à <http://www.statista.com/statistics/267161/market-share-of-search-engines-in-the-united-states/> (dernier accès : 19/02/2016).

¹⁵²² G. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, M. CARROLL, « *Copyright Law* », *op. cit.*, p. 770.

¹⁵²³ P. ZELNIK, J. TOUBON, G. CERUTTI, « *Création et internet* », janvier 2010, accessible à <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000006.pdf> (dernier accès : 19/02/2016).

¹⁵²⁴ P. ZELNIK, J. TOUBON, G. CERUTTI, « *Création et internet* », janvier 2010, 4.1, p. 12.

projet visait de façon globale tous les sites bénéficiant de revenus publicitaires et non pas uniquement les créateurs automatiques de liens. Il nous semble cependant insatisfaisant s'il reste cantonné au financement des entreprises de presses. Une telle taxe devrait servir à financer l'intégralité du secteur culturel. La Commission « Création et Internet » a donc adopté le principe international de la territorialité de l'impôt¹⁵²⁵ que le droit français partage par ailleurs avec le droit américain¹⁵²⁶. Elle n'a donc pas suivi les recommandations de Peggy B. Musgrave¹⁵²⁷ qui proposait l'introduction d'un système fiscal international équitable¹⁵²⁸ appelé « équité inter-nations ». Cette approche aurait autorisé la France et les Etats-Unis à taxer leurs contribuables sur les revenus perçus à l'étranger. Cette solution permettrait notamment à la France de capter une partie des revenus qui échappent à son assiette d'imposition et aux Etats-Unis de ne pas subir l'évasion fiscale de ses géants de l'internet. Une telle solution nous paraît pourtant plus que jamais nécessaire. En effet, l'internet constitue une révolution dans les relations internationales sans doute encore plus importante que ne l'a été la période suivant la seconde guerre mondiale qui avait pourtant marqué un renforcement de la solidarité interétatique¹⁵²⁹. L'internet nécessite en effet d'aller encore plus loin dans la solidarité des États qui ne peuvent plus se permettre d'adopter des stratégies unilatérales si elles ne veulent pas faire le jeu des évadés fiscaux.

858. Les leçons n'ont cependant pas été complètement tirées de la faiblesse du projet de la Commission « Création et Internet ». Ainsi, en février 2010, le Sénateur Philippe Marini de la Commission des finances a présenté une nouvelle proposition de taxe des publicités en ligne. Il a soumis un amendement au collectif budgétaire visant à créer une taxe de 1% à partir de janvier 2011 sur « tout hébergeur de site de communication au public en ligne établi dans un État membre de la Communauté européenne qui fournit un service en France ». L'amendement du Sénateur Marini a été rejeté notamment à cause de l'opposition

¹⁵²⁵ R.A. MUSGRAVE, P. B. MUSGRAVE, « *Inter-nation Equity* », in *Modern Fiscal Issues* 63, 68 (R.M. Bird & J.G. Head eds., 1972).

¹⁵²⁶ *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* §402(1).

¹⁵²⁷ P.B. RICHMAN (désormais Musgrave), « *Taxation of Foreign Investment Income - An Economic Analysis* », 1963, Johns Hopkins Press.

¹⁵²⁸ R.A. MUSGRAVE, « *Fiscal Systems* », 1969, Yale University Press, 238.

¹⁵²⁹ Voir les conclusions du Procureur général dans l'affaire Jacques Vabres (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975) qui avait souligné le changement de paradigme induit par la seconde guerre mondiale, obligeant les Nations à plus de solidarité.

de certains acteurs. L'Association des Sites Internet Communautaires (ASIC)¹⁵³⁰ affirmait ainsi qu'une telle taxe risquait de fragiliser le développement du secteur numérique français qui est pourtant créateur d'emplois. Cette peur était sans doute infondée ou du moins exagérée car l'absence de taxe n'a pas permis l'éclosion d'un secteur numérique français en mesure de rivaliser avec les concurrents américains. Les sociétés américaines ne se trouvaient ainsi pas taxées sans que des sociétés européennes n'émergent.

859. L'objectif du Sénateur n'était cependant pas tant de modifier la loi fiscale que de provoquer un débat¹⁵³¹. Un tel débat n'a même pas eu lieu aux Etats-Unis où la volonté de protéger les géants de l'internet, créateurs d'emplois et de richesses considérables, ainsi que le principe de *self-reliance* selon lequel chaque agent économique doit créer les conditions de sa réussite, font obstacle à tout projet de taxation des moteurs de recherche pour financer les entreprises de presse. Sans doute trop occupés par la crise de la dette, les Français ne se sont de toute façon pas passionnés pour ce débat.

860. Cela n'a pas empêché le Sénateur Philippe Marini de revenir à la charge dès l'automne 2010¹⁵³². Il a ainsi présenté un autre amendement visant à taxer à hauteur de 1% les publicités en ligne réalisées en France et ce, à partir du 1^{er} juillet 2011. Le texte était moins ambitieux que le précédent car il évitait de taxer la société Google grâce à son système d'optimisation fiscale en Irlande et aux Bermudes. L'intérêt de la proposition se trouvait dès lors fortement limité. L'amendement a néanmoins été voté en comité mixte paritaire le 13 décembre 2010. Cependant, François Baroin a déposé un amendement reportant l'entrée en vigueur pour laisser du temps à la négociation avec les moteurs de recherches. Le 10 juin 2011, soit quelques jours avant son entrée en vigueur, la taxe a été abandonnée. La Députée à l'origine de l'amendement retirant la proposition du Sénateur Marini a fait valoir que cette taxe aurait

¹⁵³⁰ M. REES, « *Le retour de la taxe sur la publicité en ligne* », Nextinpact, 30 septembre 2013, accessible à <http://www.nextinpact.com/news/82645-le-retour-taxe-sur-publicite-en-ligne.htm> (dernier accès: 06/02/2016).

¹⁵³¹ A. POUCHARD, « *Votée, retardée, supprimée... Petite histoire de la « taxe Google »* », Le monde, 18 septembre 2012, accessible à http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/09/18/votee-retardee-supprimee-petite-histoire-de-la-taxe-google_1761318_823448.html (dernier accès : 06/02/2016).

¹⁵³² A. POUCHARD, « *Votée, retardée, supprimée... Petite histoire de la 'taxe Google'* », *op. cit.*, accessible à http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/09/18/votee-retardee-supprimee-petite-histoire-de-la-taxe-google_1761318_823448.html (dernier accès : 06/02/2016).

pénalisé les TPE ainsi que les PME qui n'ont pas les moyens de délocaliser leurs achats d'espace publicitaire en ligne.

861. Ce retrait a protégé les moteurs de recherche sans améliorer la situation des auteurs. L'argument selon lequel il s'agit d'une question qui serait mieux réglée par l'Union Européenne nous paraît justifié mais, en l'absence d'initiative de la Commission, il nous semble que le législateur français aurait dû initier un mouvement de taxation des moteurs de recherche afin d'encourager l'Union Européenne à emprunter cette voix. Malgré ces différents échecs des projets de rémunérations des journaux ont continué à voir le jour.

862. Le Sénateur Marini a proposé une nouvelle taxe en juillet 2012 dite « proposition de loi pour une fiscalité numérique neutre et équitable » et s'est placé dans une dimension internationaliste plus similaire à celle proposée par Peggy B. Musgrave¹⁵³³. Il a en effet cherché à introduire une forme d'équité fiscale¹⁵³⁴ en imposant notamment les créateurs automatiques de liens effectuant des bénéfices en France mais inscrits fiscalement dans un pays étranger. Cette proposition visait à rapporter environ 26 millions d'euros¹⁵³⁵ qui auraient financé le développement des réseaux, des industries culturelles ainsi que le budget de l'État. Cette proposition de loi n'a cependant pas été votée.

863. Eu égard aux difficultés que la taxation de l'internet constitue et à la nécessité d'organiser une réponse mondiale et coordonnée, le projet de rémunération des auteurs par l'impôt a été abandonné. Il pourrait cependant s'avérer pertinent si le considérant 33 du projet de directive est voté car il fait obstacle à la reconnaissance d'un droit voisin opposable par les entreprises de presse pour la création d'un lien. Cette règle n'a pas vocation à faire obstacle à la taxation des créateurs de liens étant donné que l'Union Européenne n'a pas de compétence en matière fiscale. Le législateur français a pour le moment enterré cette possibilité en rejetant la taxe dite Youtube¹⁵³⁶ pour la loi de finance 2017.

¹⁵³³ P.B. RICHMAN (désormais Musgrave), « *Taxation of Foreign Investment Income - An Economic Analysis* », *op. cit.*.

¹⁵³⁴ P. MARINI, « *Proposition de loi pour une fiscalité numérique neutre et équitable* », 2010, Sénat, accessible à : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp11-682.html> (dernier accès : 6/02/2016).

¹⁵³⁵ A. POUCHARD, « *Votée, retardée, supprimée... Petite histoire de la 'taxe Google'* », 18 septembre 2012, Le Monde, accessible à http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/09/18/votee-retardee-supprimee-petite-histoire-de-la-taxe-google_1761318_823448.html (dernier accès : 6/02/2016).

¹⁵³⁶ « *Amendements au PLF 2017 : Essence, résidence secondaire, taxe Youtube* », Legifiscal.fr, 24 octobre 2016.

864. Ces difficultés à voter une taxe aurait pu rendre pertinente l'introduction d'un droit voisin a ainsi pu éclore.

2) La rémunération par un droit voisin

865. Face à l'incapacité du pouvoir législatif à voter une loi permettant d'imposer les créateurs automatiques de liens, l'association d'Information Politique Générale¹⁵³⁷ (IPG) a proposé la création d'un chapitre VIII dans le livre deuxième du Code de la propriété intellectuelle, c'est à dire parmi les droits voisins du droit d'auteur. Un tel projet n'a jamais été proposé aux Etats-Unis. L'association proposait l'introduction d'un article L. 128-1 créant un droit voisin dont serait titulaire l'organisme de presse qui pourrait obtenir une rémunération équitable lorsque les liens permettent d'accéder aux contenus mis en ligne par les journaux. La rémunération ne serait due que par les moteurs de recherches.

866. Cette discrimination ne nous semble pas justifiée. En effet, certains sites sont d'importants créateurs manuels de liens et profitent économiquement des références qu'ils créent. Il aurait été plus judicieux d'introduire une distinction entre les créateurs de liens professionnels et à but non-lucratif. Cette distinction aurait anticipé sur la dichotomie proposée dans l'arrêt *GS Media BV c. Sanoma*¹⁵³⁸. Les professionnels seraient tenus de rémunérer les auteurs des pages liées alors que les consommateurs n'auraient aucune obligation de rémunérer les auteurs. Cette distinction s'avère en outre cohérente avec l'objectif des Pères Fondateurs de l'internet qui refusaient toute mercantilisation de l'internet. Ainsi, un internaute utilisant l'internet à des fins autres que commerciale ne devrait pas être tenu de payer pour l'établissement d'un lien car il utilise la toile conformément à son objectif premier. En revanche, les entités utilisant l'internet pour percevoir des bénéfices rompent avec l'objectif initial de l'internet et il n'y a pas lieu de leur appliquer un régime de gratuité.

¹⁵³⁷ IPG, « *Projet de proposition de loi de l'association IPG - Droits voisins pour les organismes de presse* », 2012, accessible à <http://www.fnps.fr/Public/Article/File/lettre%20info/2012/septembre/106565372-Projet-de-proposition-de-loi-sur-les-droits-voisins-pour-les-organismes-de-presse.pdf> (dernier accès: 19/02/2016).

¹⁵³⁸ CJUE, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*, aff. C-160/15.

Chaque type d'utilisation de l'internet aurait ainsi sa propre cohérence. À défaut, il serait également possible d'introduire l'obligation de recourir à des liens présentant une publicité dont une partie des revenus devrait être reversée au propriétaire du site ciblé.

867. Le projet de l'IPG s'avérait prudent. Il proposait en effet une durée du droit de 5 ans et non pas de 50 ans¹⁵³⁹ comme pour les autres droits voisins. Il s'agissait donc d'une brèche dans le principe général de l'absence de distinction dans l'application du droit au monde analogique et au monde numérique. Il aurait donc pu arriver qu'une œuvre ne bénéficie plus de la protection de l'article L. 128-1 alors qu'elle présente encore une valeur commerciale. Dès lors, ce sont les moteurs de recherche qui auraient pleinement bénéficié de la valeur de la création et les auteurs n'auraient pas bénéficié de leurs réussites au-delà du délai de 5 ans. Le projet pêchait donc par sa frilosité.

868. La sanction même montrait qu'il s'agissait d'un projet hybride aux confins des différentes branches de la propriété intellectuelle. Il était en effet prévu que l'absence de paiement de la rémunération équitable serait sanctionnée comme un délit sur le modèle de la sanction de la copie privée. La violation de cette obligation aurait par conséquent été sanctionnée sur le fondement de l'article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose qu'encourt une peine de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende quiconque ne verse pas les rémunérations dues aux auteurs au titre de la copie privée. Il s'agit de la même sanction que celle applicable au droit commun du droit d'auteur¹⁵⁴⁰ mais le législateur - et *a fortiori* le rédacteur du projet - a voulu préciser le particularisme du régime de la copie privée¹⁵⁴¹. Il y avait donc la volonté de créer en France des mécanismes de rémunération hors marché afin de soutenir la création.

869. Le régime proposé aurait ainsi introduit une sorte de licence obligatoire plus qu'un droit voisin. Il aurait en effet eu pour corollaire l'interdiction pour les organismes de presse de s'opposer à la création de liens vers les contenus mis en ligne librement. Le projet était donc le fruit d'une recherche d'équilibre entre les intérêts des entreprises de presse et des créateurs automatiques de liens qui renversait les principes généraux du droit d'auteur.

¹⁵³⁹ Article L. 211-4 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁴⁰ Article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁴¹ N. BINCTIN, « Rémunération pour copie privée », 11 décembre 2015, Lexisnexis, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, 45.

870. Le choix d'opter pour un droit voisin semble critiquable. En effet, les droits voisins ne protègent pas des utilisations considérées comme secondaires ou que le droit aurait du mal à saisir. Les droits voisins s'appliquent à des créations non originales¹⁵⁴² et non pas à des créations originales utilisées sur des supports nouveaux. Le choix d'un droit voisin pour l'établissement d'un lien menant vers une œuvre originale au sens du droit commun du droit d'auteur n'a donc pas de sens. Le projet n'était donc pas juridiquement très cohérent et n'a jamais vu le jour. La France et plus globalement l'Union Européenne sont ainsi restées sans protection des auteurs contre le référencement sans rémunération de leurs œuvres.

871. Le droit espagnol a exploré une autre possibilité en établissant à l'article 32.2 de la *ley de propiedad intelectual*¹⁵⁴³ que la mise à disposition du public par des liens d'œuvres protégées déjà divulguées dans des publications périodiques ou sur des sites internet d'actualité périodique et visant une finalité informative, de formation de l'opinion publique ou de divertissement, est soumise à autorisation et à rémunération équitable. La loi espagnole limite donc l'obligation de rémunération aux activités commerciales sur internet et exclut ainsi du principe de gratuité les entités utilisant l'internet à des fins mercantiles. Le législateur a posé une seconde limite au droit à rémunération qui n'est concédé que lorsque l'ancre présente plus que les informations qui ne s'avèrent pas significatives¹⁵⁴⁴. La loi introduit ainsi une exception *de minimis* en dessous de laquelle les moteurs de recherche n'ont pas d'obligation de rémunération. Le droit français ne connaît pas une telle exception mais elle apparaît justifiée dans cette hypothèse car elle assure un équilibre entre les intérêts pécuniaires des auteurs et la nécessité de référencer les contenus sur internet.

872. La loi espagnole présente néanmoins le même défaut que le projet de l'IPG. Il nous semble en effet illogique que les créateurs manuels de liens agissant à titre professionnel ne soient pas tenus à l'obligation de rémunérer les entreprises de presses. La *summa divisio* ne nous semble pas pertinente. Elle souligne sans doute la volonté de ne pas bloquer les créateurs manuels de liens qui peuvent être espagnols et européens, alors que les créateurs automatiques sont principalement américains. Il est en effet plus facile de faire accepter une réforme lorsque

¹⁵⁴² A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, 1125.

¹⁵⁴³ *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.*

¹⁵⁴⁴ « *Contenidos de fragmentos no significativos* » (traduction libre).

les électeurs n'ont pas d'obligation de payer. L'approche européenne relève donc d'un protectionnisme qui rompt avec ses valeurs universalistes¹⁵⁴⁵. L'approche n'est cependant pas critiquable en soi étant donné qu'un État doit avant tout protéger ses nationaux.

873. La loi espagnole nous semble particulièrement intéressante car elle reconnaît que les entreprises de presses - lorsque l'article est une œuvre collective - ou l'auteur - lorsqu'il s'agit d'une œuvre individuelle¹⁵⁴⁶ - ont un droit d'auteur leur permettant d'obtenir une rémunération pour les liens. Les liens vers les pages d'accueil des journaux pourront également être rémunérés. En effet, si la structure des journaux manque généralement d'originalité à cause du rangement par catégorie - ce qui fait obstacle à la protection de l'organisation par le droit d'auteur¹⁵⁴⁷ - le nouveau droit aura lieu de s'appliquer dès lors que la page contient des œuvres originales tels que des titres¹⁵⁴⁸ ou des images.

874. En reconnaissant un droit aux entreprises de presse, le législateur espagnol leur a donné une chose à négocier sur un marché dont ils peuvent obtenir rémunération. Ainsi, et même si certains moteurs de recherche ne perçoivent aucun bénéfice sur les liens menant vers des articles de journaux, ils seront tenus de payer les entreprises de presse car l'activité globale présente un caractère lucratif. Le droit espagnol permet donc d'introduire une solution de marché permettant une rémunération des auteurs et non pas seulement une aide ponctuelle pour assurer l'adaptation à l'internet. La loi - qui prenait par conséquent en compte les stratégies de financements croisés - semblait donc protectrice des intérêts des entreprises de presse et aurait dû participer de leur dynamisme.

875. Cependant, la société Google a retiré ses liens¹⁵⁴⁹ à la suite de l'entrée en vigueur de la loi. La loi espagnole a donc eu l'inverse de l'effet escompté car les entreprises de presse ne

¹⁵⁴⁵ Pour la dimension européenne de la valeur d'universalisme voir F. LARDIC, « *Y a-t-il des valeurs spécifiquement européennes ?* », 16 octobre 2007, taurillon.or, accessible à <http://www.taurillon.org/Y-a-t-il-des-valeurs-specifiquement-europeennes> (dernier accès: 18/02/2016).

¹⁵⁴⁶ S. NAVAS NAVARRO, « *Periódicos digitales y agregadores de contenido informativo en España* », RIDA, octobre 2015, 246, p. 73-75.

¹⁵⁴⁷ S. NAVAS NAVARRO, « *Periódicos digitales y agregadores de contenido informativo en España* », *ibidem.*, 246, p. 93.

¹⁵⁴⁸ « *Derechos de autor en plataformas e-learning* », 18 septembre 2009, 2, accessible à http://www.ugr.es/~derechosdeautor/derechos_autor.html#2._Obras_protegidas (dernier accès : 8/08/2016).

¹⁵⁴⁹ R. ARRANZ, « *Periódicos de AEDE que rechazaban Google News ahora pagan por anunciarse en el buscador* », Vozpopuli, 23 décembre 2014, accessible à : <http://vozpopuli.com/economia-y-finanzas/54798-algunos-periodicos->

bénéficient d'aucun revenu supplémentaire et leurs articles ne sont plus référencés dans la fonctionnalité d'actualité du moteur de recherche Google. L'idée espagnole ne doit cependant pas être écartée mais la méthodologie doit être revue. Il nous semble que cette réaction de la société Google vise à constituer plus un coup de semonce et à dissuader d'autres pays d'adopter la même solution qu'une réaction sage et proportionnée face à une véritable difficulté. La loi espagnole apparaît en effet équilibrée dans la mesure où elle n'oblige à rémunération que les créateurs de liens présentant un extrait plus long que nécessaire. La fonctionnalité de référencement n'est donc pas payante en soi, seul le référencement au-delà du strict nécessaire est payant.

876. Il nous semble dès lors qu'il relève de la compétence de l'Union Européenne d'introduire une telle disposition conformément au principe de subsidiarité¹⁵⁵⁰. En effet, si chaque État membre agit seul, les moteurs de recherche pourront effectuer des pressions voire, comme dans le cas espagnol, supprimer la fonction d'actualité¹⁵⁵¹. En revanche, si l'Union Européenne agit pour les 28 États membres, il sera plus difficile pour les moteurs de recherche de faire pression car il s'agit d'un marché qu'ils ne peuvent se permettre de perdre. Il est donc particulièrement urgent d'agir en la matière tant que l'Union Européenne représente une part substantielle de l'économie mondiale. Or, l'Union Européenne semble emprunter le chemin contraire en rejetant dans le projet de réforme du droit d'auteur la rémunération pour l'établissement d'hyperliens¹⁵⁵².

877. Les Etats-Unis se refusent pour le moment à introduire un droit voisin ou un nouveau droit de *copyright* similaire à celui introduit en Espagne. Le principe de gratuité des liens n'est pas remis en cause d'autant plus que le partage assure un meilleur accès à la connaissance. Il y a donc eu un renversement de paradigme par rapport au postulat de la *Copyright Clause*. En effet, alors que les Pères Fondateurs¹⁵⁵³ considéraient que l'opposabilité d'un prix sur une œuvre permet aux auteurs d'obtenir une rémunération afin de continuer à

de-aede-que-rechazaban-google-news-ahora-pagan-por-anunciarse-en-el-buscador (dernier accès: 10/02/2016).

¹⁵⁵⁰ Article 5 du traité sur l'Union Européenne.

¹⁵⁵¹ A. PÉREZ BARREDO, « *España se queda sin Google News* », 16 décembre 2014, El País, accessible à http://politica.elpais.com/politica/2014/12/16/actualidad/1418718308_671454.html (dernier accès: 19/02/2016).

¹⁵⁵² Considérant 33 de la Directive Of The European Parliament And Of The Council On Copyright In The Digital Single Market, COM(2016 593), 14 septembre 2016.

¹⁵⁵³ Article 1, Section 8, Clause 8 de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique.

créer, la doctrine américaine moderne¹⁵⁵⁴ postule majoritairement que la gratuité stimule la création sur internet. Cette solution s'avère sans doute vraie pour la création par des non-professionnels. La solution américaine s'adapte donc très bien - à l'inverse de la position européenne - à tout le secteur de la création amatrice.

878. Il nous semble qu'il en va autrement pour la création par des professionnels. Ces derniers effectuent des investissements importants - qui peuvent se chiffrer en milliers d'euros¹⁵⁵⁵ - afin de mener de reportages et des enquêtes et ont donc besoin d'un retour sur investissement. Il nous semble donc que la doctrine américaine devrait nuancer son approche en suivant la distinction que nous venons de mentionner et le Congrès devrait introduire un droit pour les entreprises de presse sur le modèle espagnol en concertation avec le législateur européen. Il n'y aurait en outre pas de rupture du principe démocratique de l'accès à la protection du *copyright* mais une application de la distinction entre l'utilisation gratuite ou lucrative de l'internet.

879. La solution espagnole n'était pas raisonnablement applicable en France puisque le pays n'est pas substantiellement plus peuplé ni plus connecté. La France aurait pu perdre l'accès à la fonctionnalité d'actualités du moteur de recherche Google si le même dénouement s'était vérifié. Le gouvernement français a donc opté pour une solution moins ambitieuse.

B) La création d'un fonds

880. Face à l'enlisement de la situation en France où aucun projet ne voyait le jour, et au besoin de moderniser la presse française, le gouvernement français s'est saisi de la question. Le gouvernement américain a refusé d'ouvrir ce dossier car cela impliquerait qu'une société entretienne financièrement d'autres sociétés, ce qui s'avère contraire à l'idéal américain qui est farouchement indépendant. Le clivage entre les gouvernements français et américain suit

¹⁵⁵⁴ M. MASNICK, « *EU Politicians Try To Create A New 'Link Tax' To Protect Newspapers Who Don't Like Sites Linking For Free* », Techdirt, 8 juillet 2015, accessible à <https://www.techdirt.com/articles/20150708/15115331584/eu-politicians-try-to-create-new-link-tax-to-protect-newspapers-who-dont-like-sites-linking-free.shtml> (dernier accès: 19/02/2016).

¹⁵⁵⁵ M. FOSSATI, « *Coût d'un documentaire* », 30 avril 2010, numerico wordpress, accessible à <https://numerico.wordpress.com/tag/cout-dun-documentaire/> (dernier accès : 18/02/2016).

un conflit similaire entre les partisans conservateurs de l'absence d'intervention publique et les forces de gauche qui étaient en faveur d'une intervention de l'État¹⁵⁵⁶ pendant les années 1930 en France. L'approche américaine évite effectivement toute influence gouvernementale dans la production intellectuelle et protège ainsi son indépendance, mais elle ne permet pas d'assurer les moyens de création de ce que Jean Zay appelait le prolétariat intellectuel¹⁵⁵⁷.

881. C'est en adoptant une conception proche de Jean Zay que la ministre de la culture Aurélie Filipetti est allée jusqu'à menacer la société Google de faire voter une loi lui imposant de rémunérer les entreprises de presse si aucun accord n'était trouvé. La Ministre souhaitait créer un droit voisin dans le sillage du projet de l'IPG et de la loi espagnole. Ce projet a néanmoins été écarté en faveur d'une solution beaucoup moins ambitieuse mais sans doute plus pragmatique.

882. Le 1^{er} février 2013, la société Google a signé un accord avec un groupement de presse incluant les plus grands titres français à la suite d'une médiation avec la société Google. La menace du règlement de la situation par la loi - et donc d'une propagation du modèle espagnol en Europe - a incité la société américaine à accepter le processus de médiation. Le gouvernement français s'est donc placé, à l'inverse du gouvernement américain, dans les pas de Jean Zay¹⁵⁵⁸ qui avait proposé d'introduire une procédure de médiation organisée par le gouvernement afin de résoudre les différends entre les auteurs et une autre partie¹⁵⁵⁹. Le mécanisme auquel a eu recours le gouvernement de Manuel Valls n'est pas nouveau. La méthode a en effet été consacrée à l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle permettant de déterminer la rémunération équitable due aux artistes-interprètes ou en matière de copie privée¹⁵⁶⁰.

883. L'accord porte ainsi sur la constitution d'un fonds de 60 millions d'euros conformément aux demandes de l'IPG. Il se trouve cependant limité au financement de la transition numérique de la presse d'information politique et générale incluant la presse

¹⁵⁵⁶ G. SAPIRO, B. GOBILLE, « *Propriétaires ou travailleurs intellectuels* », Revue Le Mouvement Social, 2006, n°214, p. 117.

¹⁵⁵⁷ J.M. BRUGUIÈRE, « *Le nouveau paradigme du 'travailleur intellectuel'* », Dalloz, 2015, p. 9.

¹⁵⁵⁸ Article 36 du projet de loi sur le droit d'auteur et le droit d'édition déposé par J. ZAY, 1936.

¹⁵⁵⁹ J.M. BRUGUIÈRE, « *Le nouveau paradigme du 'travailleur intellectuel'* », Dalloz, 2015, p. 32-33.

¹⁵⁶⁰ Article 311-5 du Code de la propriété intellectuelle.

magazine d'information politique et générale et la presse quotidienne régionale¹⁵⁶¹. L'accord discrimine donc entre les différents types de presse pour ne privilégier que la presse considérée comme sérieuse. Cette conception élitiste nous semble injustifiée. En effet, le droit d'auteur ne discrimine pas entre les différentes formes de création et il n'y avait pas lieu d'introduire un tel principe dans un accord visant à palier aux failles du droit d'auteur. En outre, il ne nous semble pas que l'État soit compétent pour déterminer quelle forme de création intellectuelle est la plus digne de protection. Il y a une immixtion du pouvoir exécutif dans le quatrième pouvoir¹⁵⁶² - c'est à dire le journalisme - qui nous semble arbitraire. En outre, d'un point de vue économique et social, l'accord ne prend pas en compte le fait que la presse exclue de l'accord est créatrice de nombreux emplois que le fonds aurait pu aider à pérenniser. La limitation est donc incohérente et inadaptée. Il n'était cependant pas absurde d'écarter une partie de la presse et notamment celle dite « *people* » étant donné qu'elle n'est pas confrontée à des difficultés financières particulières et qu'il n'y a donc pas besoin de l'accompagner dans son adaptation au numérique.

884. Le fonds n'a pas en outre vocation à s'ouvrir à d'autres contributeurs que la société Google. Il nous semble que, malgré la place prédominante que représente le moteur de recherche Google - qui concentre plus de 90% des recherches en Europe¹⁵⁶³ - cette situation constitue une violation du principe d'égalité entre les différents moteurs de recherche qui auraient tous dû participer au fonds. L'intégration de tous les moteurs de recherche aurait en outre permis d'augmenter de 10% le montant du fond en incluant l'intégralité des bénéfices ce qui aurait tout de même constitué un montant de 6 millions d'euros. L'approche française tombe dans le gauchisme dans la mesure où elle se focalise sur la société la plus prospère en oubliant les autres acteurs du marché.

885. L'intérêt principal de l'accord réside dans la mise à disposition par la société Google de son savoir faire en matière d'internet. La société accompagnera les entreprises de presse dans la transition du format papier au format numérique et s'assurera que les journaux

¹⁵⁶¹ Présidence de la République, « *Déclarations conjoints à l'issue de la signature de l'accord avec Google* », 1^{er} février 2013, p. 5, accessible à <http://www.elysee.fr/declarations/article/declarations-conjointes-a-l-issu-de-la-signature-de-l-accord-avec-google/> (dernier accès : 15/10/2014).

¹⁵⁶² J. KRÖNIG, « *A Crisis in the Fourth Estate* », The Guardian, 16 août 2004, accessible à <https://www.theguardian.com/media/2004/aug/16/mondaymediasection.politicsandthemedia> (dernier accès: 8/08/2016).

¹⁵⁶³ « *Chiffres Google - 2015* », 3 août 2015, le blog du modérateur, accessible à <http://www.blogdumoderateur.com/chiffres-google/> (dernier accès : 19/02/2016).

s'adaptent harmonieusement aux modifications induites par l'internet. Le fonds sélectionnera donc des projets économiquement viables. Il prendra également en compte la capacité de l'entreprise à mener le projet à bien ainsi que sa capacité d'innovation en ligne et l'expérience des dirigeants en la matière.

886. Les conseils du fonds visent donc à accompagner les entreprises de presse dans leurs choix économiques afin qu'elles perçoivent plus de bénéfices. Le fonds conseille notamment les bénéficiaires dans l'élaboration de technologies dites de *paid walls*, des abonnements en ligne et en zones premium, des abonnements spécifiques aux téléphones portables et aux tablettes. Cela permet aux entreprises de presse d'être rémunérées selon des mécanismes de marché. Il nous semble cependant que les grands bénéficiaires de cette approche restent les moteurs de recherche qui n'ont pas d'obligation de verser de somme d'argent aux entreprises de presse au-delà de la somme versée par la société Google au fonds. La dimension parasitaire de l'activité des moteurs de recherche n'est pas prise en compte et aucune compensation n'est donc prévue.

887. L'objectif du fonds est ainsi de mettre des ressources à disposition des entreprises de presse afin de participer au développement de nouveaux modèles économiques notamment via l'innovation dans les contenus éditoriaux. Ce point soulève des difficultés car une société étrangère prend en compte les contenus éditoriaux, et donc les idées exprimées, afin d'attribuer des aides. Cela risque de conférer à la société Google un contrôle - bien qu'indirect et minime - des idées circulant dans les journaux requérant une aide de la part du fonds. Le Syndicat de la presse indépendante d'information en ligne (SPIIL) ainsi que d'autres journaux sont par conséquent opposés au financement de la presse par les moteurs de recherches, et notamment Google¹⁵⁶⁴, car ils craignent une forme de dépendance à la société californienne. Cette crainte nous paraît cependant largement exagérée. En effet, alors que la société Google devra verser la somme totale de 60 millions d'euros aux entreprises de presses, les dotations de l'État pour la presse s'élèvent à 1 milliard d'euros annuel, ce qui ne constitue qu'environ 11% du chiffre d'affaire de la presse écrite papier¹⁵⁶⁵. Rapporté à ces chiffres, le montant du

¹⁵⁶⁴ L. GALLET, « *La France peut-elle obliger Google à rémunérer les médias ?* », L'express.fr, 29 octobre 2012, accessible à http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/la-france-peut-elle-obliger-google-a-remunerer-les-medias_1427757.html# (dernier accès : 15/10/2014).

¹⁵⁶⁵ L. GALLET, « *La France peut-elle obliger Google à rémunérer les médias ?* », *ibidem.*, accessible à http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/la-france-peut-elle-obliger-google-a-remunerer-les-medias_1427757.html# (dernier accès : 15/10/2014).

fonds apparaît donc minime et ne constitue *a priori* pas un risque pour l'indépendance de la presse française. Cette crainte s'avère donc exagérée. Elle doit cependant être prise en compte dès lors que les lecteurs peuvent avoir un doute que les contenus éditoriaux se trouvent modifier afin de plaire à la société qui tient les cordons de la bourse. La presse doit être libre et doit être perçue comme tel.

888. La presse devrait continuer à être perçue comme étant libre et indépendante grâce à l'instauration d'un double plafond. Les aides du fonds ne couvriront qu'un maximum de 60% des dépenses éligibles et ce dans la limite de 2 millions d'euros par projet. Seront en outre exclus les projets ayant bénéficié d'un financement provenant du Fonds stratégique pour le développement de la presse. Le fonds n'intervient donc pas pour compenser le manque de liquidités d'une société et ne sert qu'à soulager financièrement des entreprises afin qu'elles affrontent les défis de l'internet.

889. Il n'est en effet pas question de se contenter de financer un secteur économique moribond et de le maintenir artificiellement pendant quelques années avant sa chute inexorable. L'objectif est en revanche d'accompagner les entreprises de presse vers une modification de leurs modèles économiques afin qu'elles prospèrent au 21^e siècle. Le fonds ne finance pas la numérisation d'un contenu papier mais la création d'un contenu enrichi dont le format s'avère spécifique aux nouveaux outils de lecture de la presse sur internet¹⁵⁶⁶. C'est cette dimension de l'accord qui renforce la liberté d'entreprendre des entreprises de presse - et donc des auteurs - en ne se contentant pas d'une simple réponse économique qui se serait avérée insuffisante. L'accompagnement par la société Google des organes de presses devrait leur permettre d'aborder en connaissance de cause les évolutions à anticiper.

890. Il est cependant regrettable qu'il ne soit pas requis de la société Google de verser une somme supérieure alors qu'elle a un chiffre d'affaire bien supérieur à 1 milliard d'euros par an en France et qu'elle n'a payé que 5 millions d'euros d'impôts¹⁵⁶⁷. Une partie importante de la richesse produite par Google en France sort des frontières et n'est pas redistribuée auprès des créateurs de valeur. Or un accord plus ambitieux ou le règlement par une directive européenne auraient permis de maintenir une partie de la richesse produite afin de soutenir la

¹⁵⁶⁶ <http://www.finp.fr/deposer-un-dossier-criteres-deligibilite/>

¹⁵⁶⁷ B. FERRAN, « Google a baissé de 35% ses impôts payés en France », 20 août 2015, Le Figaro, accessible à <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/08/17/32001-20150817ARTFIG00039-google-a-baisse-de-35-ses-impots-payes-en-france.php> (dernier accès : 19/02/2016).

production intellectuelle des organes de presses. Nous sommes donc loin d'une rémunération pour les liens - que le projet de directive écarte¹⁵⁶⁸.

891. La probabilité qu'un tel accord soit conclu ou qu'un projet similaire soit voté aux Etats-Unis est faible. Il a en effet été mis en évidence qu'un accord de la même envergure atteindrait des proportions beaucoup plus importantes outre-Atlantique, amenant la société Google à créer un fonds de 2,6 milliards de dollars¹⁵⁶⁹. La société de *Mountain View* pourrait parfaitement financer une telle somme, mais cela représente un coût que le gouvernement américain n'est pas disposé à imposer à une société pour financer le développement d'autres sociétés.

892. En outre, toute intervention gouvernementale sur la question du financement des organismes de presses serait perçue comme une violation du premier Amendement de la Constitution relatif à la liberté d'expression¹⁵⁷⁰. La quasi-sacralité de cette disposition¹⁵⁷¹ de la Constitution ferait obstacle à la création d'un tel mécanisme. De plus, les lobbyistes de Google sont très influents auprès du Congrès et ils risqueraient de faire barrage à toute tentative de création de fonds ou de droit voisin. Enfin, la firme de *Mountain View* est considérée comme un héros national aux Etats-Unis où il ne souffre pas de la suspicion dont elle fait l'objet en Europe. Il est donc improbable qu'à moyen terme la société californienne soit contrainte à signer un accord similaire à celui qu'elle a conclu en France le 1^{er} février 2013.

893. Les protections des organismes de presses devraient donc continuer à diverger, non seulement entre la France et les Etats-Unis, mais aussi au sein de l'Union Européenne où aucune solution commune n'a été trouvée. Cette situation est particulièrement regrettable dans la mesure où l'Union Européenne ne peut se satisfaire de la situation actuelle et devrait se saisir des questions de la mutation des organismes de presses vers le numérique ainsi que de

¹⁵⁶⁸ Considérant 33 du projet de *Directive Of The European Parliament And Of The Council On Copyright In The Digital Single Market*, COM(2016 593), 14 septembre 2016.

¹⁵⁶⁹ R. EDMONDS, « *Is Google Agreement with French Publishers Exportable to the U.S. ?* », Poynter, 29 mars 2013, accessible à : <http://www.poynter.org/latest-news/business-news/the-biz-blog/208576/is-googles-agreement-with-french-publishers-exportable-to-the-u-s/> (dernier accès : 15/10/2014).

¹⁵⁷⁰ B.A. GREENBERG, « *A Public Press ? Evaluating the Viability of Government Subsidies for the Newspaper Industry* », hiver 2012, 19 *UCLA Ent. L. Rev.* 189, 216.

¹⁵⁷¹ É. ZOLLER, « *La liberté d'expression : 'bien précieux' en Europe 'bien sacré' aux Etats-Unis ?* », in *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, 2008, Dalloz, p. 2-3.

leurs modèles économiques. Une harmonisation de la protection des organismes de presse permettrait à l'Union Européenne d'imposer plus facilement ses vues aux moteurs de recherche que ne pourraient le faire les États pris séparément.

894. Même si un tel mécanisme était étendu à d'autres pays et approfondi, ou si un droit était créé sur le modèle espagnol, les entreprises de presse ne bénéficieraient pas des revenus nécessaires leur permettant de maintenir leurs activités. Elles doivent par conséquent varier leurs sources de revenus et recourir notamment à des modèles économiques incluant des publicités.

II) Les modèles économiques publicitaires

895. Il convient d'aller au bout de la logique des modèles économiques publicitaires. Il serait ainsi possible d'introduire un droit pour les entreprises de presse à obtenir une rémunération via des publicités présentées entre le moment où l'internaute clique sur une ancre et le moment où il arrive sur le site de l'entreprise de presse. Cette solution présenterait l'avantage de ne pas chercher des financements chez les moteurs de recherche pour les entreprises de presse, et de permettre aux entreprises de presse de bénéficier de revenus publicitaires indépendamment de l'activité des moteurs de recherches.

896. La principale difficulté dans l'introduction de cette mesure viendra du droit moral français¹⁵⁷². Il obligerait en effet les moteurs de recherche à distinguer entre les différents types de publicités afin que leur approche intellectuelle ne soit pas en contradiction avec celle des entreprises de presse et des auteurs des articles liés. Le droit américain sera d'application plus simple car il ne connaît pas les droits moraux.

897. Cette solution permettrait d'assurer une rémunération proportionnelle aux entreprises de presse ainsi qu'aux journalistes conformément à la règle française de droit commun¹⁵⁷³. Il ne nous semble pas qu'il soit nécessaire de passer par l'intermédiaire d'une société de gestion car les créateurs automatiques de liens peuvent enregistrer le nombre de clic vers chaque

¹⁵⁷² Articles L. 121-1 à L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁷³ P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *ibidem.*, p. 499.

page. Les entreprises de presse et les journalistes pourront ainsi gérer leurs droits sans recourir à un tiers qui ponctionne une partie de la richesse produite - parfois dans des proportions sans commune mesure avec le travail fourni¹⁵⁷⁴. L'absence de truchement d'une société de gestion permettra aux entreprises de presse et aux auteurs de bénéficier de l'intégralité des richesses produites. Cela devrait être renforcé par le projet de directive qui vise à introduire une obligation de transparence en faveur des auteurs de la part des entités qui exploitent leurs œuvres¹⁵⁷⁵. Cette disposition n'aurait cependant pas vocation à s'appliquer si le considérant 33 du projet de directive est voté car il rejette toute rémunération de la part des créateurs de liens.

898. Cette situation permettrait sans doute de trouver une solution acceptable et bénéfique pour toutes les parties. Il nous semble cependant qu'il y a lieu d'ouvrir un tel mécanisme non seulement aux entreprises de presse mais de manière plus large à toutes les formes de création et ce, indépendamment des modèles économiques de financements croisés ou publicitaires.

Paragraphe 2 : Les absences de régime de rémunération des auteurs non journalistes

899. Le droit français reconnaît, à la différence du droit américain qui opère des distinctions entre les différents types d'œuvres¹⁵⁷⁶, le principe de l'unité de l'art¹⁵⁷⁷. Ce principe fait obligation de ne pas distinguer entre les différents types d'œuvres. Or, les modalités de rémunérations ne sont pas pensées de façon globale et les projets ne sont portés que par des groupes d'intérêts qui ne pensent pas de façon universaliste.

¹⁵⁷⁴ Les sociétés de gestion de droits peuvent prendre entre 1/3 et 50% des revenus. Voir SACEM, « *Droit d'auteur - comment fonctionne la répartition* », Sacem.fr, accessible à <https://createurs-editeurs.sacem.fr/sacem-et-moi/repartition-droits-auteur> (dernier accès: 19/02/2016).

¹⁵⁷⁵ Article 14 de la Directive Of The European Parliament And Of The Council On Copyright In The Digital Single Market, COM(2016 593), 14 septembre 2016.

¹⁵⁷⁶ Le droit américain distingue en effet entre les œuvres utiles et les œuvres purement artistiques. En effet, à la suite de l'arrêt *Mazer v. Stein* (347 U.S. 201, 74 S.Ct. 460) le législateur américain a introduit la notion d'article utile (useful article) et d'œuvre picturale, graphique et statuaire (pictorial, graphic and sculptural works) à la section 101 du *Copyright Act*. Le droit américain adopte donc la position initial du droit français qui refusait d'appliquer le droit d'auteur aux œuvres d'art appliquées. Voir E. POUILLET, « *Traité théorique et pratique des dessins et modèles* », 1911, 5^e édition.

¹⁵⁷⁷ Loi du 11 mars 1902 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 2001, Litec, 2^e édition, 74 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », 2012, Lexisnexis, 4^e édition, 90-94.

900. Les auteurs n'ont longtemps bénéficié que de soutiens par branches notamment pour les œuvres graphiques mais les solutions restaient largement insatisfaisantes (I). Face à la situation insatisfaisante qui persiste en ligne le législateur français a fini par se saisir de la question sans sortir de ce travers (II).

I) Les projets de rémunérations des œuvres graphiques

901. Les moteurs de recherches généralistes proposent des murs d'images permettant aux internautes de visualiser des images se trouvant sur la toile. Cela leur permet d'effectuer une recherche rapide d'images sans devoir contrôler les bases de données de nombreux sites. Les murs d'images améliorent donc considérablement l'accès aux informations.

902. En France, le Sénateur Marini - qui était déjà à l'origine de projets de rémunérations de la presse - a proposé¹⁵⁷⁸ un financement des auteurs d'œuvres graphiques lorsqu'elles sont utilisées par les moteurs de recherche pour leurs murs d'images. Il a ainsi proposé l'instauration d'une gestion collective des droits de reproduction et de représentation d'une œuvre d'art graphique, plastique ou photographique par un service de moteur de recherche et de référencement.

903. La proposition est originale dans la mesure où elle instaure une cession obligatoire des droits au profit de sociétés agréées qui concluent des conventions d'une durée de cinq ans - comme l'IPG¹⁵⁷⁹ l'avait proposé pour les entreprises de presses - avec les moteurs de recherche et de référencement. Le caractère obligatoire de la cession est nouveau car, traditionnellement, la relation entre l'auteur et la société de gestion de droits était

¹⁵⁷⁸ Proposition de loi instaurant la gestion collective des droits de reproduction et de représentation d'une œuvre d'art graphique, plastique ou photographique par un service de moteur de recherche et de référencement, 8 avril 2014, présentée au Sénat par le Sénateur P. MARINI, n°428.

¹⁵⁷⁹ IPG, « *Projet de proposition de loi de l'association IPG - Droits voisins pour les organismes de presse* », 2012, accessible à <http://www.fnps.fr/Public/Article/File/lettre%20info/2012/septembre/106565372-Projet-de-proposition-de-loi-sur-les-droits-voisins-pour-les-organismes-de-presse.pdf> (dernier accès: 19/02/2016).

contractuelle et donc fondée sur les volontés des deux parties¹⁵⁸⁰. Le droit français connaît déjà certaines exceptions à ce principe comme pour la reprographie¹⁵⁸¹ - bien qu'en soient exclus les reproductions commerciales¹⁵⁸² - ou encore la retransmission par câble¹⁵⁸³ et le droit de prêt¹⁵⁸⁴.

904. La proposition suggérait qu'à défaut d'accord, le barème et les modalités de versement de la rémunération seraient fixés par une commission mixte paritaire composée de représentants de l'État, des sociétés de gestion et des moteurs de recherches. Le Sénateur Marini a donc imaginé un droit d'auteur largement socialisé dans la mesure où l'État peut intervenir afin d'influer sur les prix du marché. Un tel mécanisme n'est pas envisageable outre-Atlantique et n'a pas été proposé par les candidats à la Maison Blanche¹⁵⁸⁵.

905. Dans le projet du Sénateur Marini la sanction de l'obligation par les moteurs de recherche est calquée sur le droit commun du droit d'auteur¹⁵⁸⁶. En effet, la représentation ou la reproduction en violation du système de gestion collective serait puni comme une contrefaçon de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende¹⁵⁸⁷. Cette approche présente donc l'intérêt de considérer que le droit impliqué est un droit d'auteur et non pas un droit voisin. Cette approche nous paraît plus cohérente que celle empruntée par l'IPG qui appliquait un droit dont la logique empruntait à celle des droits voisins pour protéger un droit d'auteur¹⁵⁸⁸. Nous avons cependant un doute sur la constitutionnalité d'une telle mesure. En effet, eu égard la faiblesse des bénéfices engendrés par l'absence de paiement des droits pour la reproduction d'une image, il nous semble que cette sanction est manifestement¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸⁰ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, 890.

¹⁵⁸¹ Article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁸² CA Paris, pôle 5, 2^e chambre, 27 mai 2011 : RLDI 2011/72, 2376, obs. L.C.

¹⁵⁸³ Article L. 132-20-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁸⁴ Article L. 133-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁸⁵ H. CLINTON, « *Hillary Clinton's Initiative on Technology & Innovation* », HillaryClinton.com, accessible à <https://www.hillaryclinton.com/briefing/factsheets/2016/06/27/hillary-clintons-initiative-on-technology-innovation/> (dernier accès : 12/10/2016). Il ne semble pas que Monsieur Trump ait exprimé une opinion sur le *copyright*.

¹⁵⁸⁶ Voir article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁸⁷ Article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁸⁸ Voir supra n°870.

¹⁵⁸⁹ Le Conseil Constitutionnel censure les peines manifestement disproportionnées. Voir n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 ; n°84-176 DC du 25 juillet 1984 ; n°86-215 DC du 3 septembre 1986, n°99-411 DC du 16 juin 1999.

disproportionnée car les sanctions sont sans commune mesure avec les buts poursuivis. Une sanction *ad hoc* aurait donc été préférable.

906. Cette proposition de loi, pour autant qu'elle soit originale et innovante, soulève des difficultés. En effet, les auteurs se trouvent dépossédés de leurs œuvres dans la mesure où les œuvres publiées sur internet sont cédées automatiquement aux sociétés de gestion qui sont seules habilitées à conclure toute convention avec les moteurs de recherches. Ce mécanisme n'est pas totalement inconnu en droit d'auteur car la seconde moitié du 20^e siècle a vu la montée en puissance de ces mécanismes de perception des droits à cause de la complexification croissante de la collecte des droits. Les sociétés de gestion collectives sont ainsi passées d'une place secondaire avec la loi de 1957 à une place de premier rang avec la loi du 3 juillet 1985¹⁵⁹⁰. Le droit français connaît désormais des mécanismes de licences obligatoires lorsque la gestion individuelle des droits s'avère complexe¹⁵⁹¹. Les articles L. 132-20-1 et L. 217-2 du Code de la propriété intellectuelle ont ainsi instauré une licence obligatoire pour le droit de retransmission par câble, simultanée, intégrale et sans changement sur le territoire national d'une œuvre télédiffusée à partir d'un État membre de l'Union Européenne. Ce type de diffusion ne peut ainsi être effectué que par une société de gestion collective. Il s'agit cependant de domaines limitativement énumérés. La proposition du Sénateur introduirait en revanche une licence obligatoire dont l'étendue s'avérerait sans précédent. En effet, la licence obligatoire des droits de retransmission est limitée car les droits dont sont cessionnaires les entreprises de communication audiovisuelle sont exclus¹⁵⁹². Cette cession obligatoire risque donc de ne pas passer un contrôle de constitutionnalité ou de conventionalité. En effet, l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen énonce que le droit de propriété - qui inclut le droit d'auteur - constitue un droit imprescriptible.

¹⁵⁹⁰ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, 884.

¹⁵⁹¹ Lamy Droit des Médias et de la Communication, « *Principe de gestion collective obligatoire* », 121-93.

¹⁵⁹² L. 132-20-1 du Code de la propriété intellectuelle.

907. Un projet ciblé n'a donc pas vu le jour. Le législateur a cependant fini par s'emparer du problème dans la loi du 7 juillet 2016¹⁵⁹³ relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

II) La loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine

908. La situation n'a donc pas beaucoup avancé et les auteurs se trouvaient démunis face à l'utilisation de leurs œuvres. Le Congrès américain ne s'est pas saisi de cette question mais le législateur français s'est finalement décidé à offrir un mécanisme de rémunération pour certains auteurs dont les œuvres sont référencées. Le Parlement a ainsi renforcé la force de négociation des auteurs - qui seront représentés - alors que le droit américain les laisse avec les seules armes du droit commun des contrats.

909. Ainsi, la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine crée un nouveau Chapitre VI dans le Titre III du Livre consacré au droit d'auteur. Ce chapitre introduit des « dispositions applicables à la recherche et au référencement des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques ». Il aura donc un champ d'application limité à certaines œuvres - en violation de la théorie de l'unité de l'art¹⁵⁹⁴ - mais constitue un véritable progrès pour les auteurs concernés en ce qu'il oblige les « services automatisés de référencement d'images » - c'est à dire tout service de communication au public en ligne dans le cadre duquel sont reproduites et mises à la disposition du public, à des fins d'indexation et de référencement des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques collectées de manière automatisée à partir de services de communication au public en ligne¹⁵⁹⁵ - à rémunérer les auteurs. Les créateurs automatiques de liens tels que Google qui proposent des murs d'images seront donc tenus de rémunérer les auteurs lorsqu'ils référencent leurs œuvres.

¹⁵⁹³ LOI n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (1).

¹⁵⁹⁴ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, 74 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, 90-94.

¹⁵⁹⁵ Article L. 136-1 du Code de la propriété intellectuelle.

910. Le législateur a ainsi introduit un mécanisme de mise en gestion des droits de reproduction et de représentation par une société agréée par le ministre chargé de la culture¹⁵⁹⁶. Les sociétés de gestion seront les seules habilitées à conclure des conventions avec les exploitants de services automatisés - c'est à dire les créateurs automatiques de liens. La rémunération sera calculée sur les « recettes de l'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement ». Il sera donc fait application du mécanisme déjà connu en droit d'auteur¹⁵⁹⁷ et repris en grande partie de la proposition du Sénateur Marini¹⁵⁹⁸.

911. Les parties sont incitées à trouver seules des accords car, à défaut, l'État s'en chargerait par l'intermédiaire d'un représentant qui organiserait une commission au sein de laquelle siègerait en nombre égal des représentants des sociétés agréées et des exploitants des services automatisés de référencement d'images¹⁵⁹⁹. Cette méthode fait penser à celle adoptée par le gouvernement pour obtenir un accord entre les entreprises de presse et la société Google¹⁶⁰⁰ et que Jean Zay avait suggérée¹⁶⁰¹. L'auto-gestion reste donc contrôlée en France. Cette approche peut surprendre étant donné qu'elle limite *de facto* la liberté de contracter car les parties ont obligation de conclure une convention.

912. Les conventions conclues entre les sociétés de gestion et les exploitants de services automatisés ne pourront durer plus de 5 ans¹⁶⁰². La durée de protection proposée dans le projet de l'IPG¹⁶⁰³ a donc été reprise par le législateur. Cette limitation n'a aucune considération pour la vie commerciale d'une œuvre et il nous semble inacceptable qu'un moteur de recherche bénéficie de l'intégralité de la création de richesse due à une œuvre graphique au-delà du délai de 5 ans. L'auteur doit être associé à cette réussite d'autant que sa rémunération ne devrait pas limiter le référencement ni l'accès à l'œuvre.

¹⁵⁹⁶ Article L. 136-2-I du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁵⁹⁷ P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 499.

¹⁵⁹⁸ Proposition de loi instaurant la gestion collective des droits de reproduction et de représentation d'une œuvre d'art graphique, plastique ou photographique par un service de moteur de recherche et de référencement, 8 avril 2014, présentée au Sénat par le Sénateur P. MARINI, n°428.

¹⁵⁹⁹ Article L. 136-4-II du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁰⁰ Présidence de la République, « *Déclarations conjoints à l'issue de la signature de l'accord avec Google* », 1^{er} février 2013, p. 5, accessible à <http://www.elysee.fr/declarations/article/declarations-conjointes-a-l-issu-de-la-signature-de-l-accord-avec-google/> (dernier accès : 15/10/2014).

¹⁶⁰¹ Article 36 du projet de loi sur le droit d'auteur et le droit d'édition déposé par J. ZAY, 1936.

¹⁶⁰² Article L. 136-4-I du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁰³ IPG, « *Projet de proposition de loi de l'association IPG - Droits voisins pour les organismes de presse* », 2012, accessible à <http://www.fnps.fr/Public/Article/File/lettre%20info/2012/septembre/106565372-Projet-de-proposition-de-loi-sur-les-droits-voisins-pour-les-organismes-de-presse.pdf> (dernier accès: 19/02/2016).

913. Malgré l'imperfection du système français il s'avère plus protecteur que le droit américain. Il est impossible d'analyser les conditions auxquels les ayants droit concluent des conventions de rémunération avec les créateurs automatiques de liens car les sociétés de gestion des droits de *copyright* signent des clauses de confidentialité les empêchant de divulguer les contenus des accords¹⁶⁰⁴. Or, ce type de clauses de confidentialité joue en défaveur des auteurs. En effet, en l'absence de transparence sur les prix du marché pour les auteurs, il leur est impossible de déterminer le meilleur prix qu'ils pourraient obtenir. Ces clauses de confidentialité devraient donc être déclarées nulles afin d'assurer une plus grande transparence et donc un meilleur fonctionnement du marché. Cela éviterait sans doute que dans de nombreux cas les auteurs ne perçoivent que l'équivalent de 40 dollars américains pour un million de visualisations de leurs œuvres¹⁶⁰⁵. Les auteurs devraient pouvoir obtenir un montant environ 25% supérieur¹⁶⁰⁶. Une meilleure transparence - telle que prévue à l'article 14¹⁶⁰⁷ du projet de directive européenne - permettrait également d'avoir connaissance de la répartition des revenus entre les sociétés de gestion de droits et les auteurs.

914. Il n'est de toute façon pas question de laisser le financement de la culture au seul marché et à ses rares mécanismes de compensation des dysfonctionnements. La culture n'est pas traditionnellement financée que par le public mais également par d'autres sources telles que le mécénat et les aides publiques. Il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau car certaines œuvres, et notamment les journaux, se rémunèrent depuis le début du 20^e siècle grâce aux publicités ainsi qu'à la vente¹⁶⁰⁸. Il n'en reste pas moins que l'introduction d'un droit opposable aux créateurs de liens professionnels permettrait d'assurer non seulement une situation équitable et de trouver une autre source de revenus qui participerait de la stimulation de la création et de l'indépendance des entreprises de presse. En effet, bien que les échanges assurent sans aucun doute la stimulation de la création, la diminution des revenus dans le secteur culturel a été à l'origine d'une baisse du nombre d'auteurs¹⁶⁰⁹. Il est donc nécessaire

¹⁶⁰⁴ H. LINDVALL, « *Youtube videos make people money, but songwriters rarely see any of it* », The Guardian, 13 novembre 2012, accessible à : <http://www.theguardian.com/media/2012/nov/13/youtube-songwriters-payment-copyrights> (dernier accès: 13/02/2016).

¹⁶⁰⁵ H. LINDVALL, « *Youtube videos make people money, but songwriters rarely see any of it* », *ibidem*.

¹⁶⁰⁶ H. LINDVALL, « *Youtube videos make people money, but songwriters rarely see any of it* », *ibidem*.

¹⁶⁰⁷ Article 14 de la *Directive Of The European Parliament And Of The Council On Copyright In The Digital Single Market*, COM(2016 593), 14 septembre 2016.

¹⁶⁰⁸ S. NAVAS NAVARRO, « *Periódicos digitales y agregadores de contenido informativo en España* », RIDA, octobre 2015, 246, p. 83.

¹⁶⁰⁹ J. LIU, « *Copyright for Blockheads* », 38 Colum. J.L. & Arts 467, 2015.

d'établir un nouvel équilibre plus favorable aux auteurs respectueux de la liberté d'entreprendre des créateurs de liens.

Chapitre 2 : Liberté d'entreprendre et liberté de lier

915. Les droits français et américain partagent le principe général de la responsabilité personnelle¹⁶¹⁰. Il aurait du s'en suivre que les créateurs de liens, lorsqu'ils ne sont pas à l'origine d'une contrefaçon, ne devraient pas pouvoir engager leur responsabilité pour les faits de tiers étant donné qu'ils ne participent pas directement à la contrefaçon. Néanmoins, le droit français engage la responsabilité des créateurs de liens s'ils mènent vers une contrefaçon - indépendamment de la conscience de la présence d'une contrefaçon sur la page liée - et le droit américain condamnera les créateurs de liens coupables de *secondary infringement*. La responsabilité du fait personnelle est donc comprise de façon particulièrement large.

916. Cependant, il s'avère plus efficace¹⁶¹¹ pour les titulaires de droit d'engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens. Ils sont en effet plus faciles à trouver et sont généralement plus solvables que les contrefacteurs directs. Le besoin s'est donc fait sentir d'engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens afin de lutter en amont contre la contrefaçon sur internet et les ayants droit ont cherché à engager la responsabilité des prestataires de service sur internet. La jurisprudence qui se dégageait en matière de responsabilité des intermédiaires de l'internet suite à ce constat a été jugée par les entrepreneurs comme dissuasive pour l'innovation¹⁶¹². Certaines décisions ont défrayé la chronique à cause de la responsabilité qu'ils imposaient à des prestataires de services pour les contrefaçons placées sur leurs réseaux par des tiers.

917. En effet, les deux droits appliquaient les règles de la responsabilité civile de droit commun aux prestataires de service avant l'entrée en vigueur du DMCA et de la LCEN. Ainsi, des hébergeurs ont été condamnés par des juges français, notamment dans les affaires Estelle Halliday¹⁶¹³ et Multimania Production¹⁶¹⁴, à indemniser les demandeurs sur le

¹⁶¹⁰ France : article 1382 du Code civil ; P. BRUN, « *Responsabilité du fait personnel* », Répertoire de droit civil, juin 2016.

Etats-Unis : D.A. WENNER, « *The 'personal responsibility' bias* », 3 Litigating Tort Cases §35 :18, décembre 2015.

¹⁶¹¹ C. CASTETS-RENARD, « *Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet* », D. 2012, p. 827.

¹⁶¹² M.A. CARRIER, « *Copyright and Innovation : The Untold Story* », 2012, 2012 Wis. L. Rev. 891, 895.

¹⁶¹³ CA Paris, 10 février 1999, Estelle Hallyday c. Valentin Lacambre, JCP 1999, éd. G, II.10101, note

fondement des articles 1382¹⁶¹⁵ et 1383¹⁶¹⁶ du Code civil. La jurisprudence américaine n'a pas eu l'occasion de condamner des prestataires de service dans les années 1990 mais les juges auraient appliqué les principes de la *secondary liability*. Ils auraient ainsi condamné pour *vicarious liability* dès lors que le créateur de lien tire un profit¹⁶¹⁷ et pour *contributory liability* si la contrefaçon est commise en connaissance de cause. Il aurait donc été possible d'engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens dans des conditions, certes plus restrictives qu'en droit français étant donné que ce n'était pas la simple présence d'une contrefaçon qui permettait d'engager la responsabilité du prestataire de service, mais dans des conditions restant faciles à réunir. Les prestataires de services sur internet étaient donc tenus en France et aux États-Unis de respecter le régime de droit commun de la responsabilité civile sans prise en considération de leur manque de contrôle sur les contenus circulant sur leurs réseaux. L'hébergeur était ainsi tenu d'une « obligation générale de prudence et de diligence¹⁶¹⁸ ». Le droit français s'avérait particulièrement dangereux pour les prestataires de service qui risquaient de ne pas développer leurs services.

918. Contrairement à l'idée répandue selon laquelle les pays de *Common Law* résolvent les problèmes juridiques par la jurisprudence alors que les pays de *Civil Law* se tournent vers le législateur, le premier effort d'adaptation français a été l'œuvre de la jurisprudence alors que les États-Unis ont immédiatement réfléchi à une loi nouvelle.

919. En effet, se rendant compte de cette difficulté, la Cour d'appel de Versailles¹⁶¹⁹ a retenu que les hébergeurs ne sont tenus que d'une obligation de moyens et qu'ils n'ont pas l'obligation de procéder à « un examen général et systématique des contenus des sites hébergés ». Les hébergeurs n'étaient donc plus tenus d'une obligation générale de prudence et de diligence sur chaque site mais d'une obligation de moyens de déceler les contrefaçons. La

F. Olivier et E. Barbry ; D 1999.389 ; , note M. Mallet-Poujol ; Expertises n° 207, avril 1999, p. 105, obs. J. Heslout, et étude N. Courtier, ibid., p. 91 ; Dalloz Affaires 1999, p. 638 et 658, étude D. Goldstein, et étude X. Buffet Delmas et A. Sahal ; Légipresse n° 160.III, p. 52 : photographies d'un célèbre mannequin dénudé publiées sans son autorisation.

¹⁶¹⁴ CA Versailles, 8 juin 2000, 12^e ch., 1^e sect., SA Multimania Production v. Mme L, n°2000-1481.

¹⁶¹⁵ Article 1240 nouveau du Code civil.

¹⁶¹⁶ Article 1241 du Code civil.

¹⁶¹⁷ *Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co.*, 36 F. 2d 354 (7th Cir. 1929).

¹⁶¹⁸ TGI Nanterre, 1^e ch., 8 décembre 1999, Linda Lacoste c. sté Multimania, Légipresse, 2000, n°169, III, p. 40, note B. ADER.

¹⁶¹⁹ CA Versailles, 8 juin 2000, Société Multimania Production c. L. Heineman épouse Lacoste et autres, Légipresse n°174-III, p. 140, note C. ROJINSKY.

solution de la Cour d'appel semble avoir été influencée par les débats parlementaires tant français qu'européens¹⁶²⁰.

920. Les Etats-Unis n'ont pas connu de période intermédiaire marquant une adaptation progressive du droit par la jurisprudence - car les juridictions n'ont pas été saisies de la question - et ont directement voté une loi. Le *Digital Millenium Copyright Act* a ainsi créé plusieurs *safe harbors* - dont un pour les créateurs automatiques de liens¹⁶²¹ - dès lors qu'ils se limitent à un rôle d'intermédiaire. Le DMCA a par conséquent introduit un principe de neutralité¹⁶²² des créateurs automatiques de liens leur permettant de ne pas engager leur responsabilité dès lors qu'une contrefaçon se trouve sur leur réseau. Ce recours à l'intention s'avérait pertinent aux Etats-Unis étant donné que l'arrêt *Netcom*¹⁶²³ avait déjà fondé sa décision sur le critère de la *volition*. Le critère de volonté n'est pas constitutif de la contrefaçon mais du régime de responsabilité.

921. Les deux droits avaient donc évolué face aux spécificités de la responsabilité des créateurs automatiques de liens. Néanmoins, la position du droit français telle que déterminée par la Cour d'appel de Versailles - qui ne constituait peut-être pas la position du droit français en l'absence de saisine de la Cour de cassation - ne s'avérait pas satisfaisante à cause du manque de sécurité offerte aux prestataires de service. Le législateur français a réagi avec la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi Léotard¹⁶²⁴ relative à la liberté de communication. Elle permettait d'engager la responsabilité des hébergeurs dès lors qu'ils étaient saisis par un tiers et qu'ils ne procédaient pas aux diligences appropriées. Il en allait de même si le prestataire de service était saisi par une autorité judiciaire et qu'il n'agissait pas promptement. Les hébergeurs étaient donc exempts de toute obligation de surveillance des contenus sur l'internet et leur responsabilité ne pouvait être engagée qu'en cas d'inertie à la suite de la réception d'une notification¹⁶²⁵. Le régime français ressemblait à celui introduit aux Etats-Unis par le DMCA.

¹⁶²⁰ Lamy droit des médias et de la communication, t. 2, mai 2015, 464-71.

¹⁶²¹ 17 U.S.C. 512(d).

¹⁶²² J.D. LIPTON, « *Solving The Digital Piracy Puzzle : Disaggregating Fair Use From the DMCA's Anti-Device Provisions* », 19 Harv. J.L. & Tech. 11, automne 2005, 129.

¹⁶²³ *Religious Tech. Ctr. v. Netcom*, 907 F. Supp. 1361, 1995 U.S. Dist. LEXIS 18173, 37 U.S.P.Q.2D (BNA) 1545, Copy. L. Rep. (CCH) P27,500, 24 Media L. Rep. 1097 (N.D. Cal. 1995).

¹⁶²⁴ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

¹⁶²⁵ D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, « *Droit de la communication* », 2011, PUF, 2^e édition, p. 544.

922. Le Conseil Constitutionnel a cependant censuré partiellement la loi du 1^{er} août 2000 dans une décision du 27 juillet 2000¹⁶²⁶. En effet, le législateur s'était abstenu de préciser les conditions de forme de la saisine des hébergeurs et n'a pas suffisamment précisé les caractéristiques du comportement fautif. Les Sages ont dès lors considéré que le principe de la légalité des délits et des peines avait été violé. Le droit français se trouvait par conséquent, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2000, plus protecteur des intérêts des hébergeurs que le droit américain étant donné que les hébergeurs ne pouvaient pas engager leur responsabilité pour le stockage de contenus illicites. Le législateur français n'a en effet pas jugé bon de revenir sur la disposition censurée par le Conseil Constitutionnel. Le laxisme du législateur ainsi que le marketing des intermédiaires techniques de l'internet ont ainsi permis l'émergence d'une culture du piratage dont la France a encore du mal à se défaire.

923. Le droit français marquait un retard dans l'appréhension des défis posés par l'internet non seulement par rapport au droit américain - qui avait déjà adopté une solution plus équilibrée - mais également face à d'autres pays européens comme l'Espagne¹⁶²⁷. Face à la cacophonie européenne et au retard que le secteur numérique commençait déjà à accuser sur le Vieux Continent, la Commission Européenne s'est saisie de la question et a fait voter la directive e-commerce¹⁶²⁸ qui s'inspire très largement du DMCA américain¹⁶²⁹. Le droit européen¹⁶³⁰ se place dans le sillage du DMCA¹⁶³¹ dans la mesure où les deux partagent l'objectif d'inciter le développement des prestataires de service. Le recours au droit américain est plus le fruit d'un occidentalocentrisme que d'un véritable travail comparatiste international car le DMCA est particulièrement complexe. Le législateur européen aurait pu s'inspirer de la loi indienne¹⁶³² qui adopte un régime unique de responsabilité des *service providers* et qui s'avère plus accessible et plus facile à comprendre pour les internautes.

¹⁶²⁶ Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000.

¹⁶²⁷ *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.*

¹⁶²⁸ Directive 2000/31/CE.

¹⁶²⁹ P. GAUDRAT, « *Le droit d'auteur au lendemain de la transposition* », RTD Com. 2007, p. 107.

¹⁶³⁰ M. CLÉMENT-FONTAINE, « *De la contrainte à la coopération : l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques* », in *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, vol. 1, p. 3.

¹⁶³¹ S. Rep. No. 105-190, at 1-2 (1998).

¹⁶³² Section 79 du Information Technology Act 2000.

924. Malgré cette harmonisation sur le modèle américain, l'Union Européenne n'a pas pris position sur le régime applicable aux créateurs automatiques de liens alors que la section 512(d) du *Copyright Act* lui prévoit un régime spécifique. Il semble que la Commission n'ait pas voulu s'attaquer à cette question alors même qu'elle était fondamentale pour le développement de l'internet. La tâche a donc incombé à la CJUE de déterminer le régime juridique applicable. Elle a ainsi étendu les règles des hébergeurs aux créateurs automatiques de liens¹⁶³³. Cette solution converge vers le droit américain où le régime des créateurs automatiques de liens est très similaire à celui des hébergeurs¹⁶³⁴. Les règles de la LCEN - qui introduit en droit français les dispositions de la directive e-commerce - relatives aux hébergeurs ont donc vocation à s'appliquer aux créateurs de liens automatiques en France. Les droits américain, européen et français n'ont donc pris en compte que la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens et n'ont pas introduit de régime de responsabilité *ad hoc* des créateurs manuels de liens.

925. Cette confusion partielle en droit américain et totale en droit français est sans doute critiquable. En effet, l'hébergeur reste passif lors de la collecte de données - bien qu'il puisse établir des mesures de contrôles des contenus - alors que les créateurs automatiques de liens vont chercher les contenus. Il est certes vrai que dans les deux cas les processus sont automatisés et qu'il n'y a pas de contrôle humain direct. Les algorithmes sont programmés et peuvent donc en partie lutter contre les contrefaçons. Certains algorithmes ont désormais la possibilité d'apprendre par eux-mêmes et ils ont pu prévoir la solution d'affaires concernant les droits de l'Homme dans 79% des cas¹⁶³⁵. Un pourcentage d'erreur de seulement 21% est certes prometteur mais il reste encore trop élevé pour être pleinement satisfaisant. Il nous semble néanmoins possible de demander aux créateurs automatiques de liens de recourir à ce type de mécanismes pour la protection des droits d'auteur et de contrôler humainement les cas où les algorithmes détecteront des contrefaçons afin de ne pas supprimer indument des liens. Il restera des liens menant vers des contrefaçons contre lesquels les auteurs pourront lutter

¹⁶³³ CJUE, 23 mars 2010, Google Inc. c/ Louis Vuitton, aff. C-236/08 à C-238/08, points 109 à 120.

¹⁶³⁴ Les deux régimes sont tellement similaires qu'une partie de la doctrine les étudie concomitamment. Voir notamment T.E. REESE, « *Comment: wading through the muddy waters: the courts' misapplication of section 512(c) of the digital millennium Copyright Act* », 34 sw. u. l. rev. 287.

¹⁶³⁵ D. CASSENS WEISS, « *Artificial Intelligence Predicted Case Outcomes With 79% Accuracy By Analyzing Fact Portrayal* », ABA Journal, 25 octobre 2016, accessible à http://www.abajournal.com/news/article/artificial_intelligence_predicted_case_outcomes_with_79_percent_accuracy_by (dernier accès: 26/20/2016).

dans le cadre des dispositions du DMCA et de la directive e-commerce, c'est à dire par l'envoi d'une notification. Il n'est pas évident que ce principe doive être étendu aux hébergeurs étant donné qu'ils jouent un rôle techniquement passif. Cette proposition de distinction n'est pas à l'ordre du jour ni en Europe ni aux Etats-Unis.

926. Les systèmes américain et européen ont donc introduit des régimes tendant à assurer un équilibre entre les intérêts des auteurs, des créateurs de liens et du public. Il n'est en effet pas apparu souhaitable de favoriser uniquement l'un des trois acteurs car la société dans son intégralité en souffrirait. Les législateurs ont donc introduit des systèmes permettant de ne circonscrire que de façon limitée les droits des auteurs, de limiter le moins possible la liberté d'entreprendre des entrepreneurs du web et en assurant le meilleur accès possible aux contenus pour le public. Il devait en résulter un accès facilité à la culture, mais aussi une stimulation de la croissance.

927. Il est ainsi apparu pertinent d'engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens lorsqu'ils ont connaissance de la présence d'une contrefaçon (Section 1) et lorsqu'ils sont en mesure de contrôler la page contenant la contrefaçon (Section 2). Les législateurs américain et européen ne s'étant intéressés qu'à la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens nous renvoyons aux développements précédents sur le régime juridique qui leur sera applicable. Celui-ci ne constitue pas le résultat d'une balance des intérêts entre le droit d'auteur et la liberté d'entreprendre des créateurs de liens.

Section 1 : La connaissance et le renforcement de la limite de la liberté d'entreprendre

928. La connaissance constitue l'une des principales difficultés auxquelles le genre humain est confronté. La tradition chrétienne veut que l'accès à la connaissance soit à l'origine de l'arrivée des êtres humains sur terre et de l'application de la première sanction divine. Sa quête a inspiré Hamlet de Shakespeare, la trilogie de Dante ou encore Frankenstein de Marie Shelley. Tantôt positive, tantôt négative, elle est à la source d'un parcours intérieur de l'individu vers le bien ou le mal. La connaissance est ainsi traditionnellement source de responsabilité dans la tradition occidentale, à tel point que les régimes de responsabilité de plein droit constituent des exceptions. Les législateurs américain et européen contemporains

se sont inscrits dans cette dynamique qu'ils ont étendue aux propriétaires des algorithmes créateurs automatiques de liens.

929. Ainsi, la section 512(d) du *Copyright Act* dispose que les créateurs automatiques de liens n'engagent pas leur responsabilité s'ils n'ont pas de *actual knowledge* et qu'ils n'ont pas connaissance de faits ou de circonstances laissant penser qu'une contrefaçon est référencée. L'article 14 de la directive e-commerce se place dans le sillage de la règle américaine en écartant la responsabilité des hébergeurs lorsqu'ils n'ont pas connaissance de « l'activité ou de l'information illicites » ni de « faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ».

930. Les droits américain et européen engagent par conséquent la responsabilité des hébergeurs et des créateurs automatiques de liens lorsqu'ils ont connaissance de la présence d'un contenu contrefaisant (Sous-Section 1).

931. Néanmoins, étant donné que la preuve de la connaissance est diabolique - c'est à dire particulièrement difficile à apporter - le Congrès américain et le Parlement européen ont décidé d'écarter les régimes de limitation de la responsabilité lorsque la connaissance est supposée (Sous-Section 2).

Sous-section 1 : La connaissance effective

932. L'avènement de l'internet a confronté les régimes juridiques français et américain à la difficulté d'opposer des règles à des algorithmes qui sont certes créés par des êtres humains, mais qui s'avèrent largement indépendants et inconscients. Si le critère de la conscience - et donc de la connaissance du monde - avait irrigué le droit¹⁶³⁶, la volonté politique d'imposer aux agents des conduites prudentes ainsi que les défis posés par les nouvelles technologies ont obligé à revoir ce paradigme.

¹⁶³⁶ France : M. BENILLOUCHE, « *La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction* », RSC 2005, p. 529.
Etats-Unis : F. BOWES SAYRE, « *Mens Rea* », 45 Harv. L. Rev. 974, avril 1932.

933. Les législateurs américain et français de la fin du 18^e siècle ont abordé différemment la question de la connaissance de la présence d'une contrefaçon. Pour le Congrès américain, il s'agissait déjà d'une condition *sine qua non* de la responsabilité de l'entité à l'origine de la dissémination des œuvres¹⁶³⁷ dès la première loi de 1790. Le législateur français s'est en revanche montré plus ferme en écartant le critère de l'absence de connaissance comme excuse à la contrefaçon. En effet, la loi de 1793 sur le droit de reproduction en France avait établi un régime de responsabilité de plein droit. Le droit français visait donc à imposer aux agents une obligation de contrôle supérieure à celle en vigueur aux Etats-Unis. Les auteurs bénéficiaient ainsi d'un système structurellement plus protecteur en France qu'aux États-Unis.

934. Le droit américain a par la suite évolué et a adopté un paradigme similaire à celui français en retenant que le *Copyright Act* est un régime de responsabilité de plein droit¹⁶³⁸. Le droit américain maintenait cependant le concept de *contributory liability* qui permet de ne pas engager la responsabilité d'un éditeur dès lors qu'il n'avait pas connaissance de la présence d'une contrefaçon¹⁶³⁹. En dehors de cette exception, la question de la connaissance se trouvait largement écartée dans les deux droits, ce qui facilitait les débats et abrégait ainsi les procédures. Les auteurs se trouvaient par conséquent mieux protégés qu'à la fin du 18^e siècle.

935. L'introduction du critère de la connaissance du caractère contrefaisant de l'œuvre constitue donc un retour partiel aux origines du *copyright* aux Etats-Unis alors qu'il s'agit d'un changement de paradigme pour le droit français. Ce changement complet de perspective en France n'a pas vocation à être rejeté *a priori*. En effet, l'approche française pouvait encore se justifier à une époque où les libraires étaient en mesure de contrôler - même si cela pouvait s'avérer complexe - la licéité des reproductions qu'ils vendaient. L'avènement du numérique et sa structure décentralisée empêchant tout contrôle similaire à celui exercé par le libraire

¹⁶³⁷ *Copyright Act* de 1790 : « *knowing the same to be so printed, reprinted, or imported, shall publish, sell, or expose to sale, or cause to be published, sold or exposed to sale, any copy of such map, chart, book or books, without such consent first had and obtained in writing as aforesaid, then such offender or offenders shall forfeit all and every sheets, being part of the same, or either of them, to the author or proprietor of such map, chat, book or books, who shall forthwith destroy the same* ».

¹⁶³⁸ France : Civ. 1^e, 29 mai 2001 et 26 juin 2001, Prop. intell. 2001, p. 71, obs. Sirinelli ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, « Droit d'auteur et droits voisins », Dalloz, 3^e édition, 2016, 1057. Etats-Unis : D.S. CIOLINO, E.A. DONELON, « *Questioning Strict Liability in Copyright* », 54 Rutgers L. Rev. 351, hiver 2002 ; S. HETCHER, « *The Immorality of Strict Liability in Copyright* », 17 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, hiver 2013.

¹⁶³⁹ C.A. GROSSMAN, « *From Sony To Grokster, The Failure Of The Copyright Doctrines Of Contributory Infringement And Vicarious Liability To Resolve The War Between Content And Destructive Technologies* », 53 Buff. L. Rev. 141, hiver 2005, 152.

obligeaient à modifier le régime de responsabilité. Ce n'est donc pas la constitution de la contrefaçon que les deux droits viennent modifier par le recours au critère de l'intention, mais bien le régime de responsabilité.

936. Les droits américain et français ont par conséquent convergé sur le principe de l'engagement de la responsabilité des créateurs automatiques de liens lorsqu'ils ont connaissance de la présence d'une contrefaçon (Paragraphe 1) et lorsqu'ils incitent à violer le droit d'auteur ou le *copyright* (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les critères de la connaissance

937. Le critère de la connaissance a été paradoxalement peu étudié et conceptualisé dans les branches du droit autres que le droit pénal moderne. En la matière, Beccaria a affirmé que l'absence d'élément moral ne permet pas en soi d'écarter la responsabilité pénale¹⁶⁴⁰, mais que l'intention de commettre une infraction suffit à opposer une sanction pénale¹⁶⁴¹. L'élément moral est dès lors l'un des éléments constitutifs de l'infraction pénale¹⁶⁴², ce qui n'était pas le principe avant l'auteur italien. L'élément moral s'applique par principe aux infractions pénales, et ce n'est que par une disposition expresse que le législateur pourra opposer une infraction pénale en l'absence d'élément intentionnel. Cette règle a vocation à s'appliquer à toutes les branches du droit pénal et notamment aux sanctions relatives à la contrefaçon. Étant donné que le droit américain, à la différence du droit français¹⁶⁴³, n'a adopté qu'un système répressif limité¹⁶⁴⁴, l'élément moral n'aura que rarement l'occasion de s'appliquer aux Etats-Unis.

938. Les deux droits¹⁶⁴⁵ convergent en revanche sur l'indifférence de l'élément moral en matière civile. Les responsabilités civiles jouent ainsi le rôle de garantie des auteurs victimes

¹⁶⁴⁰ C. BECCARIA, « *Dei delitti e delle pene* », 1764, chapitre 7.

¹⁶⁴¹ C. BECCARIA, *ibidem.*, chapitre 37.

¹⁶⁴² France : M. BENILLOUCHE, « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction », RSC 2005, p. 529.

Etats-Unis : F. BOWES SAYRE, « *Mens Rea* », 45 Harv. L. Rev. 974, avril 1932.

¹⁶⁴³ Articles L. 335-1 à L. 335-12 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁴⁴ 18 U.S.C. §2319.

¹⁶⁴⁵ France : F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 1765.

de contrefaçons - dans la mesure où elles leur permettent d'obtenir une indemnisation - sans prise en considération de l'intention de la personne à l'origine de la contrefaçon. Cependant, le DMCA et la directive e-commerce ont introduit le critère de la connaissance dans le régime de responsabilité des créateurs automatiques de liens - et non pas au stade de la détermination de l'existence de la contrefaçon. Il y a donc une montée en puissance de l'élément moral dans les régimes de responsabilité depuis Beccaria qui a connu un renouveau avec le développement des prestataires techniques sur internet.

939. Les spécificités de la connaissance par des algorithmes a souligné les limites de cette division classique. Les droits américain puis européen ont par conséquent convergé sur le principe de la responsabilité du créateur de lien qui pourra être engagée en fonction de sa connaissance (I) et de son niveau d'implication (II).

I) La connaissance du créateur de lien

940. La convention de Berne et le traité de l'OMC n'ont pas adopté de mesures relatives à la connaissance de l'acte contrefaisant. Il n'y a donc pas eu d'harmonisation internationale sur cette question. Le droit international du droit d'auteur n'était donc pas prêt à la réception des contrefaçons commises par des algorithmes.

941. Il y a eu une divergence initiale forte entre les droits français et américain. La jurisprudence américaine a été la première à retenir que l'absence de connaissance de la présence d'une contrefaçon permet d'écarter la responsabilité du *service provider*. Cela lui a permis de pallier à la faiblesse que le régime de *secondary liability* présentait lorsqu'il trouvait à s'appliquer aux créateurs automatiques de liens de bonne foi. En effet, l'arrêt Netcom¹⁶⁴⁶ a retenu en 1995 qu'il est nécessaire que la contrefaçon soit le résultat d'un élément même limité de volonté. Le droit français ne se souciait même pas d'une quelconque responsabilité du fait d'autrui sur le modèle de l'arrêt Costedoat et appliquait la responsabilité

Etats-Unis : D.S. CIOLINO, E.A. DONELON, « *Questioning Strict Liability in Copyright* », 54 Rutgers L. Rev. 351, hiver 2002 ; S. HETCHER, « *The Immorality of Strict Liability in Copyright* », 17 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, hiver 2013.

¹⁶⁴⁶ *Religious Tech. Ctr. v. Netcom*, 907 F. Supp. 1361, 1995 U.S. Dist. LEXIS 18173, 37 U.S.P.Q.2D (BNA) 1545, Copy. L. Rep. (CCH) P27,500, 24 Media L. Rep. 1097 (N.D. Cal. 1995).

du fait personnel sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. L'élément intentionnel était donc complètement indifférent en droit français. La divergence était donc importante aussi bien en terme de raisonnement que de résultat. L'arrêt Netcom a néanmoins ouvert une porte que les législateurs américain puis européen se sont empressés de franchir.

942. Le Congrès américain a en effet introduit le critère de la connaissance de la présence d'une contrefaçon à la section 512(d)(1)(A) du DMCA relative aux créateurs de liens automatiques. Le Congrès a par conséquent écarté la responsabilité des créateurs automatiques de liens dès lors qu'ils n'ont pas connaissance de la présence d'une contrefaçon sur une page liée. L'Union Européenne a suivi l'exemple américain en introduisant le critère de la connaissance pour les hébergeurs¹⁶⁴⁷ que la jurisprudence¹⁶⁴⁸ a étendu aux créateurs automatiques de liens. Le critère de l'absence de connaissance de l'article 14 de la directive e-commerce est par conséquent applicable aux créateurs automatiques de liens. Le droit européen a permis une convergence du droit français vers le droit américain.

943. La directive européenne - dont les termes sont discutés en langue anglaise - a utilisé le même terme que le législateur américain avait inscrit dans le DMCA. Les deux textes disposent en effet que le prestataire de service doit avoir une « *actual knowledge* ». La version française de la directive e-commerce, qui n'est qu'une traduction de la version originale anglaise, a traduit ce terme par la « connaissance effective ». La LCEN a repris la même expression¹⁶⁴⁹. Les trois textes se réfèrent donc *a priori* à la même notion mais ils ne la définissent pas au risque de voir se développer des solutions divergentes. En outre, le droit européen a opéré une application surprenante du principe de subsidiarité en laissant les États membres définir la connaissance¹⁶⁵⁰ qui ne participe pas de l'élaboration d'un régime cohérent et harmonisé. Étant donné qu'il s'agit d'une notion clé du régime de responsabilité des hébergeurs et des créateurs automatiques de liens, et étant donné que cette directive visait à promouvoir l'essor du secteur numérique européen, il aurait été préférable de définir cette notion et d'imposer une vision commune afin de ne pas confronter les acteurs européens à 28 régimes juridiques différents. Il s'agit d'une faiblesse du régime européen qui ne peut que

¹⁶⁴⁷ Article 14 de la directive 2000/31/CE.

¹⁶⁴⁸ CJUE, 23 mars 2010, n° C-236/08, Google France (Sté) c/ Louis Vuitton Malletier (Sté), D. 2010. 885, obs. C. Manara.

¹⁶⁴⁹ Article 6-I-2 de la LCEN.

¹⁶⁵⁰ Conseil de l'Europe, « *Déclaration sur la liberté de la communication sur l'internet* », 28 mai 2003.

freiner le développement du secteur économique, alors que les américains ne sont confrontés qu'à un seul régime juridique sur l'ensemble du pays.

944. Face à cette difficulté, le Forum des droits sur l'Internet¹⁶⁵¹ - dont les travaux n'ont qu'une valeur doctrinale - a pris position. Il a suggéré que la connaissance effective était une connaissance précise et probante permettant de croire au caractère illicite du contenu à la suite de la réception d'une notification. Cette approche s'avérait intéressante au début des années 2000 dans la mesure où elle s'avère réductrice et donc favorable aux prestataires de service. Il est ainsi nécessaire que le propriétaire de l'algorithme ait une connaissance personnelle de la présence d'un contenu illicite pour qu'il engage sa responsabilité. Cependant, cette solution n'a jamais été reprise par la jurisprudence. Le Forum des droits sur l'Internet n'a donc pas permis l'émergence d'une définition de la connaissance subjective en droit positif. La doctrine a étrangement peu abordé cette question et même l'ALAI ne s'en est pas saisie. Les juges nationaux ne disposaient donc que de peu de travaux leur permettant d'harmoniser leurs réflexions.

945. L'incertitude face au manque de définition de la notion de connaissance effective a duré plusieurs années. Néanmoins, en 2010, la jurisprudence américaine a retenu dans l'arrêt *Viacom v. Youtube*¹⁶⁵² que lorsque le législateur fait référence à la notion de *actual knowledge*, il faut y voir une connaissance subjective¹⁶⁵³. Le terme *subjective* permet de faire le départ entre les informations collectées par l'algorithme et celles connues par la personne humaine. L'arrêt ne se réfère qu'aux personnes humaines. La jurisprudence américaine a donc adopté une approche favorable aux propriétaires de *service providers*. Elle a ainsi privilégié un standard subjectif à un standard objectif¹⁶⁵⁴ qui aurait eu pour conséquence d'engager la responsabilité des créateurs de liens selon le standard de la personne raisonnable. La responsabilité des créateurs automatiques de liens aurait donc été engagée dès lors qu'une

¹⁶⁵¹ Forum des droits sur l'Internet, « *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique* », 6 février 2003, p. 108 - 337, accessible à <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000213.pdf> (dernier accès: 12/10/2016).

¹⁶⁵² *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 2012 U.S. App. LEXIS 6909, 102 U.S.P.Q.2D (BNA) 1283, Copy. L. Rep. (CCH) P30,231, 2012 WL 1130851 (2d Cir. N.Y. 2012).

¹⁶⁵³ L'arrêt se fonde notamment sur l'arrêt *United States v. Quinones*, 635 F.3d 590, 602 (2d Cir. 2011) ; S. D. RODRIGUEZ, « *Comment, Caging Careless Birds: Examining Dangers Posed by the Willful Blindness Doctrine in the War On Terror* », 30 U. Pa. J. Int'l L. 691, 718 (2008) (citing *United States v. Oppong*, 165 F. App'x 155, 163 (3d Cir. 2006); *United States v. Khorozian*, 333 F.3d 498, 508 (3d Cir. 2003); *United States v. Caminos*, 770 F.2d 361, 365 (3d Cir. 1985)).

¹⁶⁵⁴ F. FINLAY-HUNT, « *Who's Leading the Blind? Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium* », 2013 Colum. Bus. L. Rev. 906,

personne raisonnable pouvait avoir connaissance de la présence d'une contrefaçon dans la même situation. Or les algorithmes qui gèrent les informations n'étaient pas en mesure de procéder à l'examen de la même qualité qu'une personne raisonnable. Ce standard aurait eu pour conséquence d'engager trop facilement la responsabilité des créateurs automatiques de liens et les aurait incité à contrôler les pages liées et par conséquent à surveiller l'internet.

946. Malgré la pertinence du critère choisi, l'utilisation par la jurisprudence américaine du terme « *subjective* » peut être source de contresens. Il est en effet traditionnellement utilisé en droit pénal où il se réfère non pas à l'opinion arbitraire d'un individu¹⁶⁵⁵, mais à l'intention de commettre une infraction¹⁶⁵⁶, ce qui ne correspond pas au concept auquel l'arrêt Viacom se réfère. L'utilisation du terme « *subjective* » rend donc plus difficile d'accès le droit américain - en ce qu'il est à l'origine d'une confusion sur le sens - alors que les entrepreneurs ont besoin de règles facilement compréhensibles. Le régime actuel constitue par conséquent une charge pour les entreprises numériques qui devront faire face à des frais de recherches juridiques plus lourds - en demandant notamment à des juristes d'analyser la jurisprudence - que nécessaire.

947. Le raisonnement de l'arrêt Viacom v. Youtube a pourtant convaincu la jurisprudence américaine postérieure¹⁶⁵⁷ qui a repris ce raisonnement. La conséquence de cette limite à l'accès à la connaissance est que les créateurs automatiques de liens engageront généralement rarement leur responsabilité lorsqu'une contrefaçon se trouvera sur leurs réseaux. Il ne s'agit donc pas d'une solution protectrice des auteurs. En outre, le régime juridique présente le défaut d'écarter toute dimension maïeutique étant donné qu'il n'encourage pas au développement de systèmes de lutte contre la contrefaçon étant donné que les prestataires de service jouissent de régimes favorables fondés sur leur ignorance. Les agents privés n'ont pas d'incitation à créer des systèmes de lutte contre les contrefaçons alors qu'un secteur économique aurait pu se développer. Malgré les critiques, l'arrêt Viacom¹⁶⁵⁸ présente l'intérêt - à l'inverse du droit européen - de proposer une définition de la connaissance effective. Cela

¹⁶⁵⁵ K. ROSENFELD, « *Redefining the Question : Applying a Hierarchical Structure to the Mens Rea Requirement for Section 875(c)* », 29 Cardozo L. Rev. 1837, mars 2008 ; note 12.

¹⁶⁵⁶ *United States v. Twine*, 853 F.2d 676, 681 (9th Cir. 1988); *United States v. DeAndino*, 958 F.2d 146, 149 (6th Cir. 1992).

¹⁶⁵⁷ *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006, 1023 (9th Cir. 2013) ; *Capitol Records, Inc. v. MP3tunes LLC*, 48 F. Supp. 3d 703 (S.D.N.Y.) ; *Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC* 972 F.Supp. 2d 537, 543 (S.D.N.Y.) ; *Obodai v. Demand Media, Inc.*, 2012 WL 2189740 *2 (S.D.N.Y.).

¹⁶⁵⁸ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 2012 U.S. App. LEXIS 6909, 102 U.S.P.Q.2D (BNA) 1283, Copy. L. Rep. (CCH) P30,231, 2012 WL 1130851 (2d Cir. N.Y. 2012).

contribue à la sécurisation du régime juridique applicable aux créateurs de liens aux États-Unis.

948. Ce n'est qu'un an plus tard que la France s'est dotée d'une définition de la connaissance. Le Conseil Constitutionnel a précisé dans sa décision n°2004-496¹⁶⁵⁹ le critère de la connaissance. Le Conseil a ajouté au critère de la connaissance effective - qui s'avère *a priori* subjective comme aux États-Unis - une dimension objective en retenant que l'élément litigieux doit être manifestement illicite¹⁶⁶⁰. Les Sages n'ont cependant pas précisé les contours de la notion de connaissance subjective. La Cour d'appel de Paris¹⁶⁶¹ a appliqué ce raisonnement pour refuser le caractère manifestement illicite d'un contenu niant le génocide arménien¹⁶⁶². Or, étant donné qu'il est bien plus facile de déterminer qu'un contenu nie le génocide arménien que de savoir s'il est contrefaisant, il n'est pas évident que la jurisprudence retiendra la connaissance par un créateur automatique de liens du caractère manifestement illicite d'une contrefaçon. La connaissance effective de l'illicéité du contenu ne sera généralement acquise par le prestataire technique que lorsqu'un juge se sera prononcé¹⁶⁶³ ou à la suite de la réception d'une notification¹⁶⁶⁴. Cette conception restrictive permet au Conseil Constitutionnel d'adopter une solution cohérente avec sa décision¹⁶⁶⁵ relative à la loi relative à la liberté de communication¹⁶⁶⁶ où il avait censuré la loi loi du 1^{er} août 2000 car elle ne définissait pas avec une précision suffisante les critères de responsabilité des prestataires de service. De plus, le second critère relatif à la connaissance objective permet de renforcer la sécurité des créateurs automatiques de liens étant donné qu'il se cumule avec celui de la responsabilité subjective. Le droit français connaît donc un régime juridique *a priori* plus protecteur des créateurs automatiques de liens que le droit américain.

¹⁶⁵⁹ Conseil Constitutionnel, 10 juin 2004, 2004-496 DC.

¹⁶⁶⁰ Point 9.

¹⁶⁶¹ CA Paris, 11^e ch. 8 novembre 2006, Comité de défense de la cause arménienne c. S. Aydin et autre, n°05/05619, RLDI 2006/29, n°709.

¹⁶⁶² D. MELISON, « *Négation du génocide arménien : confirmation de l'irresponsabilité de l'auteur et de son hébergeur* », RLDI 2007/26, n°853.

¹⁶⁶³ Lamy droit des médias et de la communication, juin 2013, 464.94 ; Forum des droits sur l'Internet, « *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique* », 6 février 2003, p. 108, accessible à <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000213.pdf> (dernier accès: 12/10/2016).

¹⁶⁶⁴ Article 14 de la directive 2000/31/CE ; article 6-I-5 de la LCEN.

¹⁶⁶⁵ Conseil Constitutionnel, décision 2000-433, 27 juillet 2000.

¹⁶⁶⁶ Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

949. Le droit français converge donc largement vers le droit américain. Ces solutions s'avèrent protectrices des créateurs automatiques de liens et peuvent donc, dans cette mesure, être approuvées. Si la méthodologie américaine n'appelle pas de critique, il est en revanche regrettable que la définition de la connaissance effective ait été donnée par le Conseil Constitutionnel français et non pas par la Cour de Justice de l'Union Européenne. Il en résulte un éclatement des règles - et donc des standards - qui nuit à l'harmonisation du droit européen en la matière. Cette étape de convergence n'a été que temporaire car le droit américain s'est montré plus restrictif dans sa définition de la connaissance, alors qu'une partie de la doctrine française¹⁶⁶⁷ commence à remettre en cause le bien fondé de ce critère permettant de fonder le régime de responsabilité limité des créateurs automatiques de liens.

950. Le droit américain a réduit les contours de la notion de connaissance en 2013. La jurisprudence américaine¹⁶⁶⁸ a en effet adopté une lecture très restrictive de la notion de *actual knowledge* car elle l'a rejetée même lorsque le *service provider* avait reçu un email l'informant de la présence d'une contrefaçon, ce qui semble impliquer que la jurisprudence américaine adopte la solution suggérée par le Forum des Droits sur l'Internet qui recommandait de ne retenir la connaissance effective qu'à la suite de la saisine d'une autorité judiciaire¹⁶⁶⁹. Il sera donc extrêmement rare de retenir qu'un *service provider* a connaissance de la présence d'une contrefaçon. Le droit américain a par conséquent réduit les contours de la notion de *actual knowledge* de façon tellement drastique qu'il sera particulièrement rare de l'appliquer. Il devrait ainsi atteindre dans la plupart des cas le même résultat auquel le droit français en recourant à deux critères. Les droits français et américain ont donc réduit à peu de chagrin la possibilité de retenir qu'il existe une connaissance subjective, le premier en ayant recours à une approche subjective et objective, le second en établissant un seuil de connaissance particulièrement élevé.

951. Il existe néanmoins une divergence entre d'un côté les droits américain et européen et de l'autre le droit français. En effet, alors que le DMCA et la directive e-commerce

¹⁶⁶⁷ P. SIRINELLI, « Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014.

¹⁶⁶⁸ *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006, 1023 (9th Cir. 2013).

¹⁶⁶⁹ Forum des droits sur l'Internet, « Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique », 6 février 2003, p. 108, accessible à <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000213.pdf> (dernier accès: 12/10/2016) ; voir dans le même sens Lamy droit des médias et de la communication, juin 2013, 464.94.

s'intéressent à l'activité ou à l'information illicite¹⁶⁷⁰, la LCEN¹⁶⁷¹ dispose que le prestataire de service doit avoir connaissance du caractère illicite du contenu. Les réglementations américaine et européenne apparaissent dès lors plus large que la notion adoptée par la LCEN française. Il n'y a sans doute pas lieu d'accorder à ces différentes rédaction l'importance qu'elles n'ont pas. Le DMCA américain vise exclusivement le *copyright*, à la différence de la LCEN qui est d'application transversale et nécessitait par conséquent un concept englobant. La rédaction de la directive e-commerce est similaire à celle du DMCA parce qu'elle s'en inspire. Dès lors, chaque texte cible les contrefaçons en s'y référant de façon différente selon l'économie de chaque texte. Les différences seront d'autant moins importantes que le critère des modalités de connaissance permet de renforcer la sécurité des créateurs automatiques de liens.

II) Les modalités de la connaissance

952. Les régimes de responsabilité limitée introduits aux Etats-Unis et par l'Union Européenne s'avéraient sans doute pertinents au tournant du millénaire. Ils sont cependant marqués dans le temps et des voies s'élèvent des deux côtés de l'Atlantique pour moderniser leurs dispositions. Les approches sont cependant différentes. Alors que le *Copyright Office*¹⁶⁷² américain a lancé une réflexion sur le sujet en se focalisant sur les modalités de notifications, la doctrine française s'interroge sur le critère même de l'absence de connaissance. Les approches sont donc divergentes.

953. Ainsi, alors que la connaissance subjective s'analyse *in concreto* et qu'elle doit être précise¹⁶⁷³, plusieurs rapports français ont recommandé de modifier le régime de responsabilité limitée applicable aux hébergeurs et par conséquent aux créateurs de liens afin de privilégier une lecture objectivée. Le rapport Lescure sur l'« Acte II de l'exception culturelle » suggère en effet de retenir que les hébergeurs décident des algorithmes qu'ils

¹⁶⁷⁰ « *The material or activity is infringing* ».

¹⁶⁷¹ Article 6-I-2 de la LCEN.

¹⁶⁷² Copyright Office, « *Section 512 Study : Notice and Request for Public Comment* », Library of Congress, Federal Register, vol. 80, No. 251, 31 décembre 2015, 81862, accessible à <http://www.copyright.gov/fedreg/2015/80fr81862.pdf> (dernier accès: 19/08/2016).

¹⁶⁷³ *A&M Records v. Napster*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

utilisent et que cela équivaut à une intervention manuelle¹⁶⁷⁴. S'il est vrai que les algorithmes sont programmés et constituent par conséquent l'extension de l'acte humain, ils ne procèdent pas au contrôle ni à l'analyse que pourrait effectuer un préposé. Il n'y a pas lieu de considérer que le lien créé par un algorithme présente les mêmes qualités qu'un lien créé manuellement. Le rapport limite cependant cette obsolescence au champ d'application de la directive services de médias audiovisuels¹⁶⁷⁵ et non pas à celui de la directive e-commerce. Il a donc manqué d'audace. Le rapport Lescure a cependant ouvert une boîte de Pandore que d'autres auteurs se sont empressés de saisir.

954. L'étude annuelle de 2014 du Conseil d'État dite « Le numérique et les droits fondamentaux¹⁶⁷⁶ » suggérait notamment de créer une nouvelle catégorie juridique de prestataires intermédiaires qui seraient qualifiés de plateforme¹⁶⁷⁷. Elle couvrirait notamment les moteurs de recherche¹⁶⁷⁸. Cette proposition fait écho à celle des Sénateurs Béteille et Yung¹⁶⁷⁹ qui proposaient l'introduction du statut d'éditeur de services - c'est à dire une société tirant des avantages économiques de la consultation de contenus - en lui appliquant un « régime de responsabilité intermédiaire ». Les auteurs du rapport se placent dans une perspective similaire à celle d'Eschyle qui décrivait dans « Les Euménides » le passage du monde de la vengeance à celui de la responsabilité¹⁶⁸⁰ car les humains étaient en mesure de comprendre leurs actes. Il existe donc un mouvement important en France visant à modifier les régimes applicables aux prestataires de service sur internet en tendant vers une plus grande responsabilité des prestataires de service.

955. Le mouvement a muri en 2014. Cette année a en effet été marquée par une prise de conscience générale de l'importance de revoir le statut des prestataires de service. La France et les Etats-Unis ayant des intérêts divergents et des traditions divergentes en matière d'intervention étatiques les solutions proposées ont fortement divergées.

¹⁶⁷⁴ P. LESCURE, « *Mission Acte II de l'exception culturelle* », mai 2013, tome 1, p. 147.

¹⁶⁷⁵ Directive 2010/13/UE.

¹⁶⁷⁶ CE, « *Étude annuelle 2014 - Le numérique et les droits fondamentaux* », 9 septembre 2014, accessible à : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2014-Le-numerique-et-les-droits-fondamentaux> (dernier accès : 21/08/2016).

¹⁶⁷⁷ Proposition n°3.

¹⁶⁷⁸ Proposition n°6.

¹⁶⁷⁹ Sénat, commission des lois, Rapport n°296, L. BÉTEILLE, R. YUNG, « *Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007* », 9 février 2011.

¹⁶⁸⁰ P. MALAURIE, « *Droit de littérature* », éditions cujas, 1997, p. 20.

956. En France, le rapport du CSPLA de 2014¹⁶⁸¹ a opéré une synthèse de ces différents rapports et études français. Il a souligné l'affaiblissement du droit d'auteur engendré par la directive e-commerce¹⁶⁸² qu'il estime constituer l'« équivalent à une limitation au droit d'auteur¹⁶⁸³ » - alors que la directive e-commerce n'a pas vocation à modifier les contours du droit d'auteur. Il soulève à juste titre que le droit d'auteur ne s'applique sur internet que lorsque l'exception n'est pas opposable. Le rapport souligne en outre que certains prestataires de service sont devenus des acteurs puissants dans leurs domaines¹⁶⁸⁴. Rappelons que la justification du DMCA et de la directive e-commerce était l'émergence et le développement du secteur numérique. L'existence de géants du numérique rend donc caduque cette justification des régimes juridiques de responsabilité limitée. Cette situation n'est cependant pas au cœur des préoccupations américaines car ces géants sont des réussites économiques nationales que le gouvernement souhaite protéger. C'est l'une des raisons pour lesquelles il n'existe donc pas de projet visant à augmenter la responsabilité des prestataires de service.

957. Le rapport français abandonne donc l'espoir de voir l'émergence d'un secteur numérique européen en mesure de concurrencer celui américain par la seule existence d'un régime de responsabilité limitée. Cette approche est sans doute correcte car elle prend acte du fait que les géants américains ne se sont pas développés partout - alors qu'il s'agissait d'une réglementation fédérale - mais dans leur très grande majorité en Californie et plus précisément dans la *Silicon Valley*. Ainsi, plus que de lois, l'Europe doit changer sa culture entrepreneuriale et peut s'inspirer de ce qui a fait la réussite de cette région des Etats-Unis, c'est à dire une approche dynamique, indépendante, optimiste et coopérative¹⁶⁸⁵. Le droit n'a,

¹⁶⁸¹ P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, C. POURREAU, « *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014.

¹⁶⁸² P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, C. POURREAU, « *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014, p. 9.

¹⁶⁸³ P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, C. POURREAU, « *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014, p. 10.

¹⁶⁸⁴ P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, C. POURREAU, « *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014, p. 11.

¹⁶⁸⁵ J.G. HARRIS, A.E. ALTER, « *California Dreaming : What Makes Silicon Valley's Iconic IT Companies Tick ? Research Points to The Unique Culture Created and Nurtured By These High-Tech*

in fine, que peu d'influence sur l'économie tant que les agents ne saisissent pas les opportunités qui leurs sont fournies. Il y a dès lors lieu de ne pas donner trop d'importance aux considérations du mouvement *Law & Economics* qui avait profondément marqué la philosophie du DMCA et de la directive e-commerce - sans les écarter *a priori* - et de privilégier en revanche les considérations démocratiques et de justice. Cela permettrait d'augmenter la responsabilité des créateurs automatiques de liens et de mieux rémunérer les auteurs.

958. Face à l'enjeu particulier de l'équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux des prestataires de service, le rapport du CSPLA a suggéré d'extraire le droit d'auteur du champ d'application de la directive 2000/31/CE¹⁶⁸⁶. Le rapport du CSPLA propose ainsi de réviser l'article 14 de la directive e-commerce et de revoir le statut des hébergeurs étant donné qu'il leur est désormais possible d'assurer un minimum de contrôle sur les contenus circulant sur leurs réseaux.

959. Les créateurs automatiques de liens auraient ainsi l'obligation d'introduire des mécanismes conformes à l'état de l'art de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent. Il s'agirait d'une obligation de moyen de lutter contre la contrefaçon. Le rapport introduit donc une obligation de surveillance de l'internet afin de lutter contre la contrefaçon. Le paradigme actuel serait par conséquent renversé car les auteurs n'auraient plus seuls la charge de lutter contre la contrefaçon et il la partageraient avec les créateurs automatiques de liens. L'avantage de cette approche est qu'elle s'avère assez malléable et souple pour s'adapter et épouser les évolutions techniques.

960. Le critère de définition des éditeurs de service serait - dans le rapport Béteille et Yung - une « société qui retire un avantage économique direct de la consultation des contenus hébergés¹⁶⁸⁷ ». Ce critère nous paraît particulièrement intéressant car il suit la division que

Players », Accenture, accessible à <https://www.accenture.com/us-en/insight-outlook-california-dreaming-corporate-culture-silicon-valley> (dernier accès: 19/08/2016).

¹⁶⁸⁶ P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, C. POURREAU, « *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014, p. 63.

¹⁶⁸⁷ P. SIRINELLI, « *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014, p. 66.

nous avons proposée entre l'internet gratuit et celui à titre onéreux, conformément à l'idéal libertaire des Pères Fondateurs, et il anticipait la *summa divisio* proposée par l'arrêt GS Media c. Sanoma¹⁶⁸⁸ de la CJUE. Il y a ainsi lieu de n'appliquer le droit qu'avec parcimonie à l'internet gratuit alors qu'il apparaît moins impérieux de faire preuve de la même tolérance envers l'internet lucratif. Ainsi, dès lors que les créateurs automatiques de liens mènent une activité lucrative, ils ne peuvent le faire de façon parasitaire en profitant sans bourse délier des œuvres créées par autrui. Il est donc cohérent de les rapprocher du régime de responsabilité des éditeurs. L'approche nous paraît philosophiquement satisfaisante.

961. La difficulté réside dans la prise en compte des particularités des algorithmes qui ne sont pas des êtres personnes physiques et ne procèdent donc pas à des contrôles d'une qualité humaine. Nous sommes ainsi inquiets d'un possible changement de la législation actuelle en l'état de la technologie - bien que des progrès importants aient été effectués en matière d'algorithmes juridiques¹⁶⁸⁹ - car cela risquerait d'inciter les créateurs automatiques de liens à désindexer de nombreux contenus qu'ils jugeraient peu fiables voire à adopter une présomption d'illicéité des liens qui aboutirait à exclusion de toute visibilité de nombreux contenus. Le considérant 38 du projet de réforme du droit d'auteur de la Commission Européenne semble aller dans ce sens en prévoyant une obligation de conclure des licences avec les titulaires de droit. Il est évident que les moteurs de recherche profitent des contenus créés par autrui mais la responsabilisation croissante n'est peut-être pas la meilleure solution pour inciter à la création. Les auteurs peuvent bénéficier de logiciels permettant de suivre leurs œuvres sur internet - notamment par le procédé du *watermarking* - leur assurant un contrôle sur la diffusion de leurs œuvres. Il s'avère donc sans doute plus judicieux de renforcer la lutte contre la contrefaçon par les auteurs en conférant aux sociétés de gestion de droits la charge de la lutte contre la contrefaçon. Cela permettra de ne pas faire indument peser sur les auteurs la charge de la lutte contre la contrefaçon. En outre, étant donné que ces frais sont rendus nécessaires par l'activité des moteurs de recherche, ces activités pourraient être financées par les moteurs de recherche. Une telle approche permettrait d'éviter les difficultés opposées par l'insaisissabilité des revenus des sociétés du numérique en leur opposant un droit d'entrée au marché européen ou en leur facturant les coûts de surveillance

¹⁶⁸⁸ CJUE, GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV, aff. C-160/15.

¹⁶⁸⁹ D. CASSENS WEISS, « *Artificial Intelligence Predicted Case Outcomes With 79% Accuracy By Analyzing Fact Portrayal* », ABA Journal, 25 octobre 2016, accessible à http://www.abajournal.com/news/article/artificial_intelligence_predicted_case_outcomes_with_79_percent_accuracy_by (dernier accès: 26/20/2016).

du réseau lorsqu'ils s'avèrent raisonnables. Ce mécanisme ne présenterait aucun coût pour les auteurs et assurerait le développement du secteur économique de la lutte contre la contrefaçon sur internet en Europe. Cette solution ne présente *a priori* pas de risque pour l'Union Européenne car, si les moteurs de recherche américains décident de quitter les États membres, cela constituera une occasion inespérée pour les moteurs de recherche européens tels que Qwant de se développer.

962. Les projets de réforme ne sont donc peut-être pas le meilleur moyen de renforcer les intérêts des auteurs. Il nous semble ainsi que la principale urgence pour le droit européen est d'introduire, comme en droit américain, des sanctions pour l'incitation à commettre des contrefaçons.

Paragraphe 2 : L'incitation à la contrefaçon

963. L'incitation à violer les dispositions légales constitue un interdit remontant au Codex de Justinien¹⁶⁹⁰ vers la moitié du 6^e siècle. L'incitation à commettre une infraction ne peut cependant pas toujours être considérée comme une infraction en soi et peut relever de la liberté d'expression. Il y a donc une tension entre la nécessité de faire respecter l'ordre social et la protection de la valeur cardinale que constitue la liberté d'expression.

964. L'interdiction d'inciter à commettre des actes illicites s'est étendue au droit des brevets aux États-Unis¹⁶⁹¹ en 1952 et en France¹⁶⁹² en 1992. Il s'agit donc d'une théorie introduite plus précocement et plus largement aux États-Unis qu'en France. L'écart continue à se creuser car il y existe un mouvement de renforcement de ce principe en droit américain¹⁶⁹³. En effet, la jurisprudence a étendu cette notion au *copyright* dans l'arrêt Sony¹⁶⁹⁴ alors que le

¹⁶⁹⁰ Livre 47, Titre 2, Corpus Juris Civilis.

¹⁶⁹¹ 35 U.S.C. §271(b).

¹⁶⁹² Article L. 613-4 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁹³ R. M. LEPINSKAS, « *Civil Aiding and Abetting Liability in Illinois* », 87 ILL. B.J. 532, 533 (Oct. 1999).

¹⁶⁹⁴ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 U.S. LEXIS 19, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 224 U.S.P.Q. (BNA) 736, 52 U.S.L.W. 4090, 55 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (U.S. 1984).

législateur l'avait exclu lors de la réforme de 1976¹⁶⁹⁵. Cette solution a par la suite été reprise et l'arrêt *Gershwin*¹⁶⁹⁶ qui a retenu que la *contributory liability* est applicable en cas d'incitation à commettre une contrefaçon¹⁶⁹⁷. Le législateur français s'est montré frileux sur la sanction de l'incitation à commettre une contrefaçon en se contentant d'interdire l'incitation au contournement de mesures techniques efficaces¹⁶⁹⁸ avec la loi du 1^{er} août 2006. En outre, étant donné qu'il s'agit d'une disposition pénale, elle est d'interprétation stricte¹⁶⁹⁹. Cela limite son champ d'application et contraste avec la théorie américaine de *inducement* qui constitue un principe général de *tort law* - relevant du droit civil - d'application large. Il n'est dès lors pas possible d'étendre ce principe à d'autres domaines du droit d'auteur français et notamment à l'incitation à commettre des contrefaçons de droit commun par la création de liens. La lutte contre l'incitation à la contrefaçon s'avère donc extrêmement limitée en droit français alors que, paradoxalement, le droit d'auteur français confère plus de prérogatives aux ayants droit que le *copyright* américain.

965. La théorie de *inducement* a été opposée à un créateur de liens aux États-Unis. Ainsi, dans l'affaire *Grokster*¹⁷⁰⁰, le défendeur envoyait des emails contenant des liens menant vers des contrefaçons et encourageait les destinataires des courriels à s'y rendre. Le service opéré par le défendeur *Grokster* avait en outre créé un système décentralisé d'échange de fichiers afin de tenter de contourner la solution de l'arrêt *Napster*¹⁷⁰¹ qui avait sanctionné un système centralisé de mise à disposition des contrefaçons. Il a donc essayé d'attirer les anciens clients de la société *Napster*. La Cour Suprême a retenu que le tiers qui encourage les internautes à commettre des contrefaçons engage sa responsabilité pour violation du *Copyright Act*. Les juges ont ainsi relevé que la stratégie adoptée, couplée avec la structure facilitant la contrefaçon, démontrait la volonté d'encourager à commettre des contrefaçons. Pour fonder

¹⁶⁹⁵ H.R. Rep. No. 94-1476 at 61, 159-60 (1998).

¹⁶⁹⁶ *Gershwin Publ. Corp. v. Columbia Artists Mgmt.*, 443 F.2d 1159, 1971 U.S. App. LEXIS 10051, 170 U.S.P.Q. (BNA) 182, 14 A.L.R. Fed. 819 (2d Cir. N.Y. 1971).

¹⁶⁹⁷ « *Similarly, one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a "contributory" infringer* ».

¹⁶⁹⁸ Article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁹⁹ L. THOMAS, « *L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l'aune des mutations de la légalité criminelle* », RSC 2014, p. 892.

¹⁷⁰⁰ *MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 125 S. Ct. 2764, 162 L. Ed. 2d 781, 2005 U.S. LEXIS 5212, 75 U.S.P.Q.2D (BNA) 1001, 33 Media L. Rep. 1865, 18 Fla. L. Weekly Fed. S 547 (U.S. 2005).

¹⁷⁰¹ *A&M Records v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 2001 U.S. App. LEXIS 5446, 57 U.S.P.Q.2D (BNA) 1729, Copy. L. Rep. (CCH) P28,200, 2001 Cal. Daily Op. Service 1255, 2001 Daily Journal DAR 1611 (9th Cir. Cal. 2001).

cette condamnation, l'arrêt relève en outre qu'il a été reproché à Grokster de n'a pas avoir introduit de système permettant de filtrer les contrefaçons ou de limiter les violations du *Copyright Act* par les utilisateurs. Enfin, le défendeur avait intérêt à ce que le nombre le plus élevé possible d'internautes utilise son réseau car ses revenus étaient fonction du nombre de visites.

966. Il est à souligner que les juges n'ont pas retenu de critère technique dans les conditions de responsabilité et ne se sont intéressés qu'au modèle commercial du site. Cela permet aux juges de ne pas bloquer leur solution dans un état de la technique et d'offrir par conséquent aux juges fédéraux une grille de lecture applicable à toutes les affaires.

967. Cet arrêt n'est pas surprenant dans la mesure où non seulement il tire les conclusions de l'arrêt Napster en les adaptant aux spécificités de l'affaire, mais surtout parce qu'il est cohérent avec les origines du *copyright*. En effet, le statut de la Reine Anne en Angleterre avait marqué l'abandon du critère technique du contrôle¹⁷⁰². Cela permet également au droit américain de respecter le principe de neutralité de la technique qu'il partage avec le droit européen¹⁷⁰³.

968. L'arrêt Grokster fait interdiction aux créateurs de liens de créer un modèle commercial fondé sur le nombre de visites d'un site contrefaisant. Dès lors, ils ne seront pas autorisés à créer une page contenant un ou plusieurs liens, entourés de publicités, et menant vers des contrefaçons. L'arrêt se place donc dans le sillage de l'arrêt Napster sur ce point. Cependant, la solution n'est pas satisfaisante. Les juges n'ont pas engagé la responsabilité du prestataire de service sur le fondement de la *vicarious liability* alors que le défendeur profitait pourtant de bénéfices financiers issus des contrefaçons. La raison de cette solution est que la somme perçue était forfaitaire. Dès lors, le nombre d'internautes commettant des contrefaçons était sans incidence sur les revenus perçus par le défendeur. Il a par conséquent été possible pour un créateur de lien de ne pas engager sa responsabilité alors qu'il aidait à la commission de contrefaçons, parce qu'il ne percevait pas une rémunération proportionnelle au nombre de visite. La solution était clairement insatisfaisante car la somme négociée pouvait être fonction

¹⁷⁰² G. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, M. CARROLL, « *Copyright Law* », Lexisnexis, 9^e édition, 2013, p. 751.

¹⁷⁰³ CJUE, 21 octobre 2014, aff. C-348/13, Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch.

du nombre de visite. Les créateurs de liens n'étaient donc pas dissuadés de constituer des modèles économiques fondés sur les contrefaçons.

969. Les juges auraient dû reprendre le raisonnement de l'arrêt *Fonovisa*¹⁷⁰⁴. Il avait en effet retenu la responsabilité du gérant d'un marché aux puces qui louait les espaces aux commerçants contrefacteurs sur la base d'une somme forfaitaire sans être intéressé au chiffre d'affaire ni au nombre de visites. La responsabilité se trouvait engagée sur le fondement de la *vicarious liability*. Une somme forfaitaire pouvait par conséquent être prise en compte dès lors qu'elle s'inscrivait dans un modèle économique fondé sur la contrefaçon. Cela permettrait d'éviter toute tentative de contournement de l'esprit de la règle par les créateurs automatiques de liens.

970. Les droits français et européen ne prennent en revanche pas en compte le modèle économique dans leurs critères de responsabilité pour contrefaçon. Il est cependant possible que le droit européen soit amené à changer sur ce point. En effet, un rapport de 2007 propose d'écarter le régime dérogatoire de responsabilité des créateurs de liens lorsqu'ils bénéficient économiquement de la contrefaçon¹⁷⁰⁵ et l'arrêt *GS Media BV c. Sanoma*¹⁷⁰⁶ a adopté une *summa divisio* distinguant entre les usages gratuits et onéreux de l'internet. Cette solution est déjà en vigueur en Belgique¹⁷⁰⁷. Cela permettrait une convergence vers le droit américain - et donc une facilitation du droit applicable à internet - tout en renforçant la protection des auteurs.

971. La jurisprudence américaine retiendra par conséquent que le créateur de lien a encouragé la commission d'une contrefaçon dès lors que son modèle économique repose sur l'existence de contrefaçon. Le modèle économique pourra donc laisser présumer une intention d'inciter à la contrefaçon. L'objectif contrefaisant peut ainsi ne pas être exprimé *haec verba*

¹⁷⁰⁴ *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 1996 U.S. App. LEXIS 1181, 37 U.S.P.Q.2D (BNA) 1590, Copy. L. Rep. (CCH) P27,487, 96 Cal. Daily Op. Service 517, 96 Daily Journal DAR 840 (9th Cir. Cal. 1996).

¹⁷⁰⁵ T. VERBIEST, G. SPINDLER, G.M. RICCIO, A. VAN DER PERRE, *op. cit.*, p. 18, accessible à : http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf (dernier accès: 28/08/2016).

¹⁷⁰⁶ CJUE, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*, aff. C-160/15.

¹⁷⁰⁷ Cass, 3 février 2004, RTDI, 2004, n°19.

mais résulter des informations communiquées¹⁷⁰⁸. Cette solution nous semble être de bonne justice car il s'avère souvent impossible d'apporter la preuve de la volonté qui constitue bien souvent une *probatio diabolica*. Or, lorsque les faits convergent vers l'existence d'une volonté, il y a lieu de considérer qu'elle est constituée. Il s'agit en outre d'une solution également connue dans d'autres branches du droit français¹⁷⁰⁹.

972. Enfin, le créateur de lien - qui est le second contrefacteur - n'engagera sa responsabilité que si une contrefaçon est effectivement présente sur la page liée¹⁷¹⁰ à la suite de sa mise en ligne par le premier contrefacteur. Cela permet d'engager la responsabilité non pas pour des discours fantaisistes du créateur de liens, mais uniquement dans des cas où il existe une contrefaçon effective. Il en ira de même à la suite du retrait d'une contrefaçon sur la page liée. Dans ce dernier cas, le créateur de lien ne sera plus complice pour la période suivant le retrait du lien et la théorie de *inducement* ne lui sera pas opposable car elle s'interprète de façon restrictive dans le temps. Il se pourra qu'un décalage existe entre le contenu de la page - et donc le régime de responsabilité du créateur de lien - et les informations référencées par les *crawlers* des moteurs de recherche. Les créateurs de liens n'engageront pas leur responsabilité à la suite du retrait des contrefaçons sur le site cible même si les résultats des moteurs de recherche indiquent que la contrefaçon y est toujours présente. Cette solution est logique étant donné que la doctrine de *inducement* est issue de celle de *secondary liability* qui nécessite une contrefaçon initiale pour engager la responsabilité d'un tiers.

973. La doctrine de *secondary liability* - et notamment de *inducement* - permet par conséquent de tarir à la source les contrefaçons en interdisant d'en faire la publicité et de bâtir un modèle économique sur les revenus qu'elles génèrent. Le droit français converge sur cet objectif car la circulaire de la DACG n°2007-1/G3 du 3 janvier 2007 encourage les juges à

¹⁷⁰⁸ *MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 125 S. Ct. 2764, 162 L. Ed. 2d 781, 2005 U.S. LEXIS 5212, 75 U.S.P.Q.2D (BNA) 1001, 33 Media L. Rep. 1865, 18 Fla. L. Weekly Fed. S 547 (U.S. 2005).

¹⁷⁰⁹ Il a ainsi été retenu que la preuve de la volonté de commettre un homicide pouvait être constituée en fonction de la partie du corps que le prévenu avait atteint. Il en est allé ainsi notamment lorsque le prévenu a frappé avec un marteau la tête de la victime (crim., 24 juillet 2013, n°13-83523). Les juges ont considéré qu'un tel acte permet de supposer la volonté d'assassiner la victime.

¹⁷¹⁰ *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013), 1038.

tarir à la source les échanges illégaux¹⁷¹¹. L'approche économique s'avère donc pertinente pour lutter contre un modèle économique. Elle assure en outre une finesse de raisonnement et une précision dans l'appréhension des situations que ne propose aucune disposition du Code de la propriété intellectuelle français ni la convention de Berne. Nous plaidons par conséquent pour une introduction de la *secondary liability* en droit européen à l'occasion de la réforme de la directive sur le droit d'auteur et tout particulièrement de la théorie de *inducement* qui permettra d'opposer une réponse précise et adaptée aux incitations à la contrefaçons et aux modèles économiques fondés sur la contrefaçon.

974. La prise en compte de l'intention devrait pourtant être au cœur des systèmes de lutte contre la contrefaçon sur internet. Le droit américain l'a bien compris et permet de retenir que dans certains cas, les dispositions du DMCA seront écartées car le créateur automatique de liens sera supposé avoir connaissance de la présence de contrefaçons.

Sous-section 2 : La connaissance supposée

975. Le parlementaire Howard Coble, qui a présenté le projet du DMCA à la Chambre des Représentants, avait affirmé que la question de la connaissance était fondamentale¹⁷¹² dans le régime de responsabilité des *service providers* et notamment des créateurs automatiques de liens. Il s'est montré à plusieurs reprises protecteur des intérêts des auteurs¹⁷¹³ et a par conséquent nuancé le principe d'ignorance que nous venons de voir afin de préserver le marché de la création.

976. Il a cependant établi un principe surprenant selon lequel les faits et les circonstances devraient indiquer que le contenu est contrefaisant, sans qu'il soit nécessaire qu'il s'agisse

¹⁷¹¹ Circulaire de la DACG n°2007-1/G3 du 3 janvier 2007, p. 6.

¹⁷¹² H.R. Rep. No. 105-796, at 73 (1998) (Conf. Rep.), reprinted in 1998 U.S.C.C.A.N. 639, 649.

¹⁷¹³ Howard Coble s'est ainsi opposé à une limitation des sanctions pénales aux cas où le défendeur avait effectué des bénéfices financiers. Voir J. GIZZI, « *Honoring Howard Coble* », NewsMAX, 8 novembre 2015, accessible à <http://www.newsmax.com/John-Gizzi/howard-coble-acu/2015/11/08/id/701141/> (dernier accès : 20/04/2016).

d'un acte qu'un juge qualifierait de contrefaçon¹⁷¹⁴. Il s'agit donc du principe de connaissance supposée qui permet de revenir au paradigme de la responsabilité de plein droit. Le législateur européen a repris cette conception dans la directive e-commerce.

977. Cette approche n'est pourtant plus acceptable sur l'internet alors qu'elle peut l'être dans le monde analogique. Cette conception a donc vu ses contours fortement circonscrits par la jurisprudence (Paragraphe 1) bien qu'elle ait étendu son champ d'application par le recours à la notion d'aveuglement volontaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La connaissance apparente

978. Les droits américain¹⁷¹⁵ et français¹⁷¹⁶ sont coutumiers des présomptions de connaissance à l'inverse de la CJUE. Ainsi, l'arrêt américain *Gershwin v. Columbia*¹⁷¹⁷ a retenu que le défendeur engage sa responsabilité s'il avait des raisons de savoir que les représentations étaient illicites. La connaissance effective et les suppositions sont ainsi placées sur le même rang.

979. Les rapports du Congrès¹⁷¹⁸ relatifs au DMCA ont pris en compte la question de l'accès à la connaissance en introduisant la notion de volonté apparente. Il s'agit d'une notion différente de la *constructive knowledge* que la *Common law* américaine avait développée. La *constructive knowledge* permet d'engager la responsabilité d'une personne dès lors qu'elle a une *general awareness* - c'est à dire une idée générale - de la présence d'une contrefaçon¹⁷¹⁹. Le législateur a par conséquent introduit une réglementation plus favorable pour les créateurs automatiques de liens par rapport au droit commun de la *secondary liability*.

¹⁷¹⁴ 143 Cong. Rec. E1452 (daily ed. July 17, 1997) (statement of Rep. Coble), 1997 WL 399815 : "indicate that the material is infringing," but need not be "sufficient to establish infringement in a court of law".

¹⁷¹⁵ *MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 125 S. Ct. 2764, 162 L. Ed. 2d 781, 2005 U.S. LEXIS 5212, 75 U.S.P.Q.2D (BNA) 1001, 33 Media L. Rep. 1865, 18 Fla. L. Weekly Fed. S 547 (U.S. 2005).

¹⁷¹⁶ Crim., 24 juillet 2013, n°13-83523

¹⁷¹⁷ *Gershwin Publ. Corp. v. Columbia Artists Mgmt.*, 443 F.2d 1159, 1971 U.S. App. LEXIS 10051, 170 U.S.P.Q. (BNA) 182, 14 A.L.R. Fed. 819 (2d Cir. N.Y. 1971), 1162.

¹⁷¹⁸ H.R. Rep., 105-796, DMCA, 8 octobre 1998 ; S. Rep., 105-190, DMCA, 11 mai 1998.

¹⁷¹⁹ *A&M Records v. Abdallah*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 5936, 39 U.S.P.Q.2D (BNA) 1818, Copy. L. Rep. (CCH) P27,595.

980. Le droit européen a connu une évolution opposée. En effet, la question ne se pose traditionnellement pas en droit français car le droit d'auteur est un régime de responsabilité de plein droit où la volonté est indifférente. Néanmoins, sous l'influence de la directive e-commerce, le droit français a intégré le principe de la présomption de connaissance. Les hébergeurs - et par extension les créateurs automatiques de liens - engagent leur responsabilité s'il existe des « faits et circonstances¹⁷²⁰ » faisant apparaître le caractère illicite du contenu. La présomption de connaissance a donc bien été introduite en droit français sur le modèle américain.

981. La sanction de la supposition du caractère contrefaisant d'une reproduction, et non pas uniquement de la connaissance certaine du caractère contrefaisant, pourrait surprendre. Cependant, même sans tomber dans le relativisme, il est indéniable que l'accès humain à la connaissance n'est que partiel¹⁷²¹. Ce que nous distinguons traditionnellement entre les connaissances certaines et les suppositions ne se constituent en fait que des nuances sur le spectre idéal entre la connaissance et l'ignorance. La supposition n'est qu'une connaissance plus floue et moins fondée.

982. Il apparaît par conséquent relativement aisé d'engager la responsabilité d'un créateur de lien aux Etats-Unis et en Europe dès lors qu'il existe des éléments laissant penser qu'une contrefaçon est référencée. Or, une partie substantielle des créateurs automatiques de liens a connaissance de la présence de contrefaçons. Les créateurs automatiques de liens ont donc souvent conscience que certains de leurs liens mènent vers des contrefaçons. Les rapports du Congrès ont pris acte de cette difficulté et suggèrent de retenir la théorie de la *apparent knowledge* afin de ne pas engager trop facilement la responsabilité des créateurs automatiques de liens. La théorie de *apparent knowledge* permet de réduire la responsabilité des *service providers* aux hypothèses où ils possèdent une connaissance précise de la présence d'une contrefaçon¹⁷²². Les rapports du Congrès¹⁷²³ avaient ainsi retenu que les *red flags* étaient notamment constitués par la présence de certains termes comme « *pirate* » ou « *bootleg* ». Il

¹⁷²⁰ Article 14-1-a de la directive 2000/31/CE.

¹⁷²¹ L.K. FAZIO, N.M. BRASHIER, B.K. PAYNE, E.J. MARSH, « *Knowledge Does Not Protect Against Illusory Truth* », *Journal of Experimental Psychology : General*, 2015, Vol. 144, nO5, 993-1002.

¹⁷²² *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007).

¹⁷²³ H.R. Rep. No. 105-551 (11) pt 2, à 58 (1998) ; S. Rep. 48.

en va de même si les œuvres contiennent des *watermarks* ou des *copyright management information*. Le Congrès suggérerait donc des moyens simples de lutte contre la contrefaçon. Cela constituait cependant une limite à la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens. Les travaux préparatoires de l'Union Européenne n'ont pas adopté de position précise sur cette question. Cependant, étant donné que la directive e-commerce s'inspire du DMCA et a le même objectif de stimulation du secteur numérique, il y a lieu de conclure que la notion de connaissance supposée a été prise en compte.

983. À côté de ces indices, les rapports américains établissent un test en deux étapes. La première est subjective et amène à contrôler si l'activité contrefaisante aurait été apparente pour une personne raisonnable agissant dans des circonstances similaires ou équivalentes. La seconde est objective et écarte la responsabilité du *service provider* si le *red flag* est suffisamment apparent pour une personne raisonnable dans une position similaire à celle du *service provider*. Il y a donc un standard de connaissance humain et algorithmique. Le test en deux étapes permet au créateur de lien de ne pas surveiller l'internet¹⁷²⁴. La solution en Europe n'est pas précisée, ce qui est la cause de la divergence entre les États membres. La France n'a pas adopté de cadre plus précis que celui proposé par la directive. La transparence du Congrès américain permet donc aux juges étasuniens de disposer d'outils d'interprétation et de compréhension des lois que n'ont pas les juges européens.

984. S'il s'avère impossible de comparer les travaux préparatoires, il est en revanche possible de comparer les lois des deux systèmes. Ainsi, le Congrès américain a introduit dans le DMCA¹⁷²⁵ l'idée selon laquelle la connaissance sera apparente lorsque les créateurs automatiques de liens auront conscience de faits ou de circonstances permettant de comprendre qu'il existe une activité contrefaisante sur la page liée. Le législateur européen¹⁷²⁶ a repris ce fondement et permet d'engager la responsabilité des hébergeurs - et par extension des créateurs automatiques de liens bien que l'assimilation soit peu pertinente¹⁷²⁷ - lorsqu'ils ont connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente.

¹⁷²⁴ L. CHANG, « *The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA §512(c) Safe Harbor* », 28 *Cardozo Arts & Ent. LJ* 195, 2010, 202.

¹⁷²⁵ 17 U.S.C. 512(d)(1)(B).

¹⁷²⁶ Article 14 de la directive 2000/31/CE.

¹⁷²⁷ Voir supra n°925.

985. Les deux droits adoptent donc une approche similaire. En effet, les expressions utilisées sont les mêmes à la section 512(d) du *Copyright Act* et à l'article 14 de la directive e-commerce, à la différence près que le texte européen est d'application transversale alors que le DMCA est limité au *copyright*. Ainsi, la directive européenne intègre les informations illicites alors que le DMCA se limite aux activités contrefaisantes. Cette différence ne devrait pas avoir de conséquence en matière de droit d'auteur. Étant donné que les rédactions sont relativement similaires, il était possible de s'attendre à ce que les juges européens et américains les interprètent de façon équivalente. Cependant, le droit est le fruit d'un système culturel respectant une unité de lieu et de temps. Dès lors, l'interprétation des normes par les juges est donc fonction de contingences historiques et épistémologiques nationales¹⁷²⁸ reflétant les spécificités locales¹⁷²⁹.

986. Ainsi, alors que le droit néerlandais¹⁷³⁰ écarte la responsabilité des créateurs de liens automatiques lorsqu'ils ne peuvent raisonnablement avoir connaissance du caractère illégal d'une activité ou d'une information, le droit portugais engage la responsabilité de ce même créateur lorsqu'il aurait du avoir connaissance de la présence de contenus illégaux¹⁷³¹. En droit autrichien en revanche, la connaissance sera présumée lorsque le contenu est illégal aux yeux d'un non juriste et sans recherches¹⁷³². Il est donc nécessaire que l'Union Européenne abandonne la méthode de la directive et ne statue que par règlements. Cela permettrait d'avoir des interprétations jurisprudentielles des normes - et non pas des interprétations par les législateurs - ce qui permettrait d'assurer une meilleure harmonisation des règles européennes. Il n'est donc pas possible de procéder à une comparaison entre le droit de l'Union Européenne - qui n'est pas harmonisé - et le droit américain. Nous nous focaliserons donc sur la comparaison entre les droits américain et français.

987. Dans un premier temps les droits américain et français semblaient converger vers une responsabilité des créateurs automatiques de liens dès lors qu'ils ont une connaissance supposée de la présence d'une contrefaçon. Les dispositions de la LCEN le laissaient supposer car l'article 14 engage la responsabilité des hébergeurs dès lors qu'ils « n'avaient pas

¹⁷²⁸ P. LEGRAND, « *Le droit comparé* », PUF, 2^e édition, 2006, p. 3.

¹⁷²⁹ R. DAVID, « *Traité élémentaire de droit civil comparé* », LGDJ, 1950, p. 17.

¹⁷³⁰ Article 6 :196c (4) du Code civil.

¹⁷³¹ §16 Décret-loi n°7/2004 du 7 janvier 2004 (Diário da republica I-A n°5 de 7/1/2004, p. 70).

¹⁷³² §16 ECG, 817 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP, zu §16.

effectivement connaissance d[u] caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ». Aux Etats-Unis l'arrêt *Corbis Corp. v. Amazon.com*¹⁷³³, statuant sur la notion de *apparent knowledge*, a adopté une approche similaire. Il a en effet été retenu qu'un site est constitutif d'un *red flag* dès lors qu'il est clairement contrefaisant, c'est à dire lorsqu'il existe des éléments évidents¹⁷³⁴ en ce sens. Ainsi, se plaçant dans le sillage des rapports du Congrès, l'arrêt a retenu¹⁷³⁵ que constituent des *red flags* les termes *pirate* et *bootleg*, ou tout autre terme argotique similaire. L'arrêt *Corbis*¹⁷³⁶ respecte donc la *ratio legis* du DMCA en appliquant un seuil élevé de connaissance apparente permettant au *service provider* de ne pas engager sa responsabilité dès lors que la simple lecture d'une liste d'œuvres ne permet pas de déterminer le caractère contrefaisant des copies. La jurisprudence française s'est placée dans une perspective similaire en refusant l'application de la limitation de responsabilité prévue par la LCEN aux contenus antisémites¹⁷³⁷, raciste¹⁷³⁸ ou encore pornographiques¹⁷³⁹ dès lors qu'il existait des indices en ce sens. Il était donc initialement possible de penser que les violations flagrantes du droit d'auteur seraient sanctionnées par les juges. Les deux droits engageaient par conséquent la responsabilité du créateur de liens lorsqu'il existe des contenus dont la nature illicite est flagrante. Cette solution n'a cependant pas été maintenue.

988. La solution française se justifie aisément par la différence de nature entre le contrôle de l'existence de contenus antisémites, raciste et pornographiques qui ne nécessite pas d'analyse particulièrement fine, et le contrôle du respect du droit d'auteur qui oblige à un examen précis¹⁷⁴⁰. Cette distinction perdra sans doute de son intérêt avec le développement des algorithmes capables d'effectuer des raisonnements juridiques pertinents et donc de déterminer si un contenu est contrefaisant¹⁷⁴¹. Le changement de position aux Etats-Unis était en revanche plus inattendu eu égard à la précision des travaux préparatoires.

¹⁷³³ *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 2004 U.S. Dist. LEXIS 27155, 77 U.S.P.Q.2D (BNA) 1182 (W.D. Wash. 2004).

¹⁷³⁴ « *Blatant factors* » (traduction libre).

¹⁷³⁵ À 1109.

¹⁷³⁶ À 1106.

¹⁷³⁷ TGI Nanterre, 24 mai 2000, <http://www.juriscom.net/txt/juris.fr/cti/tginanterre20000524.htm>.

¹⁷³⁸ TGI Paris, ord. réf., 12 juillet 2001, accessible à : http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/responsabilit/ord_tgi_paris_12070.htm.

¹⁷³⁹ TGI Paris, 27 février 2006, *Alain Afflelou c. Google, Free*, accessible à : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1648.

¹⁷⁴⁰ M. TABAROT, « *Avis relatif à la loi pour la confiance dans l'économie numérique* », 11 février 2003, p. 28.

¹⁷⁴¹ D. CASSENS WEISS, « *Artificial Intelligence Predicted Case Outcomes With 79% Accuracy By Analyzing Fact Portrayal* », *ABA Journal*, 25 octobre 2016, accessible à

989. Une lecture plus approfondie de l'arrêt *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*¹⁷⁴² permet de comprendre que le juge s'est écarté de la solution suggérée par les rapports du Congrès et n'a pas appliqué le test en deux étapes. Il a ainsi écarté le critère objectif pour ne retenir qu'un critère subjectif modifié, et a retenu que le *service provider* engagera sa responsabilité lorsqu'il aura délibérément persévéré dans la contrefaçon malgré l'existence d'éléments flagrant dont il avait connaissance. La jurisprudence américaine s'est donc rapidement démarquée des suggestions des rapports du Congrès afin d'assurer un régime juridique qui lui semblait plus sécurisant pour les créateurs automatiques de liens. Il était pourtant possible d'imaginer qu'il ne s'agissait que d'une solution d'un tribunal de district fédéral d'un État - celui de Washington - assez peu influente en matière de droit d'auteur comparé aux États de New-York et de la Californie. Il s'est cependant avéré que la jurisprudence dans son ensemble allait rejeter la position des travaux préparatoires.

990. L'arrêt *Io*¹⁷⁴³ a ainsi retenu que la mention affirmant que les photographies sont illégales ou volées n'a pas pour conséquence de placer la charge du contrôle du caractère illicite des œuvres sur le *service provider*. Il s'agit toujours d'un arrêt de tribunal de district fédéral mais la solution de l'arrêt *Corbis* est réitérée¹⁷⁴⁴ en Californie dont la jurisprudence est particulièrement influente en matière de *copyright*. Les juges se sont donc largement émancipés des recommandations des rapports ainsi que d'une interprétation littérale des dispositions du DMCA.

991. L'arrêt *UMG v. Veoh*¹⁷⁴⁵ s'est placé dans le sillage des arrêts *Perfect 10* et *Io* mais est allé plus loin. Il a retenu que la connaissance apparente doit être directe - c'est à dire qu'elle ne doit pas requérir d'enquête - et que les adresses URL « *illegal.net* » et « *stolencelebritypics.com* » ne constituent pas des *red flags*. Il sera par conséquent particulièrement ardu de prouver l'existence d'un *red flag*, et donc d'engager la responsabilité

http://www.abajournal.com/news/article/artificial_intelligence_predicted_case_outcomes_with_79_percent_accuracy_by (dernier accès: 26/20/2016).

¹⁷⁴² *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 2004 U.S. Dist. LEXIS 27155, 77 U.S.P.Q.2D (BNA) 1182 (W.D. Wash. 2004).

¹⁷⁴³ *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 586 F. Supp. 2d 1132, 2008 U.S. Dist. LEXIS 65915, 89 U.S.P.Q.2D (BNA) 1518 (N.D. Cal. 2008).

¹⁷⁴⁴ *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 586 F. Supp. 2d 1132, 2008 U.S. Dist. LEXIS 65915, 89 U.S.P.Q.2D (BNA) 1518 (N.D. Cal. 2008), 1141.

¹⁷⁴⁵ *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 620 F. Supp. 2d 1081, 2008 U.S. Dist. LEXIS 104980, 89 U.S.P.Q.2D (BNA) 1449, Copy. L. Rep. (CCH) P29,678 (C.D. Cal. 2008).

d'un créateur automatique de liens, dès lors qu'une adresse URL mentionnant explicitement la présence de contenus illicites n'est pas considéré comme un élément probant.

992. Les droits américain et français convergent donc *de facto* car ils considèrent que la connaissance apparente de la présence d'une contrefaçon nécessite un examen trop minutieux pour être opposable aux créateurs automatiques de liens. Il s'agit donc, sur le spectre de la connaissance, d'une conscience trop vague pour pouvoir être opposable. Cette solution renforce la sécurité juridique des créateurs automatiques de liens et *a fortiori* leur liberté d'entreprendre. Elle laisse cependant les auteurs face à des situations ubuesques où des sites pourront établir des modèles commerciaux explicitement fondés sur des contrefaçons sans que les créateurs automatiques de liens qui les référencent n'engagent leur responsabilité pour violation du droit d'auteur et du *copyright*. Cette solution est d'autant plus étrange aux États-Unis que le droit américain interdit le recours à ce type de modèle sur le fondement de la *vicarious liability*¹⁷⁴⁶. Cette solution se justifie de moins en moins au fur et à mesure que les technologies de détection des contrefaçons se développent comme l'ont souligné les rapports Bêteille et Yung¹⁷⁴⁷ et du CSPLA¹⁷⁴⁸.

993. Il est dès lors quasiment impossible de qualifier un élément illicite de façon apparente ou de *red flag* et ainsi d'engager la responsabilité d'un créateur automatique de lien¹⁷⁴⁹. La jurisprudence a donc vidé de son sens la notion de connaissance présumée. La connaissance supposée ne sera donc pas opposable, et les ayants droits devront par conséquent toujours apporter la preuve de l'existence d'une connaissance effective¹⁷⁵⁰.

994. La solution adoptée par la jurisprudence vise à promouvoir le développement de l'internet¹⁷⁵¹ et la libre circulation de l'information, à placer les coûts le plus efficacement

¹⁷⁴⁶ *Fonovisa Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996).

¹⁷⁴⁷ Sénat, commission des lois, Rapport n°296, L. BÉTEILLE, R. YUNG, « *Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007* », 9 février 2011.

¹⁷⁴⁸ P. SIRINELLI, « *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014.

¹⁷⁴⁹ Nimmer, §12B-05[B][1].

¹⁷⁵⁰ Jane C. Ginsburg, « *Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs* », 50 *Ariz. L. Rev.* 577, 598 (2008).

¹⁷⁵¹ S. Rep. 105-190, at 20, 40; H.R. Rep. 105-551(II), at 49-50.

possible car les auteurs sont les mieux placés pour surveiller le respect de leurs droits¹⁷⁵², et à éviter des frais aux consommateurs¹⁷⁵³. Ces arguments ne sont désormais que partiellement convaincants. En effet, nous avons vu que les prestataires de service sur internet ont atteint un stade de développement avancé et qu'un régime juridique visant à assurer leur développement s'avère désormais moins pertinent. Les auteurs sont sans doute les mieux placés pour contrôler le respect de leurs droits mais cette surveillance prend du temps sur la création. Cela a pour conséquence de transformer le *copyright* en système de rente à contrôler au lieu d'un mécanisme d'incitation à la création.

995. La jurisprudence américaine a récemment modifié sa position. En effet, l'arrêt *Emi*¹⁷⁵⁴ - rendu cependant sur le fondement de la section 512(c) relative à la responsabilité des hébergeurs et non pas de la section 512(d) relative aux créateurs automatiques de liens¹⁷⁵⁵ - a retenu que le *service provider* avait l'habitude de mener des recherches parmi les contenus qu'il proposait, qu'une obligation ciblée de contrôler pendant une période limitée un nombre même important d'œuvres ne constitue pas une surveillance du réseau, et que le *service provider* était construit afin de faciliter la contrefaçon. Ce dernier critère n'est pas décisif mais l'arrêt souligne qu'il aurait pour effet d'inciter un jury à retenir la qualification de connaissance effective.

996. Dès lors, il nous semble que les juges français ont failli à leur devoir démocratique et que les juges américains ont corrigé ce défaut. En effet, la jurisprudence ne constitue pas un filtre aux normes du législateur comme les Parlements de l'Ancien Régime pouvaient l'être pour les édits royaux¹⁷⁵⁶. Ainsi, s'il est souhaitable que les juges puissent définir les notions légales et les contours des régimes juridiques, il nous semble inacceptable qu'ils écartent *de facto* l'application d'une règle votée démocratiquement étant donné qu'ils ne sont pas des représentants des peuples souverains.

¹⁷⁵² L. CHANG, « *The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA §512(c) Safe Harbor* », 28 *Cardozo Arts & Ent. LJ* 195, 2010, 217.

¹⁷⁵³ L. CHANG, « *The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA §512(c) Safe Harbor* », *ibidem.*, 215.

¹⁷⁵⁴ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016), 23-25.

¹⁷⁵⁵ Les deux régimes sont cependant très proches et la jurisprudence ainsi que la doctrine les traitent souvent concomitamment. Voir J.M. URBAN, L. QUILTER, « *Efficient Process Or 'Chilling Effects ?' Takedown Notices Under Section 512 Of The Digital Millenium Copyright Act* », 22 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 621, mai 2006.

¹⁷⁵⁶ F. MANIÈRE, « *Les prémices de la Révolution* », *Herodote.net*, 17 juin 2016, accessible à https://www.herodote.net/1774_1788-synthese-65.php (dernier accès: 9/08/2016).

997. La connaissance apparente est donc *de facto* inapplicable en France alors qu'elle est désormais reconnue aux Etats-Unis. Les auteurs ne sont de toute façon pas dépourvus car ils pourront tenter d'opposer la théorie de l'aveuglement volontaire.

Paragraphe 2 : L'aveuglement volontaire

998. Étant donné que le critère de responsabilité est la connaissance effective de la présence d'un contenu illicite, de nombreux prestataires de service reçoivent le conseil de ne pas instaurer de mécanisme de surveillance¹⁷⁵⁷. Les créateurs automatiques de liens ont donc tendance à volontairement s'aveugler, d'autant plus qu'ils n'ont pas d'obligation de surveillance de l'internet¹⁷⁵⁸. En effet, en s'abstenant de surveiller, ils ne peuvent avoir de connaissance effective de la présence d'un contenu illicite et n'engagent donc pas leur responsabilité. Ce contournement de la règle est inacceptable étant donné que les régimes de responsabilité *ad hoc* ont été établis afin de prendre en compte les difficultés structurelles que rencontrent les algorithmes pour avoir connaissance de la présence d'une contrefaçon, et non pas pour autoriser les modèles économiques profitant de la contrefaçon. Le DMCA et la directive e-commerce n'ont pas donné un blanc-seing aux prestataires de service afin qu'ils puissent fermer les yeux sur toutes les contrefaçons.

999. Le législateur américain a réagi face à cette difficulté et a eu recours au concept de *wilful blindness* - c'est à dire d'aveuglement volontaire. Il s'agit d'une notion classique du droit pénal américain¹⁷⁵⁹ mais elle est inconnue en France. Elle a été introduite aux États-Unis par l'arrêt *Spurr v. U.S.*¹⁷⁶⁰. Il s'agit de l'hypothèse où une personne a une connaissance subjective d'une probabilité élevée de l'avènement d'une infraction pénale et a pris des mesures afin d'éviter d'avoir connaissance de l'infraction¹⁷⁶¹.

¹⁷⁵⁷ S. O'CONNOR, Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet, « *Section 512 of Title 17* », 13 mars 2014, n°113-86, p. 12.

¹⁷⁵⁸ Union Européenne : article 15 de la directive e-commerce.

Etats-Unis : 17 U.S.C. 512(m)(1).

¹⁷⁵⁹ J. DRESSLER, « *Criminal Law* », 6^e édition, Lexisnexis, 2012, §10.02.

¹⁷⁶⁰ *Spurr v. United States*, 174 U.S. 728 (1899).

¹⁷⁶¹ Model Penal Code § 2.02 (1981).

1000. La position du droit français est divergente. En effet, la jurisprudence¹⁷⁶² a pu condamner pénalement des personnes ayant un devoir de contrôle et qui se sont volontairement abstenus de procéder à une vérification. Le droit français ne sanctionne cependant pas l'aveuglement volontaire dans toutes les hypothèses mais uniquement lorsqu'il existe une obligation de contrôler. L'approche française est donc plus restrictive est sans doute plus protectrice des droits en ce qu'elle encadre plus strictement la responsabilité pénale, mais elle s'avère *a priori* moins dissuasive. Ainsi, étant donné que les créateurs automatiques de liens n'ont pas d'obligation de surveillance de l'internet¹⁷⁶³, leur responsabilité ne pourra pas être engagée. Les deux systèmes divergent donc profondément sur la question.

1001. La *willful blindness* est fondée, comme tout le droit pénal américain, sur la notion de *mens rea*. Cette notion permettait traditionnellement de condamner les actes immoraux¹⁷⁶⁴. La répression des actes immoraux a été en grande partie écartée aux Etats-Unis et en France alors que les deux pays ont embrassé des modèles de société plus libertaires. Ils privilégient le principe de l'ordre public à celui de la morale. La morale est en effet l'ensemble des valeurs extrapatrimoniales considérées comme supérieures, alors que l'ordre public est un état social dans lequel « la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublés¹⁷⁶⁵ ». La morale cherche donc à imposer une conduite alors que l'ordre public se contente d'imposer le minimum de règles pour assurer la cohérence d'une société. Le second est donc beaucoup plus libertaire et respectueux des convictions intimes de chaque membre de la société. La notion de *mens rea* a donc évolué vers un paradigme plus libertaire et se trouve désormais définie comme l'état d'esprit particulier amenant à commettre une infraction¹⁷⁶⁶. Il est par conséquent similaire à l'élément moral du droit français¹⁷⁶⁷ en ce que les deux adoptent une approche subjective. Le *mens rea* américain s'avère par conséquent aussi protecteur des droits de l'inculpé que l'élément moral français.

¹⁷⁶² Voir notamment Cass. crim., 25 octobre 1988, n°87-85429.

¹⁷⁶³ Article 15 de la directive e-commerce.

¹⁷⁶⁴ F.B. SAYRE, « *The Present Signification of Mens Rea in the Criminal Law* », Harvard Legal Essays, 399, 402 (1934), 411-12.

¹⁷⁶⁵ G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 2009.

¹⁷⁶⁶ J. DRESSLER, « *Criminal Law* », 6^e édition, Lexisnexis, 2012, §10.02[C].

¹⁷⁶⁷ M. BENILLOUCHE, « *La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction* », RSC 2005, p. 529.

1002. Fort de cette protection des droits des inculpés, le principe d'aveuglement volontaire s'est étendu à d'autres branches du droit américain et notamment en droit des brevets¹⁷⁶⁸ et en droit des marques¹⁷⁶⁹. Il n'a cependant pas été introduit en *copyright* par le DMCA. Il a donc échoué à la jurisprudence le rôle d'introduire cette notion en *copyright*. Il y a donc lieu de souligner que la jurisprudence opère un travail d'harmonisation des différentes branches de la propriété intellectuelle aux Etats-Unis. Cette approche est certes positive pour les profanes du droit qui bénéficient d'une simplification des règles, mais il est étonnant que les juges importent avec autant de facilité des notions d'une branche de la propriété intellectuelle à une autre alors qu'elles ne sont pas toutes fondées sur les mêmes dispositions de la Constitution. Le *copyright* et le droit des brevets sont fondés sur la *Patent and Copyright clause*¹⁷⁷⁰ alors que le droit des marques est fondé sur la *Commerce clause*¹⁷⁷¹ de la Constitution. Étant donné que la Constitution confère au Congrès le droit de d'introduire un droit de *copyright* et de brevet d'une part, et un droit des marques d'autre part, dont il peut délimiter les contours, il ne revient pas au juge de modifier les prérogatives confiées par le Congrès. Ces extensions nous paraissent par conséquent fortement critiquables malgré l'intérêt qu'elles présentent sur le fond du droit. Le fait que le juge français soit moins enclin à s'affranchir de la règle de droit assure donc un meilleur respect du principe de séparation des pouvoirs.

1003. L'arrêt *In re Aimster*¹⁷⁷² a ainsi introduit la notion de *willful blindness* en *copyright* américain. L'arrêt a sanctionné le *service provider* qui s'était montré coupable d'aveuglement volontaire. La notion d'aveuglement volontaire s'avère donc plus effective que la notion de *red flag* car elle peut être appliquée à l'internet alors que la seconde a toujours été rejetée par les juges. C'est donc forcé par l'incapacité du Congrès à fournir aux juges une notion utilisable dans la lutte contre la contrefaçon que la jurisprudence américaine introduit la notion d'aveuglement volontaire dans le champ du *copyright*. L'internet a donc partiellement brouillé le principe de séparation des pouvoirs afin d'assurer non pas un système de *check and balances* - c'est à dire un système d'équilibre entre les pouvoirs¹⁷⁷³ - mais plutôt une

¹⁷⁶⁸ *Casella v. Moris*, 820 F. 2d 362 (11th Cir. 1987).

¹⁷⁶⁹ *Louis Vuitton S.A. v. Lee*, 875 F. 2d 584, 590 (7th Cir. 1989).

¹⁷⁷⁰ U.S. Const. Art. I, Sect. 8, Cl. 8.

¹⁷⁷¹ U.S. Const. Art. I, Sect. 8, Cl. 3.

¹⁷⁷² *In re Aimster Copyright Litig.*, 334 F.3d 643, 2003 U.S. App. LEXIS 13229, 67 U.S.P.Q.2D (BNA) 1233, Copy. L. Rep. (CCH) P28,630 (7th Cir. Ill. 2003).

¹⁷⁷³ T.O. SARGENTICH, « Bowser v. Synar : The Contemporary Debate About Legislative-Executive Separation Of Powers », 72 Cornell L. Rev. 430.

coopération entre les trois branches du pouvoir, qui a permis l'émergence d'une solution plus satisfaisante que celle initialement proposée par le pouvoir législatif.

1004. L'arrêt *Fung*¹⁷⁷⁴ a par la suite retenu que le *red flag test* de la section 512(d)(1)(C) constitue une introduction de la notion d'aveuglement volontaire en *copyright*. L'aveuglement volontaire aurait donc été introduit en catimini par le législateur. Il nous semble qu'il s'agit ici d'une interprétation en partie forcée et que si le législateur avait voulu intégrer la notion d'aveuglement volontaire, il l'aurait fait explicitement et sans détour et ce, d'autant qu'il ne s'est pas montré avare de paroles dans la section 512 du *Copyright Act*. Les deux notions sont certes voisines mais elles restent distinctes. L'interprétation de l'arrêt *Fung* s'avère donc erronée mais elle est conforme à l'état de la jurisprudence depuis l'arrêt *In re Aimster*. L'arrêt *Emi Christian Grp. V. MP3Tunes, LLC*¹⁷⁷⁵ a par ailleurs repris cette solution. Il a en effet été retenu que les *service provider* - ce qui inclut les créateurs automatiques de liens de la section 512(d) - sont coupables de *willful blindness* dès lors qu'ils ont pour pratique de mener des recherches parmi les contenus se trouvant sur son réseau et que les *service providers* n'avaient pas connaissance de l'existence d'une distribution légale de l'œuvre litigieuse se trouvant sur leurs réseaux.

1005. Le droit européen est quant à lui resté figé dans le carcan de la directive e-commerce. En effet, la CJUE ne joue traditionnellement pas le même rôle proactif de création du droit que la jurisprudence américaine et, en dehors de certains coups d'éclats¹⁷⁷⁶ critiqués notamment en matière d'hyperliens, elle n'a pas adopté la même approche dialectique que la jurisprudence américaine. Le rôle de la jurisprudence dans l'appréhension de technologies nouvelles est évolutives et pourtant primordial. Le droit européen ne sanctionne donc pas les créateurs automatiques de liens lorsqu'ils agissent de manière à ne pas avoir connaissance de la présence de contrefaçons sur les pages liés. Le droit européen autorise par conséquent son propre contournement. Le manque d'adaptabilité du droit européen débouche par conséquent sur le développement de concepts fourretouts soulignant un manque de précision des esprits. La qualité du droit en pâtit.

¹⁷⁷⁴ *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013).

¹⁷⁷⁵ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016).

¹⁷⁷⁶ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

1006. L’aveuglement volontaire est donc constitué en droit américain lorsque le défendeur a connaissance de certains éléments laissant penser qu’il pourrait y avoir une contrefaçon. L’arrêt *In re Aimster*¹⁷⁷⁷ a retenu que le *service provider* aurait dû savoir qu’il existait une violation directe du *Copyright Act* ou qu’il savait ou suspectait qu’il était impliqué dans des « relations troubles¹⁷⁷⁸ ». La doctrine ne s’applique donc pas lorsque le défendeur aurait dû savoir, mais dans des hypothèses très proches de celles où il aurait eu une connaissance effective¹⁷⁷⁹. L’arrêt *Emi Christian Music Grp. v. MP3Tunes, LLC*¹⁷⁸⁰ aborde d’ailleurs les deux notions concomitamment. Le droit français adoptera une solution plus favorable aux créateurs automatiques de liens car il ne pourra pas retenir qu’ils ont une connaissance de la présence d’une contrefaçon et il n’opposera pas la théorie de l’aveuglement volontaire.

1007. En outre, la conscience de la forte probabilité qu’une contrefaçon soit présente est nécessaire pour que la responsabilité du défendeur soit engagée selon l’arrêt *Viacom, Inc. v. Youtube, Inc.*¹⁷⁸¹. L’arrêt *Fung*¹⁷⁸² a en outre imaginé la notion en retenant qu’il s’agissait d’un comportement digne d’une autruche. L’arrêt *In re Aimster*¹⁷⁸³ avait en outre retenu qu’il engage sa responsabilité le *service provider* qui a pris des mesures afin de ne pas établir une connaissance entière ou exacte de la nature et de l’étendue de ces relations. Un acte négatif ou positif d’aveuglement est par conséquent interdit.

1008. Il n’est cependant pas suffisant que le *service provider* ait une vague connaissance de la possibilité de la présence de contrefaçons sur son site. En effet, s’il en était autrement, le *service provider* aurait une obligation de surveillance sur son site. Or, l’arrêt *Viacom*¹⁷⁸⁴ a rappelé que les *service providers* n’ont aucune obligation de surveillance. Lorsque la notion de *willful blindness* est appliquée à des *service providers* elle est donc comprise de façon

¹⁷⁷⁷ 334 F. 3d 643.

¹⁷⁷⁸ « *Shady dealings* » (traduction libre).

¹⁷⁷⁹ M. SIRICHIT, « *Catching the Conscience : An Analysis of the Knowledge Theory Under §512(c)’s Safe Harbor & the Role of Willful Blindness in the Finding of Red Flags* », 23 Alb. L.J. Sci. & Tech. 85, 2013, 148.

¹⁷⁸⁰ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016), 19-25.

¹⁷⁸¹ 676 F.3d 19, 19 (2d Cir. 2012).

¹⁷⁸² *Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung*, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013).

¹⁷⁸³ 334 F. 3d 643.

¹⁷⁸⁴ 676 F.3d 19, 19 (2d Cir. 2012).

restrictive¹⁷⁸⁵ afin de limiter leur exposition à des poursuites judiciaires. Cette solution présente le mérite de ne pas imposer une obligation générale de surveillance sur le réseau internet¹⁷⁸⁶. Le régime applicable doit dès lors être soutenu car la lutte contre la contrefaçon ne peut justifier un état de surveillance généralisé qui s'avérerait liberticide.

1009. Malgré l'absence d'obligation de surveiller l'internet, les créateurs automatiques de liens pourront voir leur responsabilité engagée en cas de contrefaçons répétées¹⁷⁸⁷ s'ils cumulent les critères de l'aveuglement volontaire. En cas de contrefaçons répétées, il pourra être retenu que les créateurs automatiques de liens font preuve d'un refus systématique de découvrir l'étendue des infractions au *Copyright Act* sur leurs réseaux¹⁷⁸⁸. Le droit français aurait tout intérêt à introduire une solution similaire en droit interne car elle permet de lutter de façon plus efficace contre les contrefacteurs répétitifs sans pour autant recourir aux sanctions pénales et notamment à la majoration de la sanction en cas de récidive¹⁷⁸⁹. La règle de l'aveuglement volontaire constitue donc un fondement plus souple permettant de mieux s'adapter à la richesse des situations auxquelles sont confrontés les juges, tout en opposant une réponse proportionnée aux infractions au droit d'auteur. La *willful blindness* ne s'étendra cependant pas au-delà de cette hypothèse étant donné que les *service providers* n'ont pas d'obligation générale de surveillance¹⁷⁹⁰. Le droit français devrait également respecter cette limite.

1010. La théorie de *willful blindness* permet donc de sanctionner des créateurs automatiques de liens qui chercheraient à continuer à bénéficier des revenus générés par les contrefaçons tout en agissant de façon à ne pas avoir une connaissance plus précise de l'occurrence d'une contrefaçon malgré des informations en ce sens. Les projets français de réforme du régime applicable aux prestataires de service ne proposent toujours pas l'introduction de la notion d'aveuglement volontaire alors qu'il s'agit d'un fondement permettant de protéger les auteurs et d'inciter les prestataires de service à participer à la lutte contre la contrefaçon. Les projets français s'intéressent uniquement au contrôle alors que le droit américain adopte une approche plus globale.

¹⁷⁸⁵ 2 Paul GOLDSTEIN, « *Goldsteing on Copyright* », §8.1, at 8 :9 n.1 (3rd ed. 2008).

¹⁷⁸⁶ *Viacom*, 676 F.3d at 35 (citing *United States v. Aina-Marshall*, 336 F.3d 167, 170 (2d Cir. 2003)).

¹⁷⁸⁷ *Flava Works, Inc. v. Gunter*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 82955, 101 U.S.P.Q.2D (BNA) 1816 (N.D. Ill. July 27, 2011).

¹⁷⁸⁸ *Flava Works*, 2011 WL 3205399, at 10 (quoting *In re Aimster*, 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003)).

¹⁷⁸⁹ Articles L. 132-8 s. du Code pénal.

¹⁷⁹⁰ *Myxer Inc.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 109668 at 86-87 (C.D. Cal. Apr. 1, 2011).

Section 2 : Le contrôle et la limite à la liberté d'entreprendre

1011. Malgré la protection que constitue le critère de l'élément de connaissance, la responsabilité des prestataires de services - et donc des créateurs automatiques de liens - ne se trouve pas limitée à ce fondement. Les droits français et américain engagent traditionnellement la responsabilité de l'entité qui contrôle la personne à l'origine d'un acte illicite (Sous-section 1). Le droit américain s'est cependant démarqué du droit européen en ajoutant le critère de bénéfices économiques afin d'engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les critères du contrôle

1012. Le contrôle s'est trouvé être à la base du régime de responsabilité des prestataires techniques et donc des créateurs de liens. Le législateur américain a adopté, avec le DMCA, une approche similaire à celle des Pères Fondateurs lorsqu'ils ont rédigé la *Free Press Clause*¹⁷⁹¹ qui mettait un terme à la censure étatique. Cette disposition s'inscrivait dans une évolution partant de l'abolition de la censure étatique avec le statut de la Reine Anne et allant jusqu'à la fin de la censure technologique¹⁷⁹² avec le DMCA et la directive e-commerce. Le droit français a emprunté une évolution similaire mais, si la France s'est montrée à l'avant-garde à la fin du 18^e siècle sur la proclamation de l'interdiction de la censure étatique, elle a pris presque un siècle avant d'assurer un véritable régime de liberté de la presse avec la loi de 1881¹⁷⁹³ alors que le Premier Amendement de la Constitution américaine était en vigueur depuis 94 ans. En outre, la fin de la censure technologique est avant tout le résultat de la transposition de la directive e-commerce qui s'inspire du DMCA plus que d'une réflexion sur

¹⁷⁹¹ Premier Amendement de la Constitution des Etats-Unis.

¹⁷⁹² E. LEE, « *Decoding the DMCA Safe Harbors* », 32 Colum. J.L. & Arts 233, printemps 2009, 267-268.

¹⁷⁹³ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

l'accès aux informations. La lutte contre la censure a donc été plus difficile en France qu'aux Etats-Unis.

1013. En outre, l'Union Européenne n'a pas pris position sur la question de la liberté de publier et s'est focalisée sur une approche mercantile de la question. Elle ne s'est donc pas intéressée à la question de la censure technologique. La fin de la censure technologique est donc le résultat d'une volonté politique aux Etats-Unis et n'est qu'un effet secondaire d'une norme visant à stimuler le marché en Europe. Il nous semble regrettable que le législateur européen ait adopté une approche aussi parcellaire et ne se soit pas fondé sur les droits de l'Homme alors que la liberté d'expression et la liberté de la presse constituent des valeurs communes aux Européens, et que leur promotion aurait renforcé l'adhésion à l'Union Européenne. Cela permet cependant à l'Union Européenne de modifier sans doute plus facilement sa réglementation en faveur des prestataires techniques que le législateur américain lorsque les technologies auront évoluées, car le débat sera surtout économique portera moins sur des questions de droits fondamentaux.

1014. Le principe est donc désormais des deux côtés de l'Atlantique celui du contrôle technologique minimum. Cependant, l'égalité ne résidant pas dans l'application d'un régime unique à toutes les situations, une distinction a été opérée entre le régime de droit commun (Paragraphe 1) et celui applicable aux universités (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le contrôle sur les contenus

1015. Les régimes de responsabilité limitée américain et européen se fondent sur l'idée que les prestataires techniques doivent disposer d'un régime de responsabilité *ad hoc* car ils n'ont pas un contrôle direct sur les activités de leurs réseaux. Dès lors, les créateurs automatiques de liens engagent leur responsabilité - sur le fondement de la section 512(d) du *Copyright Act* et de l'article 14 de la directive e-commerce¹⁷⁹⁴ - lorsqu'ils ont un contrôle sur la contrefaçon. Le législateur américain, ayant l'habitude à une plus grande exhaustivité que le législateur

¹⁷⁹⁴ CJUE, 23 mars 2010, Google Inc. c. Louis Vuitton, aff. C-236/08 à C-238/08.

européen, a expressément retenu ce principe alors que la directive e-commerce se montre très incisive et partant plus vague.

1016. Cette distinction vient des différences de contextes historico-juridiques des législateurs. Le législateur américain s'est en effet inspiré de la théorie de *vicarious liability* pour rédiger la section 512(d)(2) du DMCA, alors que le Parlement européen s'est inspiré du DMCA qui proposait une conception modifiée et modernisée des solutions jurisprudentielles américaines. Ainsi, alors que le législateur américain devait composer avec la complexité de la notion de *vicarious liability*, le législateur européen a pu adopter une rédaction plus concise car il se trouvait en *terra incognita*. Le législateur européen a donc pu créer *ex nihilo* un nouveau concept sans avoir besoin de le distinguer d'une notion déjà existante.

1017. L'approche du DMCA s'est néanmoins largement émancipée de la théorie de la *vicarious liability*. En effet, cette théorie se fonde sur l'adage romain *respondeat superior* qui permet d'engager la responsabilité de l'entité dirigeant l'activité de la personne à l'origine d'une violation de la loi¹⁷⁹⁵. Le recours à cette doctrine a pour conséquence d'engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens - et plus globalement de tous les prestataires de service sur internet - uniquement lorsqu'il existe un lien de subordination¹⁷⁹⁶. Or, l'internet a marqué un affaïssement de la hiérarchie sociale car les relations y sont beaucoup plus égalitaires que dans le monde réel. Il sera donc relativement rare de trouver une situation où le créateur de lien jouit d'une autorité sur le propriétaire de la page liée. Dès lors, la double limite constituée par le droit (I) et la possibilité (II) de contrôler assurera une sécurité juridique satisfaisante pour les créateurs de liens et évitera d'engager trop facilement la responsabilité des créateurs d'hyperliens.

I) Le droit de contrôler

¹⁷⁹⁵ G. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, M. CARROLL, « *Copyright Law* », *op. cit.*, p. 758.

¹⁷⁹⁶ *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 1996 U.S. App. LEXIS 1181, 37 U.S.P.Q.2D (BNA) 1590, Copy. L. Rep. (CCH) P27,487, 96 Cal. Daily Op. Service 517, 96 Daily Journal DAR 840 (9th Cir. Cal. 1996).

1018. Les droits américain¹⁷⁹⁷ et européen¹⁷⁹⁸ ont écarté le critère de la surveillance pour lui privilégier celui du contrôle. Les notions ont été distinguées dans les deux systèmes. En effet, la surveillance a pour effet d'imposer une obligation d'attention et d'observation attentive des contenus sur internet. Le contrôle en revanche permet d'examiner un contenu *a posteriori* et non pas *a priori*. La surveillance a pour effet de censurer car elle bloque un contenu avant sa publication, alors que le principe de surveillance laisse les internautes libres de mettre en ligne des contenus et ne procède à une vérification qu'*a posteriori*. Ainsi, en ayant recours à la notion de contrôle et non pas de surveillance, les droits américain et européen écartent toute dimension morale de la régulation de l'internet. Ce rôle limité permet de ne pas engager trop facilement la responsabilité des prestataires de service.

1019. Le rejet de la surveillance se situe au cœur des régimes américain et français de la liberté d'expression. Les deux systèmes assurent en effet, par principe, des contrôles *a posteriori* et non pas *a priori* des écrits¹⁷⁹⁹. À défaut, cela soumettrait l'expression des idées à la subjectivité d'une seule personne - ce qui fait encourir la censure¹⁸⁰⁰ - alors que l'internet constitue justement une agora mondiale et ouverte à la diversité. De plus, la notion de surveillance est majoritairement rejetée sur l'internet¹⁸⁰¹. Les approches américaine et française s'avèrent donc conformes à la conception libertaire de l'internet et aux principes essentiels d'un État libre.

1020. Cette solution souligne l'émancipation de la section 512(d) du *Copyright Act* qui a su faire le départ de la doctrine de *vicarious liability* qui est fondée sur le droit de contrôler autrui et la possibilité de surveiller autrui¹⁸⁰² relevant de la doctrine traditionnelle. La solution est moins certaine en Europe car la notion de contrôle est une importation et ne constitue donc pas le fruit d'une codification de la jurisprudence antérieure. La LCEN a repris les termes de la directive et n'offre donc pas de grille d'interprétation. Cependant, l'ajout du terme

¹⁷⁹⁷ 17 U.S.C. 512(d)(2) ; Viacom, 676 F.3d ; Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, No. 14-4369 (2d Cir. 2016), 12 ; S. Rep. 105-190, à 52 (1998) ; H.R. Rep. 105-551, à 61 (1998).

¹⁷⁹⁸ Article 14 de la directive 2000/31/CE.

¹⁷⁹⁹ France : article 15 de la directive 2000/31/CE ; article 6-I-7 de la LCEN.

Etats-Unis : Premier Amendement de la Constitution des Etats-Unis, K.M. SULLIVAN, G. GUNTHER, « *Constitutional Law* », Foundation Press, 7th edition, 2010, 761-762.

¹⁸⁰⁰ W. BLACKSTONE, « *Commentaries on the Laws of England* », 1771, Clarendon Press, 151-52.

¹⁸⁰¹ Voir notamment J. BARLOW, « *A Declaration Of The Independence Of Cyberspace* », 8 février 1996, accessible à <https://www.eff.org/cyberspace-independence> (dernier accès: 21/08/2016).

¹⁸⁰² *Shapiro v. H. L. Green Co.*, 316 F.2d 304, 1963 U.S. App. LEXIS 5592, 137 U.S.P.Q. (BNA) 275 (2d Cir. N.Y. 1963), 307.

« autorité » à côté de celui de « contrôle » permet de comprendre que la directive ne se réfère pas à la possibilité de prendre connaissance du contenu - ce qui permettrait au créateur de lien d'avoir connaissance du contenu de la page liée et aurait pour effet d'écarter le régime de responsabilité limité - mais à la faculté d'imposer le choix des contenus sur le site cible. Les deux régimes convergent.

1021. La notion de contrôle est donc comprise de façon large dans les deux systèmes. Ce principe n'est pas remis en cause par le recours au contrat. En effet, une relation contractuelle entre un créateur automatique de liens et un internautes ne donne pas au premier le droit de contrôler le second¹⁸⁰³. Il ne pourrait en aller autrement que si le contrat introduit le droit pour le créateur de liens de contrôler l'activité de l'internaute.

1022. La responsabilité des créateurs de liens sera donc limitée aux hypothèses où ils pourront contrôler le contenu du site lié. Cet élargissement de la notion de contrôle - qui aurait pu exposer très souvent les créateurs automatiques de liens alors même que l'internet a grandement égalisé les relations entre les individus - a cependant été contrebalancé par l'ajout d'un second critère du régime de responsabilité.

II) La possibilité de contrôler

1023. La possibilité de contrôle constitue généralement l'une des causes de responsabilité en droit français et américain. Ainsi, une personne incapable au moment d'une infraction n'engagera pas sa responsabilité pénale¹⁸⁰⁴. Ce principe n'était traditionnellement pas étendu au droit d'auteur et au *copyright* qui constituent des exceptions dans les paysages juridiques français et américain dans la mesure où il s'agit de régimes de responsabilité de plein droit. Cependant, cette approche s'avérait pertinente lorsqu'il existait encore une fusion entre les supports matériels et l'œuvre immatérielle car il demeurerait relativement aisé de contrôler les copies. Ainsi, les arrêts ayant retenu la responsabilité sur le fondement de la *vicarious liability*

¹⁸⁰³ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007) ; *Perfect 10, Inc. v. Visa Int'l Serv. Ass'n*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 27477, 73 U.S.P.Q.2D (BNA) 1736 (N.D. Cal. Dec. 3, 2004).

¹⁸⁰⁴ France : article L. 122-1 du Code pénal.

Etats-Unis : J. DRESSLER, « *Criminal Law* », Lexisnexis, 6^e édition, 2012, 25.01.

l'ont fait dans des hypothèses où, même si cela s'avérait compliqué, le contrôle était possible. Dans l'arrêt Shapiro¹⁸⁰⁵ la responsabilité du propriétaire de magasins de détails a été engagée pour *secondary infringement* car il maintenait un contrôle sur les choses vendues. Il en va différemment sur l'internet où prévaut le principe de l'absence de surveillance et où les relations sont peu hiérarchisées.

1024. En Europe, la notion d'autorité permet à une entité de décider ou de commander¹⁸⁰⁶. Dès lors, le concept d'autorité renvoie à la possibilité de contrôler en amont les actes d'autrui. Il en va ainsi notamment de l'autorité parentale¹⁸⁰⁷ ainsi que de l'autorité sur autrui¹⁸⁰⁸ et notamment sur un salarié. Étant donné que la directive e-commerce¹⁸⁰⁹ interdit la surveillance des réseaux, il faut y voir une traduction malheureuse du terme *authority* et plus largement un choix malencontreux de ce terme dans la directive. Les juges européens ont en effet été bien en peine d'appliquer la notion d'autorité dans une affaire dans le domaine d'application de l'article 14. Ils ont systématiquement eu recours à la notion de contrôle¹⁸¹⁰ mais n'ont pas opposé le critère de l'autorité. Il n'y a cependant pas lieu de critiquer les juges d'avoir écarté une disposition peu adaptée à l'internet. Le réseau a en effet marqué un affaissement de la pyramide sociale et les relations de subordination y sont moins présentes que dans le monde analogique. La notion d'autorité s'avère donc largement inadaptée à la régulation de l'internet. Cette disposition de l'article 14 de la directive 2000/31/CE aura donc rarement vocation à s'appliquer.

1025. La jurisprudence américaine a convergé partiellement vers cette solution. Il a en effet été retenu que la possibilité de retirer ou de bloquer des contenus contrefaisants ne permet pas de retenir que le *service provider* a le contrôle sur les activités¹⁸¹¹. La possibilité systémique de contrôler ne permet donc pas d'écarter le régime de responsabilité limitée. Ainsi, seul l'arrêt *Perfect 10 v. Cybernet*¹⁸¹² a retenu la responsabilité du *service provider* sur le

¹⁸⁰⁵ *Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co.*, 36 F. 2d 354 (7th Cir. 1929).

¹⁸⁰⁶ G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 2009.

¹⁸⁰⁷ A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, « *Autorité parentale* », Répertoire civil, janvier 2012.

¹⁸⁰⁸ 1384 du Code civil ; J. JULIEN, « *Responsabilités du fait d'autrui* », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2014, 7363.

¹⁸⁰⁹ Article 15 de la directive 2000/31/CE.

¹⁸¹⁰ Voir notamment CJUE, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*, aff. C-160/15.

¹⁸¹¹ *Hendrickson v. Ebay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082, 2001 U.S. Dist. LEXIS 14420, 60 U.S.P.Q.2D (BNA) 1335, Copy. L. Rep. (CCH) P28,313 (C.D. Cal. 2001).

¹⁸¹² *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.*, 167 F. Supp. 2d 1114, 2001 U.S. Dist. LEXIS 16224, 60 U.S.P.Q.2D (BNA) 1879 (C.D. Cal. 2001).

fondement de la possibilité de contrôler. Il a été retenu que le *service provider* contrôlait les images sur son site et en interdisait certaines. Ce type de contrôle direct est ainsi considéré comme la preuve de la possibilité de contrôler les contenus. Dès lors, la création d'une structure de site permettant de contrôler les contenus ne suffit pas, il faut que le *service provider* puisse effectivement contrôler les pages internet pour que la possibilité de contrôler lui soit opposée. Le risque de ce critère est de faire reposer son application sur la volonté du *service provider* qui pourra se contenter de ne pas agir pour que ce fondement ne lui soit pas opposé. Néanmoins, il devra rester attentif à ne pas dépasser la limite imposée par la doctrine américaine de l'aveuglement volontaire¹⁸¹³.

1026. Les deux droits retiennent en outre que la connaissance est indifférente lorsqu'il s'agit d'analyser l'existence d'un contrôle sur la page liée. En effet, la possibilité de contrôler la licéité de la page liée n'implique pas la connaissance de la présence de contrefaçons sur une page dans les deux systèmes. L'article 14.2 de la directive e-commerce et la section 512(d)(2) du *Copyright Act* se distinguent en effet de l'article 14.1 et de la section 512(d)(1) par l'absence de prise en compte de la connaissance de la présence d'un contenu illicite. Il n'y a donc pas lieu d'intégrer un critère que les législateurs européen et américain ont écarté. Les deux normes convergent donc vers l'absence de prise en compte de la connaissance de la présence d'une contrefaçon pour se focaliser sur le contrôle.

1027. La jurisprudence américaine a néanmoins marqué une hésitation. Il y a en effet eu une divergence entre le Deuxième et le Neuvième *Circuits*. Le Neuvième *Circuit*¹⁸¹⁴ - qui est compétent pour la côte Ouest - a tout d'abord retenu que le *service provider* engage sa responsabilité lorsqu'il a connaissance de la présence de contrefaçons. Le Neuvième *Circuit* a ainsi ajouté une condition qui était inexistante dans le DMCA. Le Neuvième *Circuit* a par conséquent mélangé les section 512(d)(1) et (2) alors que seule la première prend en compte la connaissance de la présence d'une contrefaçon. Les deux sous-sections s'inspirent en effet des deux branches de la *secondary liability* que sont la *contributory liability* - qui prend en compte la connaissance de la présence d'une contrefaçon - et la *vicarious liability* - qui s'avère indifférente à cette question.

¹⁸¹³ Voir supra.

¹⁸¹⁴ *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006, 2013 U.S. App. LEXIS 5100, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1253, Copy. L. Rep. (CCH) P30,397, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 456, 2013 WL 1092793 (9th Cir. Cal. 2013).

1028. Le Deuxième Circuit¹⁸¹⁵ - qui est compétent pour les États de New York, du Vermont et du Connecticut - n'a pas réitéré cette erreur et a retenu que la connaissance de la présence d'une contrefaçon n'a pas d'importance au sens de la section 512(d)(2) du *Copyright Act*. Il est en revanche nécessaire d'apporter la preuve qu'il existe quelque chose de plus que la simple possibilité de retirer ou de bloquer l'accès aux contenus mis en ligne sur le réseau du *service provider*. Il existe donc une divergence entre les deux *Circuits* - appelé *Circuit split* - qui devrait cependant se résoudre par l'adoption de la solution du Deuxième *Circuit* qui s'avère plus rigoureuse. La possibilité de contrôler devrait donc être comprise *in abstracto*.

1029. Les droits européen et américain se divisent en outre sur l'objet du contrôle. En effet, alors que le droit américain s'intéresse au contrôle sur l'activité¹⁸¹⁶, le droit européen retient le critère de l'autorité et du contrôle sur le destinataire du service. Il y a donc une ligne de division nette entre les deux systèmes alors qu'elle s'avérerait beaucoup plus ténue en matière de connaissance de l'activité contrefaisante. Or, vu la structure de l'internet et le principe largement répandu d'anonymat¹⁸¹⁷, il sera particulièrement difficile de prouver que le créateur de lien exerçait un contrôle sur un internaute. Il sera en revanche plus aisé d'apporter la preuve qu'il contrôle l'activité sur une page liée. Le législateur américain a par conséquent adopté une conception mieux adaptée à la structure de l'internet que son homologue européen, quitte à engager plus facilement la responsabilité des créateurs de liens. Les créateurs de liens n'engageront néanmoins leur responsabilité que dans de rares occasions.

1030. Les créateurs automatiques de liens n'engageront donc que rarement leur responsabilité car il s'avérera particulièrement difficile de considérer qu'ils contrôlent l'activité des internautes. La notion de contrôle a donc perdu de sa pertinence sur l'internet et ne jouera pas avec la révolution numérique le rôle qu'elle a pu jouer pendant la révolution industrielle. Il est remplacé en cela par le critère de la connaissance comme nous l'avons vu précédemment. Ce régime est satisfaisant pour la très grande majorité des situations que les juges seront amenés à rencontrer sur l'internet. Le législateur américain s'est cependant

¹⁸¹⁵ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 2012 U.S. App. LEXIS 6909, 102 U.S.P.Q.2D (BNA) 1283, Copy. L. Rep. (CCH) P30,231, 2012 WL 1130851 (2d Cir. N.Y. 2012).

¹⁸¹⁶ 17 U.S.C. 512(d)(2) ; *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 586 F. Supp. 2d 1132, 2008 U.S. Dist. LEXIS 65915, 89 U.S.P.Q.2D (BNA) 1518 (N.D. Cal. 2008).

¹⁸¹⁷ M. CAHEN, « *Anonymat sur internet* », Murielle-Cahen.com, accessible à <https://www.murielle-cahen.com/publications/anonymat.asp> (dernier accès: 21/08/2016).

montré soucieux de prendre en compte l'indépendance des enseignants universitaires et leur a appliqué un régime spécial.

Paragraphe 2 : Le régime spécial applicable aux enseignants universitaires

1031. Les droits européen et américain ont divergé sur la prise en compte des spécificités des enseignants. Ces derniers peuvent en effet télécharger des contrefaçons sur les sites de leurs institutions qui créeront automatiquement des liens vers les contenus litigieux. Les liens peuvent donc présenter, au-delà des intérêts culturels et économiques que nous avons déjà analysés, une dimension didactique. Les liens sont donc liés à la liberté de faire que constitue la liberté d'enseigner. Les droits américain et européen ont cependant divergé sur cette question. En effet, alors que le droit européen ne leur propose aucun régime de responsabilité spécial, le droit américain leur assure un régime *ad hoc*.

1032. Les deux droits convergent pourtant sur le principe d'indépendance des enseignants universitaires. Les Etats-Unis ont été les premiers à la reconnaître avec la déclaration de 1915¹⁸¹⁸ qui a retenu que les professeurs universitaires doivent rester indépendants. Elle affirmait que l'indépendance des enseignants universitaires comprend la liberté d'enquêter et de rechercher, la liberté d'enseignement au sein de l'établissement ainsi que la liberté d'exprimer des opinions. Cet appel a été entendu par la Cour Suprême¹⁸¹⁹ qui a retenu que la liberté académique constituait une branche de la liberté d'expression au sens du premier Amendement de la Constitution. La liberté académique constitue donc un droit constitutionnel profondément ancré dans la tradition juridique américaine.

1033. La reconnaissance a été plus tardive et plus progressive en droit français. L'article 91 de la loi du 31 mars 1931¹⁸²⁰ a introduit le principe de la liberté d'enseignement. Ce principe a été repris par la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur¹⁸²¹. Le Conseil

¹⁸¹⁸ Am. Ass'n. Of Univ. Professors, « *General Report On The Committee On Academic Freedom And Academic Tenure* », 1915.

¹⁸¹⁹ *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 250 (1957) ; *Keyishian*, 385 U.S. at 603.

¹⁸²⁰ Loi de finances du 31 mars 1931.

¹⁸²¹ Loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur ; voir également Décision no 77-87 DC du 23 novembre 1977, « liberté d'enseignement et de conscience ».

Constitutionnel a été saisi et a reconnu dans une décision en date du 20 janvier 1984¹⁸²² que le principe d'indépendance des professeurs constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil d'État lui a emboîté le pas et a réaffirmé cette solution dans plusieurs décisions¹⁸²³. Les deux droits reconnaissent donc le principe de la liberté d'enseignement ainsi que l'indépendance universitaire et confèrent à ces deux prérogatives le rang de libertés constitutionnelles. Eu égard à l'importance de la qualification de ces libertés, il pouvait être légitime de s'attendre à une convergence sur le principe de responsabilité appliqué aux enseignants.

1034. Les deux droits n'ont cependant pas tiré les mêmes conséquences de cette liberté conférée aux enseignants universitaires. Le Congrès américain a déduit de cette liberté que les établissements d'enseignement ne contrôlent pas les activités de leurs personnels enseignants en amont. Or, elles risquent d'engager leur responsabilité lorsque les enseignants commettent des contrefaçons. Il a par conséquent décidé d'introduire un régime de responsabilité limité à la section 512(e).

1035. L'Union Européenne a, malgré son étude du modèle américain, rejeté l'introduction d'un tel régime. Il n'est en effet pas nécessaire en Europe et en France d'introduire une exception de responsabilité pour les établissements d'enseignement comme l'a fait le droit américain. En effet, l'Union Européenne et la France n'ont pas introduit de *secondary liability* permettant d'engager la responsabilité d'une personne morale pour les contrefaçons commises par une personne qu'elle a sous sa garde. Une personne n'engagera sa responsabilité que si elle est à l'origine de la contrefaçon. Les droits européen et français appliqueront donc le régime de l'éditeur à l'enseignant à l'origine de la mise en ligne de la contrefaçon, et de l'hébergeur à l'établissement d'enseignement sur le site de laquelle la contrefaçon a été téléchargée. Le droit américain aurait pu suivre le même chemin en appliquant le régime de la section 512(c) relatif à la responsabilité des hébergeurs aux universités, ainsi que la section

¹⁸²² C. Cons., 20 janvier 1984, n°83-165 DC.

¹⁸²³ CE 2 mars 1988, Féd. nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche, Lebon 94, RFDA 1988. 615, concl. Mme Laroque. - 29 mai 1992, req. no 67622, Assoc. amicale des professeurs titulaires du Muséum d'histoire naturelle, Lebon 217. - 29 juill. 1994, Le Calvez, req. no 66966, Lebon T. 977. - 13 mars 1996, Gohin, Lebon 73, AJDA 1996. 699, note Mekhantar. - 9 juill. 1997, Picard, Lebon 294. - 29 déc. 1997, Tranquard, Lebon 497, Dr. adm. 1998, no 120, obs. R. S. - 22 mars 2000, req. no 195638, Ménard, RFDA 2000. 708, AJFP 2000. 9, note Moniolle. - 5 déc. 2007, req. no 298263, Jouanjan, ADJA 2008. 2238, note A. Legrand.

512(d) lorsqu'elles créent automatiquement des liens. Le choix de l'introduction d'une section à part souligne les doutes du législateur américain.

1036. L'introduction d'un régime de responsabilité limitée pour les établissements d'enseignement n'est en effet pas apparue comme une évidence au législateur américain. Ce n'est que le troisième rapport¹⁸²⁴ relatif au DMCA qui introduit un tel régime. Les rapports précédents de la Chambre des Représentants¹⁸²⁵ et du Sénat¹⁸²⁶ n'abordaient pas la question. Elle se trouve limitée aux hypothèses où les établissements d'enseignement jouent le rôle de *service providers*¹⁸²⁷. Ces institutions pourront ainsi chercher à bénéficier soit du régime applicable aux *service providers* traditionnels, soit à celui établi spécialement pour elles¹⁸²⁸. L'intérêt d'ajouter un *safe harbor* est de ne pas engager la responsabilité des établissements d'enseignement dès lors qu'un membre de leur personnel a connaissance de la présence d'une contrefaçon¹⁸²⁹. Ce régime s'avère donc plus protecteur que celui applicable aux hébergeurs qui écarte le régime de responsabilité limitée dès lors qu'un membre de l'hébergeur a connaissance de la présence d'une contrefaçon. Le droit européen et le droit français n'accordent pas de conditions aussi protectrices aux institutions d'enseignement avec le recours au régime de l'hébergeur. Les conditions d'application du *safe harbor* américain sont cependant particulièrement strictes, ce qui limite partiellement la divergence de résultat entre les deux droits.

1037. Tout d'abord, afin de bénéficier des dispositions du DMCA, les infractions au *copyright* doivent être commises sur le site internet de l'institution d'enseignement¹⁸³⁰. Il y a donc une divergence profonde avec les droits européen et français qui n'ont pas prévu cette possibilité car l'établissement d'enseignement ne constitue pas un prestataire de service dont la directive e-commerce souhaitait encourager le développement. Cette différence souligne la différence d'approche des deux législateurs. En effet, alors que le législateur américain a adopté une approche globale prenant en considération non seulement les intérêts économiques, mais également culturels, le législateur européen n'a pris en considération que

¹⁸²⁴ H.R. Rep., 105-796, DMCA, 8 octobre 1998, p. 24.

¹⁸²⁵ H.R. Rep., 105-796, DMCA, 8 octobre 1998.

¹⁸²⁶ S. Rep., 105-190, DMCA, 11 mai 1998.

¹⁸²⁷ H.R. Rep., 105-796, DMCA, 8 octobre 1998, p. 73.

¹⁸²⁸ H.R. Rep., 105-796, DMCA, 8 octobre 1998, p. 74.

¹⁸²⁹ H.R. Rep., 105-796, DMCA, 8 octobre 1998, p. 74.

¹⁸³⁰ S. Rep., 105-190, DMCA, 11 mai 1998, p. 20.

les premiers. Cette faiblesse dans l'approche européenne participe de la défiance envers le droit d'auteur et l'Union Européenne en général.

1038. En outre, la responsabilité de l'Université ne pourra être engagée qu'en fonction du contrôle qu'elle a sur ses salariés, qu'ils soient professeurs ou étudiants déjà diplômés, effectuant des activités de recherche ou d'enseignement. Le rapport de la Chambre des Représentants souligne qu'il doit s'agir de véritables activités de recherche et non pas d'une excuse afin de commettre des contrefaçons¹⁸³¹. Le droit français assure une forme d'équivalence fonctionnelle permettant de compenser la faiblesse de la directive européenne. En effet, les professeurs universitaires se verraient opposer, en cas de téléchargement d'une contrefaçon sur le site d'une université, l'erreur détachable de leurs fonctions¹⁸³². Dès lors, la responsabilité de l'institution ne se trouverait pas engagée. Cependant, alors que le droit américain se réfère à la notion pour le moins large d'institution d'enseignement, le droit français limite l'application de cette règle aux Universités. La convergence s'avère donc limitée dans son champ d'application. Cette différence n'a cependant pas de conséquences pratiques importantes car l'enseignement français utilise encore peu les nouvelles technologies et notamment avant le baccalauréat - même si son usage se développe - par rapport aux lycées américains¹⁸³³. Dès lors, le régime de responsabilité plus stricte opposé aux lycées français par rapport aux lycées américains n'a pas de répercussions importantes dans la pratique. Il serait pourtant judicieux d'étendre cette limitation de la responsabilité aux lycées afin de les encourager à recourir aux supports numériques. Cela encouragerait les enseignants à établir des liens vers des contenus pertinents pour leurs cours.

1039. En outre, la contrefaçon de l'enseignant ne doit pas impliquer la fourniture d'un accès en ligne de contenus éducatifs qui sont demandés ou recommandés, au cours des trois années précédentes, pour un cours enseigné par l'institution employeur. Cette disposition permet d'introduire un équilibre entre les intérêts des Universités et ceux des auteurs qui peuvent ainsi strictement protéger le marché de leurs œuvres pendant 3 ans. Le seuil uniforme de trois ans s'avère critiquable car un écrit en lettres pourra rester pertinent pendant une période bien plus longue, alors qu'il aura perdu de son actualité en sciences juridiques. Cette disposition

¹⁸³¹ H.R. Rep., 105-796, DMCA, 8 octobre 1998, p. 74.

¹⁸³² A. DREYER, « *L'Université est-elle responsable des publications de ses enseignants-chercheurs ?* », D. 2011. 1386, 2.

¹⁸³³ A. KASPI, F. DURPAIRE, H. HARTER, A. LHERM, « *La civilisation américaine* », PUF, 2006, p. 407.

présente en outre l'inconvénient de faire peser sur les étudiants - qui payent des frais d'inscription particulièrement élevés aux Etats-Unis assurant la rémunération des personnels universitaires - la rémunération de leurs enseignants. Le droit d'auteur sert donc à payer une seconde fois les auteurs des contenus mis en ligne. Cette solution est paradoxale alors que le *Copyright Act*¹⁸³⁴ a écarté toute rémunération des œuvres créées par l'État car les contribuables américains payent par leurs impôts la production des œuvres. Il est donc interdit de payer deux fois des œuvres créées par l'État, mais cette interdiction ne s'étend pas aux œuvres créées par les enseignants universitaires. Le *copyright* constitue donc dans ce cas une rente et non pas une incitation à la création.

1040. De plus, l'institution d'enseignement ne doit pas avoir reçu, au cours des trois dernières années, plus de deux notifications relatives à des contrefaçons alléguées par l'enseignant ou l'étudiant diplômé. Le rapport de la Chambre des Représentants justifie cette solution par l'idée que dans une telle hypothèse l'institution aurait connaissance d'un mécanisme de contrefaçons systématisé¹⁸³⁵. Les notifications concernées par cette limitation ne doivent cependant pas être infondées. Cette limite surprend car elle s'avère plus restrictive que pour les *service providers* alors que la section 512(e) vise à offrir aux institutions d'enseignement un régime de responsabilité plus favorable. En effet, les *service providers* classiques bénéficient du *safe harbor* même s'ils reçoivent un nombre infini de notifications justifiées. Il est surprenant que le législateur américain ait introduit une telle différence car le plafond applicable aux institutions d'enseignement risque de les encourager à surveiller l'activité de leurs membres alors que le droit américain promeut l'indépendance des enseignants.

1041. Cette approche n'est en outre pas cohérente avec la philosophie de la section 512 du *Copyright Act* qui exclut toute obligation de surveillance¹⁸³⁶ pour les *service providers* et qui l'introduit pour les Universités après la réception de deux notifications valides. Alors que le Congrès a voulu introduire un régime plus favorable pour les Universités, il leur impose une obligation de surveillance qui s'avère contraire au principe d'indépendance universitaire. Elle risque en outre d'inciter à l'instauration de mécanismes de surveillance en amont qui pourraient peser sur la liberté académique.

¹⁸³⁴ 17 U.S.C. §105.

¹⁸³⁵ « *Pattern of infringement* » (traduction libre).

¹⁸³⁶ 17 U.S.C. §512(m).

1042. Enfin, l'institution doit informer précisément les utilisateurs de son système ou de son réseau des dispositions du *copyright* américain et doit encourager leur respect. Cette dernière condition est similaire à celle imposée aux bibliothèques ainsi qu'aux archives¹⁸³⁷ afin qu'elles puissent bénéficier d'un régime de responsabilité limitée. Cette approche relevant du *nudge* - c'est à dire des interventions non contraignantes mais encourageant à adopter un comportement plus vertueux¹⁸³⁸ nous semble particulièrement pertinente du moins pour le monde académique. En effet, en rappelant les dispositions du *Copyright Act*, la mention va réveiller le principe de rejet de la perte¹⁸³⁹ qui s'inscrit dans notre système cognitif¹⁸⁴⁰. Les être humains ont en effet une aversion à la perte qui les incite à prendre des dispositions pour l'éviter - bien qu'ils soient disposés à prendre des risques relativement élevés. La liberté des enseignants ne se trouve pas limitée mais leur structure de choix se trouve ainsi influencée¹⁸⁴¹. Cette méthode est également en phase avec la philosophie libertaire des Pères fondateurs de l'internet qui rejettent le principe de la contrainte pour lui privilégier celui de l'adhésion. En outre, cette obligation a eu pour conséquence d'inciter - bien que cela ne soit pas obligatoire - certaines institutions à effectuer des dépenses substantielles en offrant les services de juristes afin d'informer les enseignants et les étudiants diplômés de la réglementation en vigueur. L'Université Columbia de New York notamment met à la disposition de son personnel enseignant les services de juristes spécialisés en *copyright* afin d'éviter les contrefaçons au sein du *Copyright Advisory Office*. Ce service a néanmoins un coût qui empêche l'Université d'investir dans d'autres domaines¹⁸⁴².

1043. Néanmoins, étant donné que la section (j)(1) ne s'applique pas aux institutions d'enseignement, elles sont exposés à une responsabilité plus large que les *service providers*

¹⁸³⁷ 17 U.S.C. 108(d)(2), (e)(2).

¹⁸³⁸ A. BARTON, « *Nudges. Ces coups (de pouce) qui nous veulent du bien* », Philosophie magazine, janvier 2016, accessible à <http://www.philomag.com/les-idees/dossiers/nudges-ces-coups-de-pouce-qui-nous-veulent-du-bien-13007> (dernier accès: 21/08/2016).

¹⁸³⁹ D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R.H. THALER, « *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem* », 98 J. of Pol. Econ. 1325, 1990.

¹⁸⁴⁰ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, « *Nudge : Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness* », 2009, 33-35.

¹⁸⁴¹ J.-W. JUNG, « *Nudging Websites : A Proposal for a Hybrid Regulatory Scheme to Enforce Online Copyright* », 2012, I/S : A Journal of Law and Policy, vol. 8 :1, 153.

¹⁸⁴² Un tel zèle n'est cependant pas requis car le DMCA ne le demande pas. Il n'en reste pas moins que la rédaction d'un guide pour les enseignants induit des coûts pour l'institution d'enseignement supérieur. Ces coûts seront cependant faciles à absorber pour la majorité des Universités américaines qui bénéficient d'une surface financière importante.

classiques¹⁸⁴³. Elles pourront en effet être tenues de payer des *injunctive relief* - c'est à dire un ordre judiciaire de mettre un terme à un acte illicite - selon les règles de droit commun du DMCA. Cette distinction avec les *service providers* est néanmoins acceptable car les institutions d'enseignement sont plus à même de mettre un terme à une contrefaçon que les créateurs automatiques de liens qui n'ont souvent pas le contrôle sur les pages liées.

1044. La notion de contrôle est donc au centre des régimes américain et européen de responsabilité atténuée. L'Union Européenne s'est cantonné à ce principe et a écarté la prise en compte des bénéfices financiers des créateurs automatiques de liens, alors que le DMCA a introduit ce critère.

Sous-section 2 : Les bénéfices financiers

1045. Le *copyright* américain et le droit d'auteur français ne prennent historiquement pas en compte la dimension lucrative de la contrefaçon. L'acte était en effet traditionnellement interdit pour sa seule contrariété avec la loi.

1046. Cette approche était déjà surprenante au 18^e siècle car le système de *copyright* américain visait à protéger les auteurs contre les reproductions des imprimeurs qui avaient souvent un but lucratif, et le droit d'auteur français entendait protéger les auteurs de pièces de théâtre dont les œuvres étaient pillées par des directeurs de théâtres venus recopier leurs pièces afin de les faire jouer dans leur théâtre. Les Etats-Unis et la France avaient donc modelé leurs régimes de protection en réfléchissant à partir de situations lucratives. Les protections accordées étaient donc beaucoup trop larges et les Etats-Unis et la France ont assoupli leurs positions.

1047. Les deux droits¹⁸⁴⁴ ont en effet pris en considération la différence entre la copie privée et la contrefaçon à but lucratif en autorisant la reproduction ainsi que la représentation - ou

¹⁸⁴³ J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, §6.06.

¹⁸⁴⁴ France : article L. 122-5-2° du Code de la propriété intellectuelle.

leurs différentes branches telles qu'énoncées à la section 106 du *Copyright Act* - dans le cadre du cercle familial¹⁸⁴⁵ et amical restreint. Les deux systèmes ont ainsi pris en compte la différence de nature existant entre les contrefaçons pour un usage privé sans but lucratif et les utilisations effectuées dans un but lucratif. La contrefaçon n'est par conséquent pas interdite de façon absolue mais uniquement lorsqu'elle a pour conséquence de réduire indument - c'est à dire dans des proportions jugées inacceptables dans chaque système - le marché du titulaire des droits.

1048. Le droit américain a trouvé dans la doctrine de *vicarious liability* un outil précieux dans la lutte contre la contrefaçon lucrative. Dans les arrêts *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*¹⁸⁴⁶ et *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction Inc.*¹⁸⁴⁷ il a été retenu que la théorie de *vicarious liability* devait s'appliquer même en l'absence de relation d'employeur à salarié lorsque les intérêts du contrefacteur et d'un tiers sont entremêlés. Cette ouverture est particulièrement adaptée pour l'internet - qui était à ses débuts quand l'arrêt *Fonovisa* a été rendu - étant donné que le réseau a partiellement remis en cause la forme pyramidale des relations sociales. Les droits français et européen n'ont pas à disposition d'équivalent leur permettant de lutter contre les modèles économiques fondés sur la contrefaçon.

1049. Cette approche est pertinente car l'utilisation privée d'une œuvre dans un but non lucratif n'a pas eu pour effet de réduire indument les marchés des auteurs - ou alors de façon marginale. En effet, les années 1990 marquent le sommet du marché musical aux Etats-Unis et en Europe alors que le public avait accès à des technologies de reproduction des disques¹⁸⁴⁸. Cependant, dès l'année 1999, à l'occasion du développement de prestataires techniques encourageant la contrefaçon - directement ou indirectement - dans un but lucratif, l'industrie musicale a commencé à chuter. C'est donc la dimension lucrative de la contrefaçon

Etats-Unis : *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 U.S. LEXIS 19, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 224 U.S.P.Q. (BNA) 736, 52 U.S.L.W. 4090, 55 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (U.S. 1984) ; *Memorandum from Justice John Paul Stevens to the Justices of the 1983 U.S. Supreme Court* at 18 (June 1983).

¹⁸⁴⁵ France : article L. 125-2-1° du Code de la propriété intellectuelle.

Etats-Unis : *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 U.S. LEXIS 19, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 224 U.S.P.Q. (BNA) 736, 52 U.S.L.W. 4090, 55 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (U.S. 1984), 445.

¹⁸⁴⁶ 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

¹⁸⁴⁷ 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996).

¹⁸⁴⁸ W. PATRICK, « Évolution du marché de la musique préenregistrée à l'ère numérique », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 4/2006 (Tome XLV), p. 83 s.

et non pas la contrefaçon privée sans but lucratif qui présente un impacte négatif substantiel sur le marché. La prise en compte de la dimension lucrative de la contrefaçon s'avère donc pertinente car elle permet de revenir aux origines du droit d'auteur et du *copyright* qui est d'assurer artificiellement un monopole sur les œuvres originales. La dimension lucrative ne constitue pas la seule explication mais elle participe de la diminution des revenus des auteurs.

1050. Les législateurs occidentaux ont compris le danger que fait peser la contrefaçon lucrative des prestataires de service sur internet et notamment des créateurs de liens. Le droit américain s'est donc inspiré de la doctrine de *vicarious liability* pour étendre le critère des bénéfices financiers à la section 512(d) du *Copyright Act*. Le législateur américain a cependant adopté une conception différente de celle traditionnelle telle qu'énoncée dans l'arrêt *Gershwin*¹⁸⁴⁹, car au lieu de prendre en compte les intérêts financiers, la section 512(d) s'intéresse aux bénéfices financiers directement attribuables à l'activité contrefaisante. La conception des bénéfices s'avère par conséquent plus restreinte dans le DMCA que sous le régime de *Common Law*.

1051. L'Union Européenne - et par conséquent la France - n'ont pas repris ce critère dans leurs réglementations. En effet, l'article 14 de la directive e-commerce s'applique à tous les prestataires indépendamment de leur caractère lucratif ou gratuit. La directive ne prend donc pas en compte le principe promu par les Pères Fondateurs selon lequel l'internet constitue un espace non-marchand. Il y avait pourtant lieu de distinguer, comme l'a fait le droit américain, entre les hypothèses où la contrefaçon est effectuée à titre gratuit et celles où elle participe d'un intérêt lucratif. La seconde hypothèse mérite d'être plus facilement sanctionnée que la première.

1052. Le *Copyright Act* ne prend pas en compte tous les types de revenus. En effet, la section 512(d)(2) dispose que seuls les bénéfices financiers du *service provider* directement liés à l'activité contrefaisante ont pour résultat d'écarter l'application du DMCA. L'objectif du législateur était ainsi de codifier et de clarifier¹⁸⁵⁰ la solution de l'arrêt *Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributor*¹⁸⁵¹. L'arrêt avait retenu que le paiement

¹⁸⁴⁹ *Gershwin Publ. Corp. v. Columbia Artists Mgmt.*, 443 F.2d 1159, 1971 U.S. App. LEXIS 10051, 170 U.S.P.Q. (BNA) 182, 14 A.L.R. Fed. 819 (2d Cir. N.Y. 1971).

¹⁸⁵⁰ H.R., 105-551, 22 mai 1998, p. 25.

¹⁸⁵¹ *Marobie-Fl., Inc. v. National Ass'n of Fire Equip. Distribs.*, 983 F. Supp. 1167, 1997 U.S. Dist. LEXIS 18764, 45 U.S.P.Q.2D (BNA) 1236 (N.D. Ill. 1997).

d'une somme unique ne constitue pas un bénéfice financier lié à la contrefaçon¹⁸⁵², ce qui semblait donc interdire l'établissement de modèles économiques fondés sur le nombre de visiteurs de sites contrefaisants. L'intention simplificatrice du législateur n'a cependant pas été comprise par la jurisprudence.

1053. La jurisprudence s'est en effet interrogée sur la signification de ce critère codifiant la jurisprudence. L'arrêt *Perfect 10 v. CCBill*¹⁸⁵³ a ainsi retenu qu'il s'agit d'une notion identique à celle retenue dans la théorie de la *vicarious liability* par la *Common Law*. L'arrêt retient en effet qu'il existe une règle¹⁸⁵⁴ selon laquelle, lorsqu'une loi utilise un terme véhiculant un sens précis en *Common law*, les juges sont tenus de se fonder sur le sens établi par la jurisprudence. Une telle solution serait contraire à l'objectif du DMCA qui vise à lutter en amont contre la contrefaçon en sanctionnant les modèles économiques basés sur la contrefaçon. La théorie de la *secondary liability* vise en effet à introduire un système de garantie en imposant à l'entité supposée disposer de la plus grande surface financière de payer¹⁸⁵⁵, ce qui semble *a priori* opposé à la *ratio legis* du DMCA.

1054. L'arrêt *Perfect 10 v. CCBill*¹⁸⁵⁶ a rappelé qu'il n'en ira autrement que si la loi contient une définition différente des termes. Or, la doctrine¹⁸⁵⁷ a souligné l'erreur d'interprétation de l'arrêt *CCBill*. En effet, la citation de la section 512(d)(2) est erronée dans l'arrêt. Cette erreur n'a pas permis de la distinguer les termes du DMCA avec ceux utilisés par la jurisprudence pour la théorie de la *vicarious liability*. En effet, la *vicarious liability* est opposable lorsque le défendeur a un « intérêt (nous soulignons) financier direct dans les activités¹⁸⁵⁸ » contrefaisantes ou un « bénéfice financier direct » issu de la contrefaçon. Le DMCA en revanche n'engage la responsabilité du créateur automatique de liens que s'il reçoit un « bénéfice (nous soulignons) financier directement attribuable à l'activité contrefaisante ». Les formulations sont certes proches mais différentes. Dès lors, si le législateur n'a pas repris les termes utilisés par la jurisprudence pour la *vicarious liability* dans la section 512(d)(2),

¹⁸⁵² 1179.

¹⁸⁵³ 488 F.3d 1102, 1117-18 (9th Cir. 2007).

¹⁸⁵⁴ *Ellison*, 357 F.3d at 1078.

¹⁸⁵⁵ L. HELMAN, « *Pull Too Hard and The Rope May Break: On The Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement* », été 2010, 19 *Tex. Intell. Prop. L.J.* 111, p. 158-159.

¹⁸⁵⁶ 488 F.3d 1102, 1117-18 (9th Cir. 2007).

¹⁸⁵⁷ E. LEE, « *Decoding the DMCA Safe Harbors* », 32 *Colum. J.L. & Arts* 233, printemps 2009, 241.

¹⁸⁵⁸ *Gershwin*, 443 F.2d at 1162; *CoStar*, 373 F.3d at 550.

cela signifie qu'il entendait lui conférer un sens différent¹⁸⁵⁹. Le critère des bénéfices financiers est donc une création du Congrès et non pas une codification à droit constant de la théorie de la *vicarious liability*. La codification de la *Common Law* s'avère par conséquent partielle. Le DMCA a donc introduit un régime spécial *a priori* plus favorable aux *service providers* conformément à la *ratio legis*.

1055. Ainsi, l'utilisation du terme « recevoir » dans le DMCA implique que le créateur automatique de liens fasse quelque chose de plus que d'avoir simplement un intérêt financier. La distinction aura son importance notamment lorsqu'elle permettra de faire le départ entre les situations où le *service provider* a un intérêt économique mais qu'il ne perçoit pas directement d'argent, et la situation où son intérêt économique lui permet d'obtenir de l'argent¹⁸⁶⁰. Le DMCA s'avère donc plus stricte que la *Common Law* car il implique que le créateur de liens perçoive des gains pour écarter l'application du DMCA. La faiblesse de la rédaction est qu'elle écarte les modèles économiques de stratégies de financements croisés¹⁸⁶¹ qui constituent pourtant une part importante des stratégies commerciales des créateurs automatiques de liens. Cette discrimination entre les modes de rémunération nous semble injustifiée étant donné qu'ils constituent tous les deux des dangers pour les droits des auteurs et plus généralement pour l'incitation à la création, et qu'elle a pour effet d'imposer aux agents économiques un modèle économique alors que, dans un système libéral, l'État n'est pas censé intervenir dans les stratégies commerciales des agents privés.

1056. Le droit américain s'avère en outre complexe à appréhender par rapport au droit européen qui ne s'encombre pas de telles considérations. Or, une telle complexité risque de ralentir le développement de l'internet car les prestataires de service devront prendre le temps de comprendre - ou effectuer des dépenses de recherches - avant d'initier une activité. S'il est normal que tout entrepreneur s'informe sur le régime juridique applicable à son activité, un système trop complexe lui fera supporter une charge injustifiable. Le seuil de complexité acceptable est sans doute atteint aux Etats-Unis étant donné que l'arrêt *Perfect 10 v. CCBill* a effectué une confusion entre la *vicarious liability* et les dispositions de la section 512(d) du *Copyright Act*.

¹⁸⁵⁹ E. LEE, « *Decoding the DMCA Safe Harbors* », *op. cit.*, 242.

¹⁸⁶⁰ E. LEE, « *Decoding the DMCA Safe Harbors* », 32 *Colum. J.L. & Arts* 233, printemps 2009, 241.

¹⁸⁶¹ Voir supra n°850.

1057. L'objectif du législateur américain est également différent de celui de la jurisprudence qui a développé la théorie de la *vicarious liability*. En effet, le DMCA vise à interdire les mécanismes de rémunération reposant sur l'offre de contrefaçons¹⁸⁶², alors que la jurisprudence a construit le régime applicable de la *vicarious liability* sur le fondement du principe *respondeat superior*¹⁸⁶³, c'est à dire sur un mécanisme de garantie des dommages causés par les préposés. La conception traditionnelle s'avère dépassée car l'internet est construit de façon décentralisée afin de ne pas reproduire le schéma pyramidal qui caractérise les sociétés analogiques. Elle aura néanmoins vocation à s'appliquer lorsque le *service provider* demande à ses salariés de référencer des contrefaçons¹⁸⁶⁴ et que le défendeur est propriétaire du *service provider* même s'il a créé un *trust*¹⁸⁶⁵. En outre, le principe de la *vicarious liability* est étranger au principe d'incitation à la création de *service providers* qui irrigue le DMCA. L'introduction du DMCA a donc marqué un véritable changement de paradigme que le droit européen n'a pas emprunté.

1058. Enfin, les travaux préparatoires de la section 512 amènent à conclure qu'il ne s'agit pas d'une codification de la théorie de la *vicarious liability*. Le rapport du Sénat¹⁸⁶⁶ et de la Chambre des Représentants¹⁸⁶⁷ ont en effet retenu que la section 512(d) constitue un *safe harbor* - c'est à dire une exception - pour les créateurs automatiques de liens afin qu'ils n'engagent pas leur *vicarious liability*. Il s'agit d'une différence méthodologique entre le *copyright* américain et le droit d'auteur français qui a très peu recours aux travaux préparatoires. Il ne s'agit cependant pas d'une ligne de division nette entre les deux systèmes car le droit fiscal français a largement recours aux travaux préparatoires¹⁸⁶⁸. Il nous semble qu'une meilleure disponibilité des travaux préparatoires en France et en Europe permettrait une convergence méthodologique qui améliorerait l'accès, la précision ainsi que la prévisibilité du droit.

¹⁸⁶² H.R., 105-551, 22 mai 1998, p. 26.

¹⁸⁶³ G. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, M. CARROLL, « *Copyright Law* », *ibidem.*, p. 758.

¹⁸⁶⁴ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016), 35-36.

¹⁸⁶⁵ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016), 41.

¹⁸⁶⁶ S. Rep. No. 105-190, at 40 (1998).

¹⁸⁶⁷ H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 50 (1998)

¹⁸⁶⁸ Voir notamment CE, 10 février 1984, n° 46910 46954.

1059. Le DMCA introduit par conséquent une immunité partielle face à la théorie de *vicarious liability*. Il impose donc d'apporter la preuve de l'existence d'un lien causal plus fort - en utilisant l'expression « *directly attributable* » - entre le bénéficiaire allégué du *service provider* et l'activité contrefaisante du tiers que ne le fait la théorie de *vicarious liability*. L'expression « *directly attributable* » signifie que le demandeur devra satisfaire un niveau élevé de causalité, comme cela est déjà le cas avec les sections 42 U.S.C. 2000e-5(g)(2)(B)(ii) (2000) ou encore 17 U.S.C. 504(b) (2000). Il requiert également un niveau plus élevé de bénéfices financiers ou de gains effectivement reçus par le *service provider* comme résultat de la contrefaçon que la théorie de *vicarious liability*.

1060. La différence dans l'esprit du législateur est donc importante mais elle n'a pas eu les effets escomptés. En effet, de nombreux titulaires de droits poursuivent les prestataires techniques plutôt que les internautes à l'origine des contrefaçons initiales car ils sont plus faciles à trouver et à traduire en justice¹⁸⁶⁹, et parce qu'ils sont souvent plus solvables. Les créateurs automatiques de liens sont ainsi utilisés comme une garantie au cas où les contrefacteurs ne peuvent être poursuivis. Cette situation pèse sur leur liberté d'entreprendre car ils doivent déboursier des frais de justice - particulièrement élevés aux Etats-Unis - et sont tenus au paiement de dommages et intérêts alors que les contrefacteurs initiaux ne voient pas leur responsabilité engagée. Les créateurs automatiques de liens jouent ainsi le rôle de garantie des auteurs au cas où il serait impossible de trouver les contrefacteurs ou qu'il serait trop onéreux d'engager leurs responsabilités. La situation est similaire en Europe où les créateurs automatiques de liens sont plus faciles à solliciter que les propriétaires de sites internet. En témoigne notamment, bien que dans un autre domaine, l'engouement pour les notifications aux créateurs automatiques de liens conformément au droit à l'oubli¹⁸⁷⁰.

1061. Le DMCA introduit néanmoins un système qui, malgré ses faiblesses, s'avère favorable aux créateurs automatiques de liens. Leur responsabilité n'est en effet engagée que si leur activité rémunératrice constitue un moyen de captation de la clientèle - la

¹⁸⁶⁹ The WIPO Copyright Treaties Implementation Act and Online Copyright Liability Limitation Act, Hearing Before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property, 105th Cong. (1997).

¹⁸⁷⁰ La société Google a ainsi reçu des centaines de milliers de notifications. Voir F. LAUGÉE, « 'Droit à l'oubli' : 200 000 demandes en Europe et un comité d'experts », revue européenne des médias, n°33, hiver 2014-2015, accessible à <http://la-rem.eu/2015/04/09/droit-a-loubli-200-000-demandes-en-europe-et-un-comite-dexperts/> (dernier accès : 21/04/2016).

jurisprudence¹⁸⁷¹ américaine est à ce titre imagée et parle de paille qui aspire les internautes - et non pas un simple ajout. La logique s'avère donc profondément différente de celle adoptée par le droit français qui sanctionne les contrefaçons indépendamment du fonctionnement du marché. La prise en considération des mécanismes de marché est plus facile pour le juge américain - qui a souvent un *Bachelor* en économie - que pour le juge continental qui n'est généralement que juriste. Ce dernier aura donc plus de mal à comprendre les mécanismes économiques d'un dossier. Il est donc de bonne justice de ne pas lui confier ce type d'analyse. Ce faisant, le droit américain autorise, à l'inverse du droit français, des rémunérations ponctuelles issues de contrefaçons comme le versement d'une somme forfaitaire provenant de contrefaçons¹⁸⁷².

1062. Les bénéfices financiers excluant l'application du DMCA peuvent ne pas provenir du site lié mais d'une publicité placée à proximité de l'ancre menant vers la contrefaçon¹⁸⁷³. Cette solution est heureuse car elle permet de couper la contrefaçon à la source. Il aurait autrement été possible de contourner les dispositions du DMCA en obtenant un revenu publicitaire et non pas une redevance régulière du propriétaire du site lié. Le DMCA vise ainsi à interdire tout modèle économique basé sur l'obtention de bénéfices financiers à partir de contrefaçons. La section 512 du *Copyright Act* se place donc dans le sillage des premières réglementations sur le droit d'auteur - dans la mesure où elle prend en compte la dimension lucrative des contrefaçons - qu'elle modernise pour les particularités de l'internet.

1063. Le droit américain a néanmoins, à l'inverse des droits européen et français, introduit l'exception *de minimis*¹⁸⁷⁴ qui permet d'écarter la responsabilité des créateurs automatiques de liens lorsque la contrefaçon est d'une importance négligeable. Ainsi, des revenus provenant de l'aspiration d'internautes ne permettront pas d'engager la responsabilité du créateur automatique de liens s'ils s'avèrent peu importants. Il s'agit d'une idée assez répandue selon laquelle les petits profits sur l'internet échappent au droit. Ainsi, un projet de plafond en dessous duquel les revenus sur internet ne devraient pas être taxés a ainsi été présenté en

¹⁸⁷¹ *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072, 2004 U.S. App. LEXIS 2074, 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1616, Copy. L. Rep. (CCH) P28,769 (9th Cir. Cal. 2004), 1079.

¹⁸⁷² *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, 2007 U.S. App. LEXIS 12508 (9th Cir. Cal. 2007), 1117.

¹⁸⁷³ S.L. DOGAN, « *Infringement Once Removed : The Perils of Hyperlinking to Infringing Content* », 87 Iowa L. Rev. 829, mars 2002, 900.

¹⁸⁷⁴ Commerce Rep. (DMCA), p. 64 ; S. Rep. (DMCA), p. 55.

France¹⁸⁷⁵. Le droit français n'a pas franchi le pas pour appliquer ce principe au droit d'auteur mais l'idée se répand et commence à constituer un principe général de l'internet. Il nous semble qu'il peut être compréhensible que le droit ne s'applique pas à l'internet lorsque le réseau est utilisé à des fins non lucratives - dans l'esprit de l'arrêt *GS Media BV c. Sanoma*¹⁸⁷⁶ - mais qu'il n'est pas souhaitable d'étendre ce principe aux activités seulement peu lucratives car elles entrent en contradiction avec l'idéal libertaire et anarchiste des Pères Fondateurs de l'internet. L'émergence de ce principe doit donc être arrêtée et il n'y a pas lieu de l'introduire en droit d'auteur européen.

1064. L'approche américaine est donc le fruit d'une réflexion relevant du mouvement dit *Law & Economics*. Elle présente un intérêt certain en ce qu'elle permet de préserver un marché pour les auteurs qui sont confrontés au risque de la perte rapide de tout marché pour leurs œuvres. Cette mésaventure est arrivée à Spike Jonze¹⁸⁷⁷ qui n'a pas pu signer de contrat de distribution avec la société Apple car son œuvre avait été largement recopiée sans son autorisation sur internet. Il n'existait en effet plus de marché pour l'œuvre car l'état de rareté avait disparu. Le droit français assure une protection encore plus large en permettant de protéger le marché des auteurs par l'interdiction de toute violation des dispositions de la directive e-commerce indépendamment du caractère lucratif de l'acte. Il ne se place donc pas dans une perspective relevant du mouvement *Law & Economics* mais se montre fidèle à sa conception personnaliste et protectrice des droits des auteurs.

1065. Il nous semble cependant que les législateurs devraient prendre en compte la gravité de la situation en fonction des œuvres. En effet, si un film est privé de son marché, cela pourra avoir des conséquences particulièrement graves car ce type d'œuvre nécessite des investissements généralement importants¹⁸⁷⁸. Il arrive donc régulièrement que des auteurs d'œuvres cinématographiques prennent des risques élevés. Ainsi, alors que l'absence de

¹⁸⁷⁵ S. ALEXANDRE, « *AirBnb, Blablacar... Les revenus des particuliers bientôt taxés ?* » Leparticulier.fr, 21 septembre 2015, accessible à http://www.leparticulier.fr/jcms/p1_1592507/airbnb-blablacar-les-revenus-des-particuliers-bientot-taxes (dernier accès: 21/08/2016).

¹⁸⁷⁶ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker*.

¹⁸⁷⁷ David Itzkoff, *Spike Jonze's Kanye West Film Is Leaked*, N.Y. TIMES, Oct. 24, 2009, at C1.

¹⁸⁷⁸ Les frais de production d'un film sont en effet de 6 millions d'euros en moyenne en France (Voir « *Combien coûte la production d'un film ?* », Challenges.fr, 30 mars 2014, accessible à <http://www.challenges.fr/media/20140328.CHA2168/combien-coute-la-production-d-un-film.html>) et plusieurs dizaines de millions de dollars aux Etats-Unis (Voir B. WEINRAUB, « *Average Hollywood Film Now Costs \$60 Million* », The New York Times, 5 mars 1997, accessible à http://www.nytimes.com/1997/03/05/movies/average-hollywood-film-now-costs-60-million.html?_r=0 (dernier accès : 21/08/2016).

marché pour une chanson constituera un obstacle matériel pour l'auteur qui n'aura plus les revenus pour continuer à créer, la perte du marché pour un film risque d'amener les producteurs à faire faillite car ils ne seront pas capables de rembourser leurs dettes. Les droits français et américain ne prennent pas en considération la différence de prise de risque selon les différents types d'œuvres alors que cela a des conséquences importantes sur l'incitation à la création. Il nous semble donc que les juges français et américains devraient replacer les producteurs dans l'état dans lequel ils se trouvaient avant la production du film lorsqu'il a perdu son marché à cause des contrefaçons. Étant donné le montant des sommes investies dans les films, cette solution présenterait un fort effet dissuasif tout en étant juste pour les producteurs qui risquent autrement de faire faillite à cause des contrefaçons commises par autrui. Cette solution pourrait être étendue aux autres formes de créations protégées mais elle aura principalement vocation à s'appliquer dans le domaine cinématographique eu égard aux sommes colossales investies.

1066. Il sera de toute façon plus pertinent de lutter contre la contrefaçon à la base et de poursuivre les contrefacteurs initiaux afin de tenter de supprimer le marché de la contrefaçon. Outre qu'elle s'avère économiquement souhaitable, cette solution permettrait également une meilleure affirmation du principe d'égalité sur internet car les créateurs de liens ne seraient pas responsables à la place des internautes.

1067. Les Etats-Unis et l'Union Européenne ont introduit des régimes favorisant la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens uniquement. Ils ont cependant nuancé cette liberté en imposant la charge aux créateurs de liens de collaborer avec les auteurs dans la lutte contre la contrefaçon. Si les créateurs automatiques de liens ne collaborent pas avec les ayants droit, leur responsabilité pourra être engagée devant des juridictions étatiques ou par recours à des modes alternatifs de résolution des conflits. Il existe donc un équilibre entre la liberté des auteurs et des créateurs de liens - qui penche en faveur de ces derniers - qui se trouve réajusté par les limites à la liberté d'entreprendre des créateurs de liens.

Titre 2 : Les limites à la liberté d'entreprendre des créateurs de liens

1068. Le droit a une nature duale et à première vue paradoxale. Il est en effet la condition de toute activité sociale humaine et participe par conséquent de la liberté d'entreprendre¹⁸⁷⁹. Il remplit concomitamment une fonction dogmatique en introduisant l'interdit¹⁸⁸⁰ qui réduit la liberté d'agir et par voie de conséquence la liberté d'entreprendre. En matière d'hyperliens, le droit viendra canaliser la liberté d'entreprendre des prestataires de service afin d'assurer les intérêts des auteurs et promouvoir la création artistique.

1069. Afin d'assurer l'équilibre jugé pertinent par les législateurs européen et américain entre les intérêts des auteurs, des créateurs de liens et du public, des limitations à la liberté d'entreprendre des créateurs de liens ont du être introduites. Ils devront en effet traiter les notifications (Chapitre 1). Cela constitue une véritable charge pour les créateurs de liens qui devront dépenser du temps et de l'argent pour traiter les notifications. Les législateurs américain et français ont introduit des procédures *ad hoc* pour les créateurs de liens automatiques uniquement. Le régime qui leur est applicable s'avère plus protecteur que celui de droit commun applicable aux créateurs automatiques de liens. Cette distinction est néanmoins cohérente étant donné que les créateurs manuels de liens n'engageront leur responsabilité à la suite de la réception d'une notification que lorsque le contenu pointé aura été modifié à la suite de la création du lien et uniquement en droit français. Il n'était donc pas nécessaire d'introduire une procédure *ad hoc* aux Etats-Unis mais le législateur français aurait dû étendre la procédure de l'article 6 de la LCEN aux créateurs manuels de liens.

1070. Si les créateurs de liens violent le droit d'auteur ou le *copyright* et ne respectent pas les dispositions des régimes de responsabilité *ad hoc*, leur responsabilité pourra être engagée devant les juridictions compétentes (Chapitre 2). Nous analyserons les stratégies que les ayants droit pourront mettre en place en choisissant une juridiction, une loi applicable ainsi qu'un type de procédure, et nous nuancerons la rigueur des régimes français et américain par

¹⁸⁷⁹ L. HANSEN-LÖVE, « *La philosophie comme un roman* », PUF, 1965, p. 33.

¹⁸⁸⁰ A. SUPIOT, « *Homo Juridicus* », Seuil, 2005, p. 184.

une analyse concrète des condamnations en matière d'hyperliens. Les limitations aux régimes de responsabilité des créateurs de liens s'avèrent ainsi surtout dissuasives. La liberté de créer des liens en ressort renforcée - et avec elle la liberté d'entreprendre des créateurs manuels et automatiques de liens - ce qui pèsera sur la situation des auteurs.

Chapitre 1 : L'établissement d'un équilibre des intérêts par les procédures de notifications

1071. Les droits américain, européen et français ont introduit des régimes de responsabilité particulièrement favorables aux créateurs automatiques de liens car ils sont souvent ignorants de la présence de contrefaçons sur leurs réseaux. Les ayants droits devront par conséquent porter expressément à leur intention la présence de ces contrefaçons par le recours à la procédure de notification (Section 1).

1072. Un rapport rédigé par l'association *Copenhagen Economics* et rendu à la Commission Européenne le 7 septembre 2007¹⁸⁸¹ souligne la limitation de la liberté d'entreprendre par l'obligation d'assister les autorités judiciaires. En effet, cette obligation a amené des prestataires à maintenir leurs rôles de contrôleurs de leurs services, ce qui a pour conséquence d'utiliser des ressources humaines et financières pour les entreprises. Il n'y a cependant pas lieu de mettre un terme aux notifications car elles assurent un équilibre entre les intérêts des auteurs, des créateurs automatiques de liens et les internautes. Il est cependant nécessaire de protéger les prestataires de service contre les notifications infondées. Les deux systèmes juridiques assurent une réponse à ce problème en introduisant des procédures de rétablissement des liens (Section 2).

Section 1 : La procédure de notification

1073. Les créateurs automatiques de liens bénéficient d'un régime de responsabilité *ad hoc* fondé sur leur absence de connaissance de la présence d'une contrefaçon¹⁸⁸² que nous avons présenté précédemment. Si les législateurs américain et européen s'étaient contentés de ces

¹⁸⁸¹ C. KASTBERG NIELSEN, C. JRVELUND, K. GROS PEDERSEN, B. RYTZ, E. STIG HANSEN, J. LIND RAMSKOV, « *Study on the Economic Impact of the Electronic Commerce Directive* », Copenhagen Economics, 7 septembre 2007, p. 18, accessible à : http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/ecd/%20final%20report_070907.pdf (dernier accès : 28/08/2016).

¹⁸⁸² France : article 14 de la directive 2000/31/CE ; article 6 de la LCEN.
Etats-Unis : 17 U.S.C. §512.

régimes *ad hoc* la liberté d'entreprendre des prestataires de services, et notamment des créateurs de liens, aurait indûment fait pencher en leur faveur l'équilibre avec les intérêts des auteurs. Néanmoins, les législateurs américain, européen et français ont prévu qu'ils engageront leur responsabilité dès lors qu'ils disposent d'une connaissance effective ou supposée de la présence d'une contrefaçon. La connaissance effective peut notamment être apportée par un ayant-droit qui enverra une notification au créateur de liens. Bien que les législateurs américain, européen et français aient établi des règles encadrant leurs effets les notifications pèsent sur la liberté d'entreprendre des prestataires de services¹⁸⁸³. Ces derniers jouent donc un rôle dans la lutte contre la contrefaçon sur internet. Les législateurs américain et européen se placent ainsi dans une démarche sartrienne¹⁸⁸⁴ dans la mesure où ils font exister les choses - en l'occurrence les contrefaçons - à partir du moment où elles sont nommées.

1074. Ces approches sont originales car elles impliquent dans la lutte contre la contrefaçon une entité privée - le créateur automatique de liens - alors que la lutte contre les contrefaçons constituait traditionnellement un monopole des ayants droit ainsi que des autorités publiques. Elles s'avèrent en outre populaires¹⁸⁸⁵ car les ayants droit y ont largement recours grâce à la souplesse de leurs procédures et à la facilité d'y recourir.

1075. Les droits américain et européen ont ainsi opté pour un système de co-régulation. Ils obligent en effet les créateurs automatiques de liens à collaborer¹⁸⁸⁶ (Sous-Section 1) avec les ayants droit (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : La collaboration

1076. Les droits américain et européen ont voulu introduire avec le DMCA de 1998 et la directive e-commerce de 2001 des régimes équilibrés assurant le respect des intérêts des auteurs et la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens. Ils n'ont donc pas fait

¹⁸⁸³ Voir pour les FAI : CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, 53.

¹⁸⁸⁴ J.-P. SARTRE, « *Les mots* », Gallimard, 1963.

¹⁸⁸⁵ L.P. LOREN, « *Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously* », 46 Wake Forest L. Rev 745, automne 2011, 745.

¹⁸⁸⁶ S. Rep. No. 105-190, at 20 (1998).

peser sur les créateurs automatiques de liens d'obligation de surveillance (Paragraphe 1) et ont opté pour un subtil mélange de précision et de souplesse des notifications afin de protéger les intérêts de toutes les parties (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une collaboration limitée à cause de l'absence d'obligation de surveillance

1077. L'actualité récente, et notamment les scandales d'écoutes généralisés¹⁸⁸⁷, a montré que l'internet peut constituer un excellent moyen de surveillance de masse. Les législateurs américain et européen étaient conscients de ce risque et ont refusé d'autoriser les créateurs automatiques de liens à surveiller l'internet afin de faire respecter le droit d'auteur (I). Cependant, la jurisprudence a ponctuellement reconnu l'existence d'un devoir de surveillance (II).

I) Le principe de l'absence d'obligation de surveillance

1078. L'internet libre constitue un excellent moyen pour les utilisateurs d'échanger des idées sans encourir le risque d'être surveillés. Cela permet d'éviter l'auto-censure des internautes. En effet, l'existence d'un système de surveillance généralisée a pour conséquence d'amener les internautes ayant des idées qu'ils considèrent comme étant minoritaires à s'auto-censurer¹⁸⁸⁸. L'avènement d'un internet surveillé n'aurait donc pas été conforme aux idéaux libertaires européen et américain qui ont convergé sur le principe de l'absence d'obligation de surveillance.

1079. Le législateur américain a été le premier à introduire ce principe avec le DMCA. La France a été tentée par l'expérimentation d'une autre voix. En effet, le Ministère de la culture

¹⁸⁸⁷ I. BLACK, « *NSA Spying Scandal : What we Have Learned* », The Guardian, 10 juin 2013, accessible à <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/10/nsa-spying-scandal-what-we-have-learned> (dernier accès: 28/08/2016).

¹⁸⁸⁸ E. STOYCHEFF, « *Under Surveillance : Examining Facebook's Spiral of Silence Effects in the Wake of NSA Internet Monitoring* », Journalism & Mass Communication Quarterly, 2016, p. 1-16.

a suggéré en 2000¹⁸⁸⁹ que les prestataires de service pourraient surveiller l'internet afin de lutter contre la contrefaçon. Il a en effet suggéré qu'il y avait lieu de demander aux hébergeurs de « vérifier la présence du contenu litigieux, mettre en relation le tiers et l'auteur ou l'éditeur – ce qui permet de résoudre beaucoup de litiges -, informer sur les procédures, s'assurer que le plaignant saisira la justice ou qu'elle sera saisie si l'hébergeur a un doute et, le cas échéant, interdire l'accès aux contenus illicites¹⁸⁹⁰ ». Étant donné que le régime des hébergeurs a été étendu aux créateurs automatiques d'hyperliens cette règle leur aurait été applicable. Cette solution s'avérait être en contradiction avec les idéaux libertaires de l'internet. Elle n'a cependant jamais été suivie par le législateur et les différentes évolutions législatives n'ont jamais introduit une telle obligation.

1080. L'Union-Européenne a en effet clairement rejeté le principe de surveillance de l'internet par les créateurs automatiques de liens à l'article 15.1¹⁸⁹¹ de la directive e-commerce. Les législateurs américain et européen ont ainsi écarté toute obligation de surveillance des prestataires de service¹⁸⁹² - et notamment des créateurs automatiques de liens - afin de ne pas instaurer de surveillance globale de l'internet. Le législateur français a adopté ce principe dans la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 qui a introduit l'obligation¹⁸⁹³ pour les auteurs de contrôler le respect de leurs droits sans transposer la directive e-commerce. Les prestataires de service n'avaient donc que l'obligation de leur fournir les coordonnées des personnes visées par les plaintes des ayants droit. Les prestataires de service n'avaient ainsi pas d'obligation de surveiller l'internet. Il a réitéré ce principe lors du vote de la loi de transposition de la directive e-commerce dans la LCEN. Il s'agit donc d'une solution profondément ancrée en droit français.

1081. La solution n'a rien de surprenant aux Etats-Unis comme en Europe et en France étant donné qu'une mesure s'avérant dissuasive pour la liberté d'expression est généralement

¹⁸⁸⁹ JOAN, 15 juin 2000, p. 5479.

¹⁸⁹⁰ JOAN, 15 juin 2000, p. 5479.

¹⁸⁹¹ « 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 ».

¹⁸⁹² M. VIVANT, « *Surveillance : pas d'obligation générale de surveillance* », Lamy droit du numérique, 2016, 2465 ; A. SAWICKI, « *Repeat Infringement in the Digital Millennium Copyright Act* », 73 U. Chi. L. Rev. 1455, automne 2006, 1466.

¹⁸⁹³ Article 1 de la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000.

considérée comme étant contraire à la liberté d'expression¹⁸⁹⁴. La solution était donc prévisible. Ce qui surprend sont en revanche les fondements juridiques choisis. En effet, l'absence d'obligation de surveiller l'internet n'est pas fondée sur la liberté d'expression mais sur le droit à la vie privée¹⁸⁹⁵ aux Etats-Unis et n'est pas fondée sur un droit fondamental dans la directive e-commerce¹⁸⁹⁶. L'approche américaine est pertinente étant donné que la liberté d'expression est liée au droit à la vie privée - c'est à dire à l'anonymat sur internet. En effet, le respect de la vie privée permet aux internautes de ne pas voir leurs données personnelles communiquées au monde entier. Cela leur assure un anonymat leur permettant d'exprimer plus librement leurs opinions¹⁸⁹⁷. Ainsi, en protégeant la vie privée, le législateur américain a protégé la liberté d'expression.

1082. Étant donné que le législateur européen s'est inspiré des dispositions du DMCA pour rédiger la directive e-commerce il aurait pu s'inspirer de ce raisonnement et l'introduire en droit européen. Le législateur unioniste s'est pourtant contenté d'introduire un principe « d'absence d'obligation générale en matière de surveillance » sans l'asseoir sur un droit fondamental. Cette approche est surprenante étant donné que le droit de l'Union Européenne a connu un mouvement de fondamentalisation que le droit américain n'a pas expérimenté. La CJUE¹⁸⁹⁸ a cependant retenu que le principe de l'absence d'obligation de surveillance est fondé sur la liberté d'information. Les juges ont retenu qu'elle serait atteinte si les prestataires de service étaient tenus de surveiller leurs réseaux. Il s'avérera donc particulièrement ardu de limiter ce principe étant donné que cela reviendrait à limiter la liberté d'information. La CJUE a également fondé son raisonnement sur la liberté d'entreprendre et la solution de l'arrêt Scarlet¹⁸⁹⁹ - en affirmant que la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle - interdit d'imposer des mesures qui ne seraient pas « équitables et proportionnées » et qui s'avéreraient « excessivement coûteuse¹⁹⁰⁰ ». Une telle obligation constituerait donc une atteinte à la liberté d'entreprise car elle obligerait à mettre en place un

¹⁸⁹⁴ Europe : CEDH 25 juin 2002, n° 51279/99, Colombani c. France ; Recueil Dalloz 2013, p.968.

Etats-Unis : *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965).

¹⁸⁹⁵ 17 U.S.C. 512(m).

¹⁸⁹⁶ Directive 2000/31/CE.

¹⁸⁹⁷ D.C. NUNZIATO, « *Freedom of Expression, Democratic Norms, And Internet Governance* », 52 Emory L.J. 187, hiver 2003, 189.

¹⁸⁹⁸ CJUE, C-70/10, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 50.

¹⁸⁹⁹ CJUE, C-70/10, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*.

¹⁹⁰⁰ CJUE, 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, 34 se fondant sur CJUE, 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, 36.

système informatique complexe, coûteux, permanent et [aux] seuls frais¹⁹⁰¹ » du prestataire de service. Ainsi, l'obligation de surveillance ne respecterait pas « l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et, d'autre part, celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les prestataires de services d'hébergement¹⁹⁰² ». Le principe de l'absence d'obligation de surveiller des prestataires de service bénéficie donc d'un ensemble de droits fondamentaux permettant de sanctuariser ce principe. L'Union Européenne sera en outre encadrée dans sa limitation de l'absence d'obligation du droit de surveillance car le Conseil de l'Europe¹⁹⁰³ a réaffirmé le principe de l'absence d'obligation de surveillance de l'internet par les prestataires de service.

1083. Le DMCA présente néanmoins l'avantage de la clarté par rapport à la directive e-commerce. En effet, la section 512(m) écartant toute obligation de surveillance est explicitement applicable à la section 512(d) relative au régime de responsabilité des créateurs automatiques de liens. La directive européenne et les lois françaises n'avaient pas prévu de régime de responsabilité. L'absence d'obligation de surveillance ne s'appliquait initialement pas aux créateurs automatiques de liens. La CJUE¹⁹⁰⁴ a néanmoins étendu le régime juridique des hébergeurs aux créateurs automatiques de liens et a ainsi permis au droit européen de converger vers le droit américain. Les créateurs automatiques de liens ne sont donc pas tenus d'une obligation de surveillance des pages qu'ils référencent. Cette règle est sans doute désuète étant donné que des algorithmes peuvent désormais statuer comme des êtres humains dans 79% des cas¹⁹⁰⁵. Il serait donc possible de laisser les algorithmes contrôler les pages indexées et de solliciter un contrôle humain lorsque le contenu apparaît illicite étant donné que dans la très grande majorité des cas les algorithmes sont en mesure de déterminer la solution juridique.

¹⁹⁰¹ Sabam c. Netlog, *ibidem.*, 46.

¹⁹⁰² Sabam c. Netlog, précité, 47, se fondant sur Scarlet Extended, précité, 49.

¹⁹⁰³ Principe 6 de la Déclaration sur la liberté de la communication sur l'internet, Conseil de l'Europe, 28 mai 2003 (Voir son exégèse page 8).

¹⁹⁰⁴ CJUE, 23 mars 2010, Google Inc. c/ Louis Vuitton, aff. C-236/08 à C-238/08, points 109 à 120.

¹⁹⁰⁵ D. CASSENS WEISS, « *Artificial Intelligence Predicted Case Outcomes With 79% Accuracy By Analyzing Fact Portrayal* », ABA Journal, 25 octobre 2016, accessible à http://www.abajournal.com/news/article/artificial_intelligence_predicted_case_outcomes_with_79_percent_accuracy_by (dernier accès: 26/20/2016).

1084. Il existe néanmoins un consensus européen et américain sur la question de l'absence d'obligation de surveillance de l'internet par les créateurs automatiques de liens. La solution actuelle apparaît désuète mais elle présente l'avantage d'avoir écarté le démon de « 1984¹⁹⁰⁶ » de George Orwell qui avait imaginé une société surveillée à chaque instant.

1085. Les auteurs auraient pourtant pu bénéficier d'une obligation de surveillance qui les aurait aidé à lutter contre les contrefaçons en ligne. Face à la difficulté de combattre seuls les violations de leurs droits, les auteurs ont obtenu certaines concessions qui ont pour effet de limiter le principe de l'absence d'obligation de surveillance des créateurs automatiques de liens.

II) Les exceptions au principe de l'absence d'obligation de surveillance

1086. Le principe de l'absence d'obligation de surveillance débouche sur une certaine irresponsabilité des créateurs automatiques de liens. Les auteurs pâtissent de cette situation dans la mesure où ils ne bénéficient pas d'une collaboration active des créateurs de liens. Les deux droits ont donc divergé sur la question de savoir si le principe d'absence d'obligation de surveillance doit être nuancé. Le droit américain a maintenu une position ferme¹⁹⁰⁷ alors que le droit européen a introduit une exception.

1087. En effet, l'article 15.2 de la directive e-commerce n'interdit pas l'introduction de mesures de surveillance précise et le considérant 47 dispose que les « obligations de surveillances applicables à un cas spécifique » sont autorisées¹⁹⁰⁸. La directive vise ainsi les obligations de surveillance découlant de « décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale ». Le considérant 48 dispose en outre que le principe de l'absence de surveillance générale « n'affecte en rien la possibilité, qu'ont les États membres, d'exiger, des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des

¹⁹⁰⁶ George Orwell, « 1984 », *op. cit.*

¹⁹⁰⁷ F. FINLAY-HUNT, « *Who's Leading The Blind? Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge In the New Digital Millennium* », 2013 Colum. Bus. L. Rev. 906, 2013, 937.

¹⁹⁰⁸ CJUE, 16 février 2012, C-360/10, Sabam c. Netlog, 3 ; E. DERIEUX, « *Neutralité de l'internet. Fournisseurs d'hébergement. Impossible obligation générale mais possibles obligations particulières de surveillance et de filtrage* », RLDI 2012/81, n° 2699, pp. 6-9.

destinataires de leurs services, qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites ». L'article 15 précise ainsi qu'une autorité judiciaire - mais aussi administrative - peut ainsi exiger une mesure de surveillance particulière¹⁹⁰⁹. La LCEN a repris ce principe à l'article 6-I-7°.

1088. Il existe donc des obligations ponctuelles de surveiller les liens mais elles ne peuvent être sollicitées directement par un ayant droit. Il est ainsi nécessaire de passer par le filtre d'une entité administrative ou judiciaire. Ce truchement d'un tiers devrait permettre d'assurer un contrôle sur le bien fondé de la demande et contrôler que la demande de surveillance respecte les conditions de l'arrêt SABAM¹⁹¹⁰, c'est à dire qu'elle soit proportionnée.

1089. L'ouverture à un contrôle administratif constitue une nouveauté en droit français. En effet, il revient traditionnellement au juge judiciaire de contrôler les mesures concernant les libertés¹⁹¹¹. Cependant, la fin du 20^e siècle a vu le développement des autorités administratives indépendantes dont les processus de décisions respectent le principe de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme relatif au procès équitable. Étant donné que la structure juridique n'a *a priori* pas d'influence sur la qualité des individus prenant des décisions, il n'y a pas lieu de voir dans cette ouverture un risque pour les libertés. La France n'a cependant pas opté pour cette possibilité offerte par le droit européen. Les Etats-Unis offrent pourtant des exemples d'autorités administratives aptes à rendre des décisions impartiales¹⁹¹².

1090. Fort de cette expérience, le droit américain aurait pu adopter une position similaire à celle en vigueur en Europe et autoriser les mesures particulières de surveillance à la suite d'un ordre judiciaire ou prononcé par une autorité administrative indépendante. Cependant, l'attachement au principe de l'internet libre et la volonté - fondée sur des raisons économiques - de ne pas pénaliser les géants américains de l'internet, ont débouché sur l'absence d'exception au principe d'absence de surveillance par les prestataires de service.

¹⁹⁰⁹ E. DERIEUX, « Neutralité de l'internet Fournisseurs d'hébergement Impossible obligation générale mais possibles obligations particulières de surveillance et de filtrage », RLDI 2012, 81.

¹⁹¹⁰ CJUE, 16 février 2012, C-360/10, Sabam c. Netlog.

¹⁹¹¹ C. TUKOV, « L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », AJDA 2016, p. 936.

¹⁹¹² Voir notamment la *Securities and Exchange Commission* qui s'occupe des marchés financiers.

1091. Les deux droits divergent donc et se fracturent sur une ligne idéologique forte. Ils convergent cependant sur le principe de la collaboration entre les auteurs et les créateurs automatiques de liens par les notifications.

Paragraphe 2 : Une collaboration effective grâce au formalisme et à la souplesse de la notification

1092. Les créateurs automatiques de liens n'engagent leur responsabilité que s'ils ont connaissance de la présence d'un contenu illicite. Or, les hypothèses où ils acquièrent seuls cette connaissance sont rares. Il revient donc aux ayants droits - qui sont les seuls en charge de la surveillance du respect de leurs droits - d'informer les créateurs automatiques de liens la présence de contrefaçons afin de faire tomber le voile d'ignorance. Les législateurs américain et européen ont par conséquent introduit un mécanisme de collaboration entre les auteurs et les créateurs automatiques de liens.

1093. Le législateur européen est resté plus vague que le Congrès américain qui impose expressément le recours à une notification. La directive laisse les États membres libres de choisir les modalités d'information des créateurs automatiques de liens. Il est même possible de suivre - sur le modèle finlandais - une procédure formelle de notification en matière de droit d'auteur et une démarche plus souple dans les autres domaines couverts par la directive e-commerce¹⁹¹³. Le rapport de la Commission souligne néanmoins qu'il serait préférable d'introduire une procédure commune - comme cela est le cas aux États-Unis - afin de faciliter la protection des droits des auteurs et de ne pas induire des coûts inutiles pour les ayants droit¹⁹¹⁴. Ainsi, alors que les États-Unis respectent le principe de subsidiarité de la *Copyright Clause*¹⁹¹⁵ en l'appliquant aux mécanismes de protection des droits, le législateur européen se limite à conférer des droits subjectifs - dont les contours peuvent varier selon les États - sans

¹⁹¹³ T. VERBIEST, G. SPINDLER, G.M. RICCIO, A. VAN DER PERRE, « *Study On The Liability Of Internet Intermediaries* », 12 novembre 2007, p. 28.

¹⁹¹⁴ T. VERBIEST, G. SPINDLER, G.M. RICCIO, A. VAN DER PERRE, « *Study On The Liability Of Internet Intermediaries* », *ibidem.*, p. 17.

¹⁹¹⁵ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », *ibidem.*, §11.01 s.

préciser les modalités de protection de ces droits. L'Union Européenne a opté pour un régime de partage de souveraineté qui paraît incohérent et peu protecteur des auteurs.

1094. Il existe donc une procédure aux Etats-Unis et vingt-huit procédures au sein de l'Union Européenne. Il existe néanmoins des tendances communes. En effet, si les notifications doivent respecter un formalisme stricte (I), les droits français et américain ont su faire preuve de souplesse (II).

I) La procédure de notifications

1095. Les législateurs américain et français ont introduit des réglementations relativement strictes imposant un formalisme protecteur (A), tout en établissant un équilibre assurant la souplesse nécessaire à la protection des droits des auteurs (B).

A) Le formalisme des notifications

1096. La notification doit suivre un formalisme relativement rigide aussi bien en Europe qu'aux Etats-Unis.

1097. En premier lieu, les droits américain et européen divergent sur la question du recours à la forme écrite. Cette règle, qui est à la base des régimes de notifications américain et français n'est pourtant pas facilement accessible. En effet, le DMCA dispose à la section 512(c) relative aux hébergeurs - qui s'applique aux notifications envoyées aux créateurs automatiques de liens - et non pas à la section 512(d) relatives aux créateurs automatiques de liens que la notification doit être écrite. L'arrêt *Hendrickson v. eBay*¹⁹¹⁶ a ainsi retenu que la notification par téléphone ne suffit pas et qu'il est nécessaire de faire parvenir un écrit. Les dispositions de la section 512(c)(3) relative à la notification et la solution de l'arrêt *eBay* sont

¹⁹¹⁶ *Hendrickson v. Ebay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082, 2001 U.S. Dist. LEXIS 14420, 60 U.S.P.Q.2D (BNA) 1335, Copy. L. Rep. (CCH) P28,313 (C.D. Cal. 2001).

pourtant applicables aux créateurs automatiques de liens étant donné que la section 512(d)(3) renvoie à la section 512(c)(3) en la matière. La notification doit par conséquent être écrite aux États-Unis. Le droit européen ne prend pas position sur la question et il semble donc autoriser les notifications orales. Le droit français n'impose pas *expressis verbis* le recours à un écrit mais le terme de notification renvoie traditionnellement à un écrit car il s'agit d'un acte¹⁹¹⁷. Le droit français laisse donc reposer le régime de protection des droits des auteurs sur une sorte de connaissance commune, ce qui s'avère peu protecteur et rend l'accès au droit aux profanes pour le moins ardu. Ce manque de clarté est d'autant plus surprenant que les droits américain et européen visent à assurer des régimes juridiques sécurisants afin d'encourager le développement de prestataires de services et notamment de créateurs automatiques de liens. Il était donc nécessaire de créer des normes facilement accessibles pour des petites structures et non pas un ensemble de règles confuses compréhensibles uniquement par des juristes expérimentés. Cette faiblesse est compensée par le fonctionnement même de l'internet qui est le domaine de l'écrit. Le droit français converge néanmoins vers le droit américain dans la mesure où les règles de preuve impliquent le recours à un écrit. Cependant, alors qu'en droit américain le recours à l'écrit constitue une norme de fond, il s'agit d'une règle de preuve en France.

1098. Les deux droits appliquent aux créateurs automatiques de liens le formalisme de la notification applicable aux hébergeurs. La notification écrite doit ainsi mentionner l'œuvre originale contrefaite d'une part ainsi que les contenus allégués d'être contrefaisants d'autre part. Le droit américain a expressément introduit cette obligation dans le DMCA¹⁹¹⁸. Le droit français adopte une approche similaire mais a rédigé cette obligation différemment. La LCEN¹⁹¹⁹ oblige en effet les expéditeurs de la notification à décrire les faits litigieux. La Cour de cassation¹⁹²⁰ a ainsi fait obligation aux émetteurs d'une notification de préciser l'œuvre originale ainsi que les contenus argués de contrefaçons. Les deux droits convergent donc mais la LCEN est obligée d'adopter une rédaction plus englobante car son application n'est pas limitée au droit d'auteur. Pour adopter ce raisonnement, la Cour de cassation s'est fondée non pas sur les dispositions de la LCEN mais sur le droit du destinataire de la notification à se « défendre utilement ». À défaut de précision, il serait en effet impossible pour le destinataire de se défendre. Les juges de la Cour de cassation ont ainsi repris le raisonnement que la CJCE

¹⁹¹⁷ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, « *Procédure civile* », *ibidem.*, 887.

¹⁹¹⁸ 17 U.S.C. 512(c)(3)(A)(ii).

¹⁹¹⁹ Article 6-I-5 de la LCEN.

¹⁹²⁰ Civ. 1^e, 17 mars 2016, 14-27990.

dans l'arrêt A. Ahlström Osakeyhtio et autres c. Commission¹⁹²¹. Les juges de Luxembourg avaient fait obligation au demandeur de permettre au défendeur d'être en possession des informations nécessaires - même sommaires - afin d'assurer sa défense. L'obligation de décrire ou d'identifier l'œuvre relève donc du droit à un procès équitable. La CJCE n'a pas innové et a pris en compte les traditions judiciaires européennes¹⁹²². Le droit américain ne s'est pas fondé sur cette approche bien que l'obligation de communiquer les informations nécessaires pour la défense existe également en droit américain¹⁹²³.

1099. Cette divergence souligne les différences de conceptions du rôle des notifications. Le droit français impose en effet une obligation d'exhaustivité et de clarté aux expéditeurs afin qu'ils puissent se défendre utilement dans le cadre d'un procès, alors que le droit américain vise à assurer la meilleure communication possible entre les parties afin de leur permettre de résoudre amiablement leur conflit. La notification est pensée comme constituant la première marche vers le procès en France - et ce bien que l'article 17.1¹⁹²⁴ de la directive e-commerce impose aux États membres d'autoriser les résolutions extrajudiciaires des litiges entre les internautes et les prestataires techniques - alors qu'elle constitue un moyen alternatif de résolution des litiges aux États-Unis.

1100. En outre, afin de résoudre le conflit, les notifications doivent préciser l'identité de l'expéditeur¹⁹²⁵. On voit ici le principe selon lequel « nul ne plaide par procureur¹⁹²⁶ » qui impose aux justiciables à l'origine de la saisine d'un juge de dévoiler leur identité. Les droits français et américain divergent néanmoins sur les modalités d'identification. Les deux droits requièrent de l'expéditeur qu'il fasse mention de son adresse physique¹⁹²⁷ mais seul le droit français impose à l'expéditeur de préciser son nom. Le droit américain ne demande qu'une adresse car ce qui lui importe est de donner un contact à l'ayant droit lui permettant de régler

¹⁹²¹ CJCE 31 mars 1993, A. Ahlström Osakeyhtio et autres c/ Commission [Pâtes de bois], aff. C-89/85, JCP E 1994. I. 338.

¹⁹²² F. FERRAND, « Preuve », Dalloz, Répertoire de procédure civile, janvier 2016, 465.

¹⁹²³ Rule 26 of the *Federal Rules of Civil Procedure*.

¹⁹²⁴ « Les États membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés ».

¹⁹²⁵ France : article 6-I-5 de la LCEN.

Etats-Unis : 17 U.S.C. 512(c)(3)(A)(iv).

¹⁹²⁶ Cass. com., 17 novembre 1992, La Semaine Juridique édition générale, n°4, 27 janvier 1993, 261.

¹⁹²⁷ France : article 6-I-5 de la LCEN.

Etats-Unis : 17 U.S.C. 512(c)(3)(A)(iv).

le litige sans passer par le juge. Il n'est en effet pas nécessaire pour résoudre un litige hors tribunaux d'avoir connaissance de l'identité de l'expéditeur de la notification. Le droit américain requière néanmoins des expéditeurs qu'ils signent les notifications¹⁹²⁸. Cette obligation permettra dans certains cas de dévoiler l'identité de l'expéditeur. Le droit français va plus loin dans l'identification des expéditeurs des notifications en opérant une distinction entre les personnes physiques et les personnes morales. Les premières devront également communiquer leurs professions, leur nationalité, leurs dates et lieux de naissance ; alors que les secondes devront mentionner leurs formes, leurs sièges sociaux et les organes qui les représentent. Le droit français oblige donc à mentionner les éléments qui devront être communiqués aux juges dans le cadre d'un procès alors que le droit américain vise avant tout à permettre aux parties de régler le litige en dehors des tribunaux.

1101. Le droit américain¹⁹²⁹ impose également, à l'inverse du droit français, que soient communiqués le numéro de téléphone ainsi que l'adresse email. L'absence d'obligation de mentionner le numéro de téléphone ainsi que l'adresse email en France est encore symptomatique des différences d'approche. Leur mention dans la notification américaine permet aux *service providers* d'entrer rapidement en contact avec l'éditeur et d'avoir des discussions informelles, alors que le droit français prépare une procédure écrite telle que celle en vigueur devant le Tribunal de grande instance. Il aurait cependant été souhaitable d'introduire cette obligation en droit européen et en droit français afin que les parties puissent se contacter facilement dans le but de résoudre leur litige. Cette différence n'aura cependant pas beaucoup de conséquences pratiques car les notifications peuvent être envoyées par email et, dans cette hypothèse, le destinataire de la notification aura connaissance de l'adresse email de l'expéditeur. L'avantage du droit américain pour les créateurs de liens réside néanmoins dans le fait que si l'adresse email utilisée est fautive la procédure sera invalide et il ne sera donc pas nécessaire de donner suite. Cela permet de préserver la stabilité des liens et avec elle l'accès à internet.

1102. Les deux droits divergent néanmoins sur l'obligation de préciser le destinataire de la notification. La LCEN¹⁹³⁰ requière ainsi que soient mentionnés le nom ainsi que le domicile du destinataire. Étant donné que la loi française distingue entre les personnes physiques et les

¹⁹²⁸ 17 U.S.C. 512(c)(3)(A)(i).

¹⁹²⁹ 17 U.S.C. 512(c)(3)(A)(iv).

¹⁹³⁰ Article 6-I-5 de la LCEN

personnes morales, elle précise que si le destinataire est une personne morale il sera nécessaire de préciser sa dénomination ainsi que son siège social. Il s'agit d'une adaptation aux particularismes de la personne morale. Le droit américain n'impose pas cette formalité aux expéditeurs de notifications car la notification constitue un échange entre les parties et il n'est donc pas nécessaire de préciser la qualité du destinataire alors qu'en France la notification est pensée comme constituant un acte judiciaire¹⁹³¹ en puissance. Il est par conséquent nécessaire de préciser les deux parties en litige dans la notification française pour le juge.

1103. Un autre point de divergence entre les deux systèmes est la question de la bonne foi. Le DMCA impose en effet de rédiger un écrit précisant que la notification portant sur le caractère illicite des contenus visés est effectuée de bonne foi¹⁹³². Il s'agit d'une condition de validité de la notification¹⁹³³. Dès lors que la notification est envoyée de bonne foi son expéditeur n'engagera pas sa responsabilité même si elle est mal fondée¹⁹³⁴. Le droit français¹⁹³⁵ n'impose pas cette obligation mais exige que l'expéditeur argumente son affirmation en décrivant les faits litigieux et en expliquant la raison pour laquelle le contenu doit être retiré. Il doit pour cela mentionner les dispositions légales pertinentes et expliquer dans quelle mesure elles sont applicables aux faits. Le clivage est important entre le droit américain qui - peut-être naïvement - demande simplement aux internautes d'être de bonne foi, et le droit français qui impose aux expéditeurs de notifications de justifier leur point de vue.

1104. Il s'agit là non pas d'une simple différence normative mais du reflet d'une différence culturelle. Les deux pays ont une tradition judéo-chrétienne qui interdit le mensonge, mais la conception protestante et rigoriste des premiers siècles des colonies américaines a fortement influé sur la conception du mensonge¹⁹³⁶. Les Etats-Unis ont ainsi régulièrement recours au

¹⁹³¹ Un acte judiciaire est un acte de procédure. Voir G. CORNU, « Vocabulaire Juridique », PUF, 11^e édition, 2016, Acte judiciaire.

¹⁹³² 17 U.S.C. 512(c)(3)(v).

¹⁹³³ *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082 (C.D. Cal. 2001).

¹⁹³⁴ *Rossi v. Motion Picture Ass'n of America, Inc.*, 391 F.3d 1000, 33 Media L. Rep. (BNA) 1047, 73 U.S.P.Q.2d 5BNA) 1046 (9th Cir. 2004).

¹⁹³⁵ Article 6-I-5 de la LCEN.

¹⁹³⁶ A. KASPI, F. DURPAIRE, H. HARTER, A. LHERM, « *La civilisation américaine* », *ibidem.*, p. 400 s.

mécanisme de l'affirmation de la bonne foi lors de la fourniture d'informations¹⁹³⁷. La parole donnée est traditionnellement plus importante aux Etats-Unis qu'en France où le rapport à la vérité est plus distendu¹⁹³⁸. À l'inverse, étant donné que le droit français fait peu confiance à la parole donnée - en dehors du cas de l'aveu judiciaire - depuis la fin du Moyen-Âge¹⁹³⁹, il requière des parties qu'elles justifient leurs prétentions. L'interdit du mensonge est donc beaucoup plus fort aux Etats-Unis qu'en France et la divergence entre les règles françaises et américaines est en partie le fruit des différences culturelles. Dès lors, le recours à l'obligation de l'affirmation de la bonne foi aura un meilleur impacte aux Etats-Unis qu'en France où les relations reposent sur l'argumentation. La conception moraliste américaine s'oppose donc à la conception sophiste française.

1105. Enfin, les deux systèmes divergent sur la procédure à suivre avant la saisine du juge. Le droit français requière des ayants droit qu'ils fournissent au créateur automatique de liens la « copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification ». À défaut, l'ayant droit devra fournir la preuve que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté. Cette procédure fait écho à celle instauré à l'article 56 du Code de procédure civile qui impose de préciser dans une assignation les « diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige » sauf s'il existe un « motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée ». La procédure de la notification est cependant plus rigide dans la mesure où elle exonère l'expéditeur de la recherche d'une solution amiable que si l'auteur ou l'éditeur ne peut être contacté et ne prend donc pas en considération les motifs légitimes. La LCEN fait également obligation, à l'inverse du DMCA, de mentionner la date d'envoi tout comme la requête ou la déclaration¹⁹⁴⁰. Le droit français conçoit donc, à l'inverse du droit américain, les relations entre les ayans droit et le créateur de liens comme une période de préparation au litige alors qu'il s'agit d'une phase de résolution à l'amiable aux Etats-Unis.

¹⁹³⁷ A.R. MILLER, J.M. JORDAN, « *The Impact of the Good Faith Requirement Upon the Parties (Good Faith : a Mini-Symposium)* », printemps 1991, 26 Tort & Ins. L.J. [vii], 602 s.

¹⁹³⁸ M. JOSEPH, « *Le mensonge, un crime très mal perçu aux Etats-Unis* », 6 juillet 2011, Le Figaro, accessible à <http://www.lefigaro.fr/international/2011/07/06/01003-20110706ARTFIG00423-le-mensonge-un-crime-tres-mal-percu-aux-etats-unis.php> (dernier accès: 24/06/2016).

¹⁹³⁹ Pendant le Moyen-Âge, notamment à cause de l'alphabétisme de la population, de la facilité de créer de fausses pièces écrites ainsi que de la morale chrétienne qui interdisait le mensonge, la parole donnée était le principal mode de preuve. Le paradigme a changé avec la sécularisation de la société et l'amélioration de l'alphabétisation qui ont eu pour conséquence de renverser le paradigme médiéval. La preuve orale est désormais considérée comme étant peu fiable. Voir B. LEMESLE, « *La preuve en justice - de l'Antiquité à nos jours* », Presses universitaires de Rennes, 2015, p. 149-169.

¹⁹⁴⁰ Article 58 du Code de procédure civile.

1106. L'Union Européenne n'a pas harmonisé la procédure de notification¹⁹⁴¹ et chaque État membre a donc une procédure qui lui est propre. L'approche française n'est pas la plus protectrice des intérêts des créateurs automatiques de liens. En effet, elle n'a pas opté, à l'inverse de certains États membres de l'Union Européenne, pour des procédures assurant un meilleur contrôle du bien fondé de la notification. Le Royaume-Uni a en revanche introduit un régime de notification indirecte via la *Internet Watch Foundation*. Elle centralise les notifications portant sur des contenus illicites et notamment de nature criminelle¹⁹⁴² ce qui permet l'introduction d'un tiers impartial. La Belgique a judiciairisé la procédure en imposant aux expéditeurs de notifications de les envoyer auprès du parquet. Les approches sont donc éclatées en Europe. La France a opté pour une procédure complètement déjudiciarisée en confiant la résolution du litige aux seules parties sans introduire un tiers. Cette approche est certes conforme à l'idéal d'un monde purgé de conflits, mais elle ne prend pas en compte le monde tel qu'il est car aucune société ne peut fonctionner sur la base de l'autorégulation des individus¹⁹⁴³. Bien que cela aurait ralenti le traitement des notifications, le recours à un tiers aurait permis non seulement un contrôle du bien fondé des notifications par une entité non intéressée dans le litige - et donc *a priori* plus objective - et aurait pu constituer un facteur de médiation entre les parties de nature à résoudre les litiges de la façon la plus satisfaisante possible pour les parties. La gestion du différent directement par les deux parties risque de permettre aux moteurs de recherche - qui sont en position de force face aux auteurs - de privilégier leurs intérêts face à ceux des ayants droit.

1107. Ce manque d'harmonisation ne semble satisfaire que les souverainistes européens qui ne prennent pas en compte les difficultés que cette situation présente pour les titulaires de droit. En effet, les ayants droit sont tenus de se renseigner, s'ils souhaitent émettre des notifications dans tous les États de l'Union Européenne et aux Etats-Unis, sur les détails de 29 procédures. Il n'est pas évident que tous les auteurs acceptent d'engager les dépenses nécessaires afin de louer les services d'avocats dans les 29 États¹⁹⁴⁴. Ils risquent ainsi de se concentrer sur quelques pays - et notamment les plus importants en terme de part de marché - dont les Etats-Unis et la France. Il existe donc un risque de créer *de facto* des paradis

¹⁹⁴¹ Scarlet Extended, point 32.

¹⁹⁴² Voir *Internet Watch Foundation*, « Home page », accessible à <https://www.iwf.org.uk> (dernière visite : 26/04/2016).

¹⁹⁴³ A. SUPIOT, « *Homo Juridicus* », *op. cit.*, p. 202.

¹⁹⁴⁴ C'est à dire les 28 États membres de l'Union Européenne et les Etats-Unis.

numérique au sein de l'Union Européenne lorsque les marchés sont trop limités. Cette situation constitue donc une prime à la contrefaçon pour les plus petits États de l'Union Européenne. Il apparaît que la vision des souverainistes est lacunaire car un pays est plus indépendant - du moins culturellement - lorsqu'il est capable de protéger ses auteurs et d'encourager à la production intellectuelle en ayant établi une procédure commune en collaboration avec d'autres États que dans la situation inverse. En outre, cette absence d'harmonisation privilégie les auteurs dont les publics sont dans les plus grands pays car il leur sera plus souvent possible et économiquement faisable d'envoyer des notifications. En revanche, les frais de recherche et d'envoi de notification risquent de dépasser les gains escomptés dans les aires culturelles plus circonscrites. Cette différence serait fortement amenuisée s'il existait une procédure unique pour toute l'Union Européenne.

1108. Les Etats-Unis et l'Union Européenne devraient en outre harmoniser leurs procédures autour du modèle britannique afin de maintenir une procédure déjudiciarisée tout en assurant un contrôle par un tiers. Il est évident que cela ne constituerait pas une solution à tous les problèmes, mais un mécanisme de médiation pourrait ainsi être proposé aux ayants droit et aux internautes. La constitution d'un modèle unique occidental présenterait en outre l'intérêt d'être particulièrement influent et inciterait d'autres États à adopter des règles communes. Cela favoriserait l'émergence d'un *jus commune* protecteur des auteurs et plus généralement de l'internet car les modèles occidentaux rejettent l'idée de surveillance de l'internet par les créateurs de liens.

1109. Heureusement, les droits français et américain font preuve d'une certaine souplesse qui permet d'atténuer les complexités des deux régimes, et assure la prise en compte d'un grand nombre de notifications.

B) La souplesse des notifications

1110. La souplesse dans les notifications est non seulement nécessaire pour compenser la difficulté que présente l'existence de 29 systèmes juridiques différents - c'est à dire les États membres de l'Union Européenne et les États-Unis - mais également parce que la résolution des litiges sur internet requiert une vitesse peu compatible avec des procédures rigides et

lentes, mais également afin de ne pas rejeter des notifications rédigées par des auteurs qui ne sont pas des professionnels du droit. Il est en outre préférable que les auteurs disposent du maximum de temps pour se concentrer sur la création. Le droit doit donc leur imposer le moins de contraintes possibles et donc le moins de recherches juridiques possibles. Enfin, une procédure rigide opposable aux hébergeurs ainsi qu'aux créateurs automatiques de liens présenterait peu de pertinence étant donné que les caractéristiques de chaque service changent. La souplesse dans les notifications permettra de mieux prendre en compte les spécificités des destinataires.

1111. Ainsi, ni le DMCA ni la directive e-commerce ne précisent les modalités d'envoi de la notification. Dès lors, il est possible de l'envoyer par courrier, par télécopie comme cela a été le cas pour la société Zadig Productions dans l'arrêt *Dailymotion c. Zadig*¹⁹⁴⁵, ou encore par email. Cette souplesse était souhaitable car il s'agit de procédures qui visent à résoudre les différends sans présenter de litige à une juridiction. Il est donc nécessaire d'assurer la plus grande souplesse possible dans les modalités de communications pour les parties dans le cadre d'une procédure amiable. Cela permet de réagir plus rapidement et de ne pas perdre de temps à cause de nullités alors que la vitesse est un élément clé de la lutte contre la contrefaçon sur internet.

1112. Outre cette question où la France et les États-Unis ont convergé, le droit américain a fait preuve de plus de souplesse que le droit français. En effet, l'arrêt *Perfect 10 v. CCBill*¹⁹⁴⁶ a vu sa notification rejetée car elle contenait 25.000 photographies. L'arrêt a considéré qu'une telle notification ne s'avère pas sérieuse. La notification doit être d'une taille raisonnable pour les *service providers*. Afin d'équilibrer les intérêts des *service providers* avec ceux des ayants droit qui veulent opposer leurs prérogatives, le DMCA¹⁹⁴⁷ accepte que ne soit mentionnée qu'une liste représentative des contrefaçons faisant obligation au créateur automatique de liens de retirer tous les contenus. Cette approche n'est pas surprenante aux États-Unis car il est de pratique courante, notamment pour le *Copyright Office*, de ne contrôler que certains éléments d'une notification lorsqu'elle s'avère particulièrement longue. Cette règle est sans doute plus pertinente lorsqu'elle est opposée aux hébergeurs qu'aux créateurs automatiques de

¹⁹⁴⁵ Cour d'appel de Paris, 2^e ch., pôle 5, 3 décembre 2010, *Dailymotion c. Zadig Productions et autres*.

¹⁹⁴⁶ *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F. Supp. 2d 1077, 2004 U.S. Dist. LEXIS 17643, 71 U.S.P.Q.2D (BNA) 1568 (C.D. Cal. 2004).

¹⁹⁴⁷ 17 U.S.C. §512(c)(3)(A)(ii).

liens étant donné qu'ils stockent les contenus sur leurs serveurs et qu'ils pourront retrouver aisément tous ceux téléchargés par un même internaute. Cette facilité de l'accès aux contrefaçons est moins évidente pour les créateurs automatiques de liens qui ne peuvent contrôler tous les contenus mis en ligne par un même internaute. Il est cependant exclu que l'expéditeur puisse se contenter d'une liste vague faisant simplement référence à l'ensemble des œuvres d'un artiste¹⁹⁴⁸. La jurisprudence a parfois exigé la mention des adresses URL de chaque contrefaçon¹⁹⁴⁹. La souplesse américaine vient donc du fait que les expéditeurs d'une notification doivent limiter sa taille afin qu'elle puisse être traitée facilement. Cela évite de peser de façon disproportionnée sur les créateurs automatiques de liens, ce qui renforce leur liberté d'entreprendre. Le droit français adopte la solution inverse.

1113. En effet, le jugement du TGI de Paris¹⁹⁵⁰, dans l'affaire dite Jimmy Hendricks, a fait obligation aux parties d'apporter la preuve de l'originalité de chaque copie arguée de contrefaçon. La décision constitue la règle du TGI de Paris qui est particulièrement influant en matière de droit d'auteur. Les ayants droit, qui seront nombreux à le saisir, ne pourront donc pas présenter une notification incomplète. À défaut, les demandes ne seront pas prises en compte et devront faire l'objet d'un autre procès. La règle pourra être plus souple devant d'autres TGI, mais le principe du contradictoire devrait imposer aux parties de préciser et d'expliquer chaque argument. Il conviendra donc de mentionner toutes les contrefaçons dès l'étape de la notification.

1114. La notification doit en outre préciser l'emplacement du contenu contrefaisant. Cette obligation est particulièrement pertinente pour les créateurs automatiques de liens qui, à défaut, seraient tenus de contrôler l'intégralité de l'internet. Elle est moins utile - mais tout de même pertinente - pour les hébergeurs bien qu'ils aient un accès plus aisé aux contenus qui se trouvent sur leurs réseaux. Le législateur américain a adopté une approche plus souple en la matière que le droit français. En effet, le DMCA ne requiert que des informations raisonnablement nécessaires¹⁹⁵¹ afin de localiser le contenu. Il n'est donc pas nécessaire

¹⁹⁴⁸ *Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC*, 821 F. Supp. 627, 101 U.S.P.Q.2d 1093 (S.D. N.Y. 2011).

¹⁹⁴⁹ *Perfect 10 v. Giganews, Inc.*, 993 F. Supp. 2d 1192, 1198-200 (C.D. Cal. 2014).

¹⁹⁵⁰ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 21 mai 2015, société Bowstir Limited, G.M. c. Egotrade SARL, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4612 (dernier accès : 28/08/2016).

¹⁹⁵¹ 17 U.S.C. 512(c)(3)(A)(iii) ; *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F. 3d 619 (4th Cir. 2001).

d'apporter toutes les précisions possibles dès lors que leur obtention nécessiterait des recherches déraisonnables. Cette formulation est particulièrement imprécise et ne participe pas à l'établissement d'un régime juridique certain et prévisible pour les créateurs automatiques de liens. Elle autorise cependant la rédaction de notifications plus courtes et accélère ainsi le processus de résolution des conflits, ce qui s'avère favorable pour les ayants droit. La LCEN impose en revanche que la localisation précise soit mentionnée dans la notification. Le droit français n'a pas précisé s'il était nécessaire de mentionner l'adresse URL mais la différence de rédaction des deux lois laisse penser que les juges français n'accepteront que les notifications précisant l'adresse URL car il s'agit du seul moyen de fournir la localisation précise. La jurisprudence américaine¹⁹⁵² a quant à elle pu considérer que l'absence de mention de l'adresse URL fait obstacle à l'information du créateur automatique de lien et empêche de faire tomber le voile d'ignorance. Les deux droits vont donc certainement converger sur le critère de la communication de l'adresse URL. Étant donné qu'il s'agit d'un formalisme très simple permettant d'économiser du temps aux créateurs automatiques de liens - ce qui limite le poids sur leur liberté d'entreprendre au strict nécessaire - il y a lieu d'imposer une telle obligation.

1115. Enfin, le formalisme a été globalement nuancé par la jurisprudence américaine qui a accepté que les notifications ne respectent qu'une part substantielle des conditions imposées dans l'arrêt *ALS Scan v. RemarQ Communities*¹⁹⁵³. Il a ainsi été retenu qu'une notification comportant les noms des auteurs et des œuvres avec des copies d'écran du site litigieux sur lesquelles les liens pertinents avaient été surlignés et marqués par un astérisque respectait suffisamment les conditions de la notification¹⁹⁵⁴ et ce, alors que les adresses URL n'étaient pas mentionnées. Le droit français devrait converger vers le droit américain¹⁹⁵⁵ sur le fait qu'il n'écartera pas les notifications pour de simples erreurs techniques telles qu'une faute dans un nom dès lors qu'elle peut être réparée.

¹⁹⁵² *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 75071, 2010 WL 9479059 (C.D. Cal. July 26, 2010).

¹⁹⁵³ *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Cmty., Inc.*, 239 F.3d 619, 2001 U.S. App. LEXIS 1567, 57 U.S.P.Q.2D (BNA) 1996 (4th Cir. Md. 2001).

¹⁹⁵⁴ *Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.*, 00 Civ. 4660 (SHS), 2002 WL 1997918 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2002).

¹⁹⁵⁵ S. Rep. No. 105-190, at 47 (1998); H.R. Rep. No. 105-551 (II), at 56 (1998); *Recording Indus. Ass'n of Am., Inc. v. Verizon Internet Servs.*, 351 F.3d 1229, 359 U.S. App. D.C. 85, 2003 U.S. App. LEXIS 25735, 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1075, Copy. L. Rep. (CCH) P28,734, 31 Comm. Reg. (P & F) 438 (D.C. Cir. 2003), 1236.

1116. La jurisprudence américaine se montrera en revanche plus flexible sur ce dernier point. En effet, lorsque la notification concerne une œuvre mise en ligne avant sa sortie officielle, la jurisprudence accepte un formalisme plus souple des notifications. Ainsi, l'arrêt *Hendrickson*¹⁹⁵⁶ a retenu que, dans les hypothèses où les auteurs d'un film n'ont pas autorisé sa sortie, toutes les copies sont illicites et leur recherche nécessite un examen moins approfondi que dans les cas où il existe concomitamment des reproductions licites et des contrefaçons. Cette solution est particulièrement protectrice des auteurs en leur permettant de se libérer d'un carcan formaliste lorsque le bien fondé de leur demande ne fait pas de doute. La solution américaine est d'autant plus intéressante qu'elle permet de réagir rapidement lorsqu'une œuvre est mise en ligne avant sa date de sortie officielle alors que cela pourrait compromettre l'avenir économique de l'œuvre et donc les chances de revenus de son auteur. Cela assure le respect de l'état de rareté artificielle qui permet d'opposer un prix sur l'œuvre, et évite une situation comme celle qu'a connu Spike Jonze¹⁹⁵⁷ dont l'œuvre avait perdu sa valeur marchande à cause du piratage. Afin d'assurer le respect des intérêts des auteurs, la jurisprudence française devrait adopter une approche similaire.

1117. Les deux systèmes ont donc adopté des régimes fortement divergents. Cette différence est surprenante dans la mesure où ils poursuivent tous deux l'objectif de l'établissement d'un équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux des créateurs automatiques de liens. Les Etats-Unis ont ainsi privilégié le pragmatisme d'une réponse rapide alors que la France s'inscrit dans une approche judiciaire qui s'avère beaucoup plus lourde à cause de l'obligation du respect du principe du contradictoire. La France continue donc à ne pas se fier aux agents privés pour trouver une réponse juste alors que les Etats-Unis visent à déjudiciariser le plus possible afin d'aboutir à des solutions non contrôlées par une entité étatique. Il y a donc deux modèles de civilisations qui s'opposent.

1118. Il existe donc un formalisme relativement plus souple aux Etats-Unis pour les notifications qu'en France. Malgré les divergences, les procédures s'inscrivent dans le cadre d'une collaboration entre les créateurs de liens et les ayants droit.

¹⁹⁵⁶ *Hendrickson v. Ebay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082, 2001 U.S. Dist. LEXIS 14420, 60 U.S.P.Q.2D (BNA) 1335, Copy. L. Rep. (CCH) P28,313 (C.D. Cal. 2001), 1090.

¹⁹⁵⁷ David Itzkoff, Spike Jonze's Kanye West Film Is Leaked, N.Y. TIMES, Oct. 24, 2009, at C1.

II) La collaboration entre les créateurs de liens et les ayants droit

1119. Les droits américain et français ont écarté l'intervention de l'État ainsi que de tous tiers dans la gestion des litiges relatifs aux hyperliens et ont laissé la gestion de ces problèmes aux ayants droit et aux créateurs automatiques de liens. Ainsi, une fois la notification reçue par les créateurs automatiques de liens, ils ont l'obligation de traiter (I) des notifications sérieuses dont les ayants droit auront contrôlé le bien fondé (II).

A) L'examen de la notification par les créateurs de liens

1120. La collaboration s'effectue entre un ayant droit et un prestataire de service. La recherche d'un équilibre entre les intérêts des différentes parties est à l'origine de l'émergence de régimes juridiques applicables à la réception de la notification (A) et au traitement (B).

1) La réception de la notification

1121. Tout d'abord, les créateurs automatiques de liens doivent être en mesure de recevoir correctement les notifications. Cela leur impose d'instaurer un mécanisme de réception des notifications. Alors que le droit américain disposait déjà d'un modèle alors que le droit français a dû innover.

1122. Le législateur américain s'est en effet inspiré de mécanismes existant déjà en droit des sociétés. La loi commune américaine sur le droit des sociétés¹⁹⁵⁸, ainsi que la loi uniforme sur les *partnerships*¹⁹⁵⁹ - qui n'ont pas de valeur obligatoire mais ont influé sur la rédaction des lois des États fédérés relatives aux sociétés et aux *partnerships* - suggèrent de prévoir qu'un membre de la société sera en charge de la réception des plaintes du public¹⁹⁶⁰. Le *registered*

¹⁹⁵⁸ *Model Business Corporation Act*, 2002.

¹⁹⁵⁹ §1001(c)(3) *Uniform Partnership Act* (1997).

¹⁹⁶⁰ §5.01 of the *Model Business Corporation Act*.

agent reçoit les notifications et les mises en demeure afin de les transférer à la dernière adresse connue de la société¹⁹⁶¹. Ce modèle a été repris par le législateur qui l'a imposé à la section 512(c) du *Copyright Act* relative aux hébergeurs. L'agent doit être enregistré auprès du *Copyright Office*¹⁹⁶² et il est tenu de communiquer à l'agence fédérale son nom, son adresse, son numéro de téléphone, son adresse électronique et toutes les informations réputées nécessaires par les agents fédéraux.

1123. Cette obligation n'a cependant pas été étendue aux créateurs automatiques de liens car la section 512(c)(2) dispose explicitement que l'obligation d'avoir un agent ne s'applique qu'aux hébergeurs. Cette solution est pour le moins surprenante étant donné qu'il s'agit d'un mécanisme largement diffusé aux Etats-Unis et donc facile à reproduire pour les créateurs automatiques de liens qui disposent généralement d'un agent dès lors qu'ils sont constitués en sociétés ou en *partnership*. En outre, les dispositions des sections 512(c) et 512(d) du *Copyright Act* sont relativement similaires et les solutions jurisprudentielles sur l'une constituent souvent des précédents pour l'autre. Il est par conséquent surprenant d'avoir écarté l'obligation de constituer un agent pour les créateurs automatiques de liens car cette distinction n'assure pas une meilleure protection des auteurs ni des *service providers*. Il aurait été préférable d'introduire l'obligation pour tous les *service providers* d'avoir un agent spécialisé dans les notifications relatives aux contrefaçons. Cela aurait facilité le contact avec les créateurs automatiques de liens et, en spécialisant un service sur cette question, les notifications auraient été traitées plus rapidement.

1124. Le droit français ne connaît aucune obligation similaire et converge donc vers le droit américain en matière de responsabilité des créateurs automatiques de liens. Les requêtes à l'égard des sociétés doivent être envoyées au siège de la société ou à l'adresse de l'une de ses succursales conformément à la théorie des gares principales¹⁹⁶³ en droit français. En droit américain, à défaut de précision du DMCA, il y a lieu d'appliquer le droit commun à l'instar du droit français.

¹⁹⁶¹ N.G. KARAMBELAS, « *The Limited Liability Company in Perspective* », juin 2016, 1 *Ltd. Liab. Co. :L., Prac. And Forms* §6 :12, Voir notamment : *Cal. Corporations Code* §18200, *Va Code Ann* § 13.1-1015(B).

¹⁹⁶² 17 U.S.C. 512(c)(2)(A).

¹⁹⁶³ Cass. req. 15 mai 1844, S. 1844.1.394 ; 15 avr. 1893, DP 1894.1.539 ; Cass. 1^{re} civ. 15 nov. 1983, Bull. civ. I, no 269 ; TGI Lyon, 16 oct. 1973, JCP 1974. II. 17762, note G. Couchez) ; P. DIDIER, « *Droit commercial* », Tome 2, 3^e édition, 1999, PUF, p. 92.

1125. Les droits américain et français convergent donc globalement sur les modalités d'envoi des notifications. Cela permettra donc, dans une perspective sartrienne¹⁹⁶⁴, de faire exister effectivement la contrefaçon en droit. L'existence d'un contenu litigieux devra par conséquent être pris en compte par le créateur automatique de liens.

2) Le traitement de la notification

1126. À la suite de la réception de la notification, les créateurs automatiques de liens doivent collaborer¹⁹⁶⁵ en mettant un terme au lien mentionné dans la notification. Les droits français et américain ont initialement profondément divergé sur le rôle des prestataires techniques. En effet, le DMCA¹⁹⁶⁶ ne fait aucune mention de l'obligation de contrôler le bien fondé des notifications. Les créateurs automatiques de liens ont donc intérêt à retirer les liens sans contrôler le bien fondé de la notification¹⁹⁶⁷. En droit français en revanche la LCEN¹⁹⁶⁸, transposant en droit français les dispositions de la directive e-commerce¹⁹⁶⁹, impose aux créateurs automatiques de liens de contrôler le bien fondé de la notification. Il existe donc une divergence de principe entre les deux systèmes.

1127. Les divergences législatives n'ont dans un premier temps pas été traduites par des différences de solution en jurisprudence et les droits français et américain ont initialement convergé¹⁹⁷⁰. En effet, les juges français ont initialement procédé à une lecture *contra legem* des dispositions de l'article 14 de la directive e-commerce. La Cour de cassation a ainsi

¹⁹⁶⁴ J.-P. SARTRE, « *Les mots* », Gallimard, 1963.

¹⁹⁶⁵ S. Rep. No. 105-190, at 21 (1998).

¹⁹⁶⁶ La section 512(d)(A)(3) énonce en effet que le service provider n'engage pas sa responsabilité lorsqu'il désindexe rapidement.

¹⁹⁶⁷ M. TRIMBLE, « *Setting Foot on Enemy Ground : Cease-And-Desist Letters, DMCA Notifications and Personal Jurisdiction in Declaratory Judgment Actions* », 50 IDEA 777 2009-2010, p. 781.

¹⁹⁶⁸ L'article 6-I-2 de la LCEN dispose en effet que les prestataires techniques doivent retirer les contenus illicites à la suite de la réception d'une notification. Or la notification ne constitue pas une preuve de l'illégalité mais seulement de l'existence d'un litige. Il s'en suit que la notification n'oblige pas les prestataires, et notamment les moteurs de recherche, à désindexer les contenus mentionnés dans une notification.

¹⁹⁶⁹ L'article 14 de la directive e-commerce n'oblige les moteurs de recherche à désindexer les contenus que si leur illicéité est apparente. Voir Lamy droit des médias et de la communication, juin 2013, 464.96.

¹⁹⁷⁰ Lamy droit des médias et de la communication, juin 2013, 464.100.

retenu¹⁹⁷¹ que la réception de la notification fait obligation au prestataire de service de retirer le contenu litigieux. Les juges sont ainsi allés à l'encontre de la lettre de la directive et de la LCEN dans l'objectif d'assurer une protection forte du droit d'auteur. Les juges français se sont donc placés dans la tradition jurisprudentielle française qui, depuis le 19^e siècle lorsqu'elle a procédé à une reconnaissance prétorienne des droits moraux, a cherché à renforcer les prérogatives des auteurs.

1128. Les juges américains et français ont en outre adopté une conception très moderne en appliquant le principe de la neutralité des prestataires techniques¹⁹⁷². Le paradigme de la neutralité des prestataires techniques s'est donc trouvé appliqué à l'analyse d'une notification car ils n'avaient pas l'obligation de contrôler le bien fondé des notifications. Cette solution s'avérait particulièrement protectrice de la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens qui n'avaient ainsi pas besoin d'effectuer des dépenses importantes afin d'analyser les notifications des auteurs. En outre, les créateurs automatiques de liens voyaient leur tâche facilitée car ils bénéficiaient de régimes juridiques similaires aux Etats-Unis et en France sur cette question, ce qui facilitait leur installation dans les deux pays.

1129. La jurisprudence française tend néanmoins à diverger de celle américaine et à évoluer vers une lecture plus rigoureuse des dispositions de la directive et de la LCEN¹⁹⁷³. Ainsi, un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris¹⁹⁷⁴ - dont la décision ne constituait peut-être pas la position du droit français - a procédé dans un premier temps à un examen du caractère manifeste de l'illicéité et, constatant que celui-ci faisait défaut, il a retenu que le prestataire de service n'engageait pas sa responsabilité pour l'absence de retrait. Le TGI a néanmoins ordonné à l'hébergeur de déréférencer le contenu. Le prestataire technique n'engagera donc sa responsabilité que si le caractère illicite est manifeste ou s'il n'obtempère pas à la décision de justice et non pour absence de retrait à la suite de la réception de la notification. Or, pour savoir si le caractère illicite est manifeste il est nécessaire de contrôler le contenu argué de contrefaçon. Le TGI de Paris introduisait ainsi - à l'opposé des dispositions du DMCA - l'obligation pour les créateurs automatiques de liens de contrôler le bien fondé

¹⁹⁷¹ Cass. civ. 1^e, 17 février 2011, *juriscom.net* : dans cette décision la Cour de cassation retient qu'à réception de la notification l'hébergeur doit retirer le contenu mentionné.

¹⁹⁷² M. TRIMBLE, « *Setting Foot on Enemy Ground : Cease-And-Desist Letters, DMCA Notifications and Personal Jurisdiction in Declaratory Judgment Actions* », 50 *IDEA* 777 2009-2010, p. 781.

¹⁹⁷³ Lamy droit des médias et de la communication, juin 2013, 464.99.

¹⁹⁷⁴ TGI Paris, 4 avril 2013, *juriscom.net*.

d'une notification. Cette solution a été confirmée l'année suivante par la Cour d'appel de Paris¹⁹⁷⁵ dans un domaine autre que le droit d'auteur. Cependant, étant donné que les dispositions de la LCEN sont d'application transversales la solution aura vocation à s'étendre au droit d'auteur. Le droit français semble donc imposer désormais aux créateurs automatiques de liens une obligation de contrôle du bien fondé des notifications. La solution dégagée par le TGI et la Cour d'appel de Paris permet de palier au risque élevé de notifications abusives¹⁹⁷⁶. Le droit allemand¹⁹⁷⁷ a adopté une approche plus nuancée - et donc une troisième voie - en retenant que le créateur de liens n'engagera sa responsabilité que s'il n'a pas pris des mesures raisonnables afin de retirer le lien. Il en résulte de fortes divergences entre les États de l'Union Européenne - où l'harmonisation a été effectuée *a minima* - et les États-Unis et ce, au détriment des auteurs. Un rapport propose d'introduire un système de notification européen sur le modèle français¹⁹⁷⁸ - qui présente l'avantage pour les auteurs d'être le plus similaire au modèle américain permettant ainsi de ne pas être confronté à des procédures trop différentes en Occident - mais cette proposition n'a toujours pas été reprise par le Parlement européen.

1130. Néanmoins, certains auteurs se sont élevés contre cette situation. Il a donc été proposé que les litiges soient dans un premier temps présentés à un tribunal arbitral en ligne afin de prendre une décision sur le bien fondé de la notification¹⁹⁷⁹. L'avis du collège arbitral constituerait un « *smell test*¹⁹⁸⁰ », c'est à dire un contrôle de l'ambiance légale ou illégale du litige et notamment de la légalité du lien. Ce type d'approche est assez courante dans la tradition de *Common Law* mais elle constituerait une innovation sans doute mal comprise par

¹⁹⁷⁵ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 4 avril 2013, Rose B. c. JFG Networks : considérant qu'en l'absence de trouble manifestement illicite caractérisé par les propos de l'article incriminé, et donc de contenu manifestement illicite, la société JFG Networks n'était pas tenue, en tant qu'hébergeur, à l'obligation de retrait prescrite par l'article 6-I-2 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 ; que l'ordonnance entreprise doit en conséquence être confirmée.

¹⁹⁷⁶ T. VERBIEST, « *Study on the Liability of Internet Intermediaries* », 12 novembre 2007, p. 16, accessible à : http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf (dernier accès: 7/03/2015).

¹⁹⁷⁷ L. EDWARDS, « *The Problem of Intermediary Service Provider Liability* », in *The New Legal Framework for E-Commerce in Europe*, Hart publishing, 2005, p. 115.

¹⁹⁷⁸ C. KASTBERG NIELSEN, C. JRVELUND, K. GROS PEDERSEN, B. RYTZ, E. STIG HANSEN, J. LIND RAMSKOV, « *Study on the Economic Impact of the Electronic Commerce Directive* », *op. cit.*, p. 16-17, accessible à : http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf (dernier accès: 28/08/2016).

¹⁹⁷⁹ S. HONG, « *The Digital Millenium Copyright Act and Protecting Individual Creative Rights : A Proposal for On-Line Copyright Arbitration* », 2 *Cardozo Online J. Conf. Res.* 110, décembre 2000.

¹⁹⁸⁰ Llewellyn Joseph Gibbons, « *Rusticum Judicium? Private "Courts" Enforcing Private Law and Public Rights: Regulating Virtual Arbitration in Cyberspace* », 24 *Ohio N.U. L. Rev.* 769, 775 (1998).

les juristes de *Civil Law* qui ont l'habitude de concepts clairs et précis dans la tradition romaine. Cette procédure en ligne constituerait cependant un moyen rapide et efficace de traiter les notifications - qui pourraient être reçues par un agent en ligne - tout en assurant un contrôle minimal par un tiers des notifications. Cela permettrait de limiter l'impact des notifications infondées qui seraient ainsi rejetées. Il est difficile de déterminer *a priori* l'intérêt de cette procédure et il y a sans doute lieu de laisser aux parties la possibilité de recourir à cette modalité de résolution des conflits. Ce type d'arbitrage présentera sans doute l'intérêt de diminuer les coûts pour des litiges impliquant souvent de faibles sommes d'argent.

1131. Le droit français limite donc plus fortement la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens que le droit américain. En effet, si le créateur automatique de lien commet une erreur d'appréciation sur le caractère manifestement illicite d'un contenu, il engagera sa responsabilité car il ne sera plus couvert par le régime de responsabilité *ad hoc* de la LCEN. Le régime français s'avère donc moins sécurisant pour les prestataires techniques que le *Copyright Act* américain. Cela souligne la plus forte volonté en France qu'aux Etats-Unis de protéger les auteurs contre les prestataires de service.

1132. Les deux conceptions constituent également deux approches différentes de la question de la souveraineté sur internet. En effet, le juge n'est plus considéré comme ayant une légitimité pleine et surtout unique pour résoudre les litiges¹⁹⁸¹. Le droit français a donc adopté un modèle de multirégulation de l'internet associant les juges et les prestataires de services. Aux Etats-Unis en revanche, le modèle de multirégulation n'est pas poussé aussi loin dans la mesure où les *service providers* n'ont pas de décision de droit à prendre. C'est donc au seul juge qu'il revient de dire la règle applicable aux Etats-Unis, alors que le créateur automatique de liens a vocation à dire la règle en France. La France fait donc plus confiance à Google et autres prestataires de service que les États-Unis.

1133. Les législateurs américain et européen ont ainsi pris acte de leur manque de contrôle sur l'internet et que, sans force d'action, le droit est sans effet¹⁹⁸². Ils ont par conséquent conféré aux prestataires de service le rôle d'assurer une partie de l'application du droit sur internet car ce sont les entités qui sont techniquement les plus à même d'y procéder.

¹⁹⁸¹ T. SCHULTZ, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne », *op. cit.*, p. 174.

¹⁹⁸² P. CAYE, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, tome 43, Sirey, p. 230.

L'approche est ainsi purement techniciste. Ainsi, à défaut d'avoir pu rendre fort ce qui était juste, les législateurs ont rendu juste ce qui était fort¹⁹⁸³, c'est à dire qu'ils justifient la gestion d'une partie de la lutte contre la contrefaçon aux créateurs automatiques de liens à cause du manque d'efficacité des juges pour les litiges en ligne.

1134. La collaboration nécessite d'informer toutes les parties et notamment les internautes dont les pages sont déréférencées. Néanmoins, les droits américain et français ont abordé différemment la question.

B) Le rôle des ayants droit

1135. Les droits américain et français ont opté - selon des modalités différentes - pour des modèles de corégulation de l'internet. Les ayants droit sont ainsi impliqués dans la recherche de contrefaçon et les créateurs automatiques de liens doivent participer à cette lutte. Les méthodes des droits français et américain ont divergé non seulement sur la méthode d'introduction de cet impératif en droit interne ainsi que sur leurs contours.

1136. À l'inverse du DMCA, la LCEN¹⁹⁸⁴ impose aux ayants droit de justifier en fait et en droit leurs prétentions dans la notification. Ils ont ainsi obligation de contrôler la validité du droit qu'ils entendent opposer ainsi que l'effectivité de la violation de leur droit d'auteur. Ils devront ainsi veiller à ce que l'éditeur de la page litigieuse ne bénéficie pas d'une exception. Cette solution permet de renforcer la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens en introduisant un filtre des notifications. Cependant, étant donné que l'entité devant contrôler le bien fondé de la notification est juge et partie, il y a peu de chance que cela ait de véritable répercussion - en dehors de l'espérance sans doute candide qu'en réfléchissant à la notification les ayants droit se rendront compte du caractère futile de leur demande. Il y avait donc une divergence avec le droit américain qui ne demandait qu'une affirmation que la notification était envoyée de bonne foi. La jurisprudence américaine a néanmoins introduit une exigence similaire à celle de la LCEN.

¹⁹⁸³ B. PASCAL, « *Raisons des effets* », n°137 à 140.

¹⁹⁸⁴ Article 6-I-5 de la LCEN.

1137. En effet, l'arrêt *Lenz v. Universal*¹⁹⁸⁵ oblige l'auteur d'une notification à contrôler l'application de l'exception de *fair use* à l'œuvre litigieuse¹⁹⁸⁶ afin d'éviter les retraits inutiles à l'origine de préjudices importants pour le public¹⁹⁸⁷. Il s'agit d'un renversement de la solution de l'arrêt *Tuteur v. Crosley-Corcoran*¹⁹⁸⁸ qui avait retenu que les auteurs n'étaient pas tenus à une telle recherche¹⁹⁸⁹. La solution de l'arrêt *Tuteur* était contraire à ce qu'avaient suggéré les *amici curiae* - c'est à dire des conseils nommés par les parties afin de conseiller le juge - menés par la *Electronic Frontier Foundation*¹⁹⁹⁰. La solution de l'arrêt *Lenz* relève donc d'une vision libertaire et favorable aux créateurs automatiques de liens.

1138. La jurisprudence américaine a donc fini par rejoindre l'approche libertaire de l'association militant pour les libertés sur l'internet. Les juges ont bien fait d'adopter cette solution car, à défaut, les ayants droit n'avaient aucune raison de ne pas demander le retrait d'un lien menant vers une œuvre bénéficiant du *safe harbor* de *fair use*¹⁹⁹¹. Étant donné que les créateurs de liens ont intérêt à désindexer les contenus faisant l'objet d'une notification, il existait un risque que des contenus bénéficiant d'une exception au *copyright* ne soient plus liés. Une telle situation était abusive et le revirement de jurisprudence était donc bienvenu. Le *copyright* ne peut en effet pas constituer une simple rente et se limite à ce qui est nécessaire pour inciter à la création. En dehors de ce périmètre les usages doivent être libres. Les auteurs sont ainsi passés d'un régime de relative passivité dans l'analyse de l'utilisation de l'œuvre à un devoir de contrôle de l'applicabilité de l'exception de *fair use* similaire à celui qui leur est imposé en France. Le contrôle français va cependant plus loin en imposant aux expéditeurs de justifier leurs prétentions alors que les expéditeurs américains devront simplement contrôler que l'œuvre arguée de contrefaçon ne bénéficie pas de l'exception de *fair use*.

¹⁹⁸⁵ *Lenz v. Universal Music Corp.*, 815 F.3d 1145, 2016 U.S. App. LEXIS 5026, 118 U.S.P.Q.2D (BNA) 1157 (9th Cir. Cal. 2016).

¹⁹⁸⁶ S. HETCHER, « *The Kids Are Alright : Applying A Fault Liability Standard To Amateur Digital Remix* », 62 FLA. L. REV. 1275, 2010.

¹⁹⁸⁷ L.P. LOREN, « *Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously* », 46 Wake Forest L. Rev 745, automne 2011, 768-769.

¹⁹⁸⁸ *Tuteur v. Crosley-Corcoran*, 961 F. Supp. 2d 333 (D. Mass. 2013).

¹⁹⁸⁹ A.P. BUNK, « *Validity, Construction, and Application of Digital Millenium Coypright Act* », 179 A.L.R. Fed. 319, 2002, §14.

¹⁹⁹⁰ *Brief of Amici Curiae Electronic Frontier Foundation and Digital Media Law Project for the United-States District Court for the District of Massachusetts, Tuteur v. Crosley-Corcoran* 961 F. Supp. 2d 333 (D. Mass. 2013), 1 mai 2013, accessible à https://www.eff.org/files/eff_and_dmlp_tuteur_brief.pdf (dernier accès: 01/07/2016).

¹⁹⁹¹ C. MCSHERRY, « *Puzzling Ruling in Massachusetts Fair Use Case* », 12 septembre 2013, EFF, accessible à <https://www.eff.org/fr/deeplinks/2013/09/puzzling-ruling-massachusetts-fair-use-case> (dernier accès : 01/07/2016).

1139. L'arrêt Lenz ne s'est pas tant préoccupé de la question des intérêts des auteurs que de la préservation de la liberté d'expression. En effet, comme l'a souligné l'association *Electronic Frontier Foundation*¹⁹⁹², cette décision est intervenue au début de la campagne pour l'élection présidentielle américaine qui donne toujours lieu à des demandes de retrait infondées visant à désindexer les contenus mis en ligne par les candidats. La décision assure donc une meilleure circulation des œuvres sur l'internet. La Cour Suprême¹⁹⁹³ a été saisie de la question et aura ainsi l'occasion de se prononcer sur ce problème.

1140. Or, étant donné la complexité du test du *safe harbor* de *fair use*, les auteurs auront tendance à ne pas envoyer de notification lorsqu'ils auront le sentiment de se trouver dans la zone grise. Seuls les plus riches pourront se permettre de faire appel aux services d'un avocat afin d'avoir un avis sur l'applicabilité du test de *fair use*. Cette situation renforce les écarts entre les artistes alors qu'il s'agit de professions déjà profondément inégalitaires¹⁹⁹⁴ où le théorème de Pareto n'est même plus valide car moins de 20% des auteurs concentrent plus de 80% des richesses. En outre, elle constitue un frein à l'entrée sur le marché des auteurs car ils n'auront *a priori* pas les moyens économiques pour faire respecter leurs droits. Le *safe harbor* de *fair use* est une exception intéressante et riche mais sa difficulté d'application la rend peu accessible et augmente par conséquent les frais d'application du *copyright*. La liste fermée et exhaustive du droit français présente au moins l'avantage de ne nécessiter que des frais de recherche limités qui permettent une application plus effective du droit.

1141. Les deux systèmes se montrent ainsi soucieux de ménager un équilibre entre les intérêts des auteurs et la lutte contre les notifications infondées. Les droits français et américain s'avèrent donc être libertaires et protègent ainsi la liberté d'expression tout en ménageant les intérêts des auteurs.

1142. Une fois l'étape de l'examen passée, les créateurs automatiques de liens doivent rejeter la notification ou procéder à la désindexation de la page litigieuse.

¹⁹⁹² R. JESCHKE, « *Important Win for Fair Use in 'Dancing Baby' Lawsuit* », 14 septembre 2015, eff.org.

¹⁹⁹³ Supreme Court, No. 15A1194, cases Nos (13-16106, 13-16107), *Universal Music Corp., et al., v. Stephanie Lenz*, docketed May 20, 2016.

¹⁹⁹⁴ M. GOUYON, « *Revenus d'activité et niveaux de vie des professionnels de la culture* », juillet 2015, Coll. Culture chiffres, p. 28.

Sous-Section 2 : La procédure de retrait

1143. La procédure de retrait (Paragraphe 1) vise à ménager les intérêts aussi bien des créateurs automatiques de liens ainsi que ceux des ayants droit. Afin de rendre cette procédure aussi efficace que possible chaque partie est encadrée et doit suivre les règles imposées sous peine de sanction (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le retrait

1144. Les législateurs américain et français ont introduit des modalités précises de retrait (I) afin d'assurer la réponse la plus rapide pour les ayants droit et la plus facile à traiter pour les créateurs automatiques de liens.

1145. Malgré la relative simplicité des procédures, il peut s'avérer compliqué pour un ayant droit de rédiger des notifications à chaque nouvelle contrefaçon. Les droits américain et français ont donc dû aborder la question de la responsabilité des créateurs de liens face aux contrefaçons répétées (II).

I) Les modalités de retrait

1146. La procédure de retrait doit être effectuée rapidement (A) afin que les créateurs automatiques de liens maintiennent le régime de responsabilité limitée. Cette vélocité est nécessaire afin d'empêcher toute disparition de l'état de rareté artificielle d'une œuvre qui lui ferait perdre tout marché.

1147. Cependant, le déréférencement d'un contenu limite la communication de l'œuvre au public. Il est par conséquent nécessaire que la procédure de retrait soit transparente afin que

toutes les personnes intéressées puissent avoir connaissance de l'état du référencement de leurs pages (B) et, si nécessaire, qu'elles puissent agir en conséquence.

A) La procédure

1148. Le DMCA¹⁹⁹⁵ ainsi que la directive e-commerce¹⁹⁹⁶ ont établi des régimes de responsabilité limitée fondés sur l'ignorance de la présence d'un contenu illicite. Ainsi, dès lors que le voile d'ignorance tombe, le régime de responsabilité limitée n'a plus lieu d'être appliqué. Néanmoins, les régimes juridiques américain et européen n'auraient aucun intérêt si les créateurs automatiques de liens engageaient leurs responsabilités à la réception d'une notification les informant de la présence d'un contenu illicite sur une page qu'ils référencent.

1149. Ainsi, le DMCA a introduit l'obligation pour les créateurs automatiques de liens de retirer « *expeditiously*¹⁹⁹⁷ » les liens menant vers des pages contenant des contrefaçons. La version anglaise de la directive e-commerce - c'est à dire la version de la langue de travail¹⁹⁹⁸ - a repris le même terme¹⁹⁹⁹. Le législateur européen a donc adopté le concept de la loi américaine. La version française de la directive l'a traduit par le terme « prompt ». Dans les travaux préparatoires de la LCEN transposant la directive e-commerce il avait été mentionné que la « promptitude » était une notion peu courante en droit français susceptible d'être remplacée par l'expression « dans les meilleurs délais²⁰⁰⁰ ». Cette dernière notion présentait l'avantage d'être connue du juriste français car elle est déjà utilisée en matière de garde à vue²⁰⁰¹. L'utilisation de ce terme aurait cependant marqué une dimension judiciaire trop prégnante du rôle assigné aux prestataires techniques. Le législateur a choisi de laisser le terme « prompt » conformément à la version française de la directive²⁰⁰². Étant donné que le législateur français n'a pas repris la notion du droit pénal il y a lieu de penser qu'il s'agit de

¹⁹⁹⁵ 17 U.S.C. 512(d).

¹⁹⁹⁶ Article 14 de la directive 2000/31/CE.

¹⁹⁹⁷ 17 U.S.C. 512(d)(3).

¹⁹⁹⁸ Les négociations des réglementations européennes se tiennent en anglais.

¹⁹⁹⁹ Article 14-1(b) de la directive 2000/31/CE ; considérant 46 de la directive 2000/31/CE.

²⁰⁰⁰ M. TABAROT, « *Rapport de Mme Michèle Tabarot sur le projet de loi pour la confiance en l'économie numérique* », 11 février 2003, n°608, accessible à : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp> (dernier accès: 28/08/2016).

²⁰⁰¹ Ancien article 63-4 du Code de procédure pénale.

²⁰⁰² Voir notamment le considérant n°44 de la directive 2000/31/CE.

deux concepts distincts. La notion de meilleurs délais permet une adaptation à la situation de l'inculpé qui pourra s'avérer protectrice de ses droits, alors que le terme de promptitude impose une vélocité permettant de sauvegarder le marché de l'auteur. Les intérêts en jeu étant différents il n'y avait pas lieu de tomber dans la facilité et d'adopter un standard unique.

1150. Il y a donc lieu de retenir que les législateurs américain, européen et français ont convergé sur l'adoption d'une notion commune. Cependant, les trois réglementations n'ont pas défini la notion de retrait prompt. Il est par conséquent revenu à la jurisprudence de déterminer au cas par cas si le retrait a satisfait à cette exigence. Étant donné que les juges ne procèdent pas à des travaux comparatifs élaborés avant de rendre leur décision, l'effort d'harmonisation des législateurs a été en partie mis à mal et les droits ont divergé.

1151. L'absence de définition posait moins de difficulté aux Etats-Unis qu'en France car le droit américain connaissait déjà une définition de la notion de « *expeditious* ». La jurisprudence²⁰⁰³ l'utilise notamment lorsqu'elle examine une question relevant de la *forum non conveniens* - c'est à dire de l'incompétence d'une juridiction à connaître d'une affaire. Les juges prendront ainsi en compte la rapidité des juridictions pour statuer sur l'affaire et choisiront la plus apte à traiter rapidement le dossier²⁰⁰⁴. Les juges américains ont donc transposé leur approche de la notion de promptitude du droit international privé au *copyright*. Il n'était donc pas nécessaire de préciser dans le DMCA la définition de la promptitude. Le législateur européen n'a pas pris en compte le fait que la section 512 du *Copyright Act* se comprend dans le contexte plus général de la *Common Law* relative au *copyright* et n'a donc pas importé la définition de promptitude.

1152. L'absence de définition pose plus de difficulté en Europe et notamment en France. Il s'agit en effet d'une notion nouvelle qui méritait d'être précisée afin de ne pas faire peser une incertitude juridique trop forte sur les créateurs automatiques de liens. Le Conseil Constitutionnel²⁰⁰⁵ avait censuré la disposition de la loi de 2000²⁰⁰⁶ qui introduisait l'obligation pour « les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à

²⁰⁰³ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 67 S. Ct. 839, 91 L. Ed. 1055, 1947 U.S. LEXIS 2551 (U.S. 1947) ; W.M. RICHMAN, A.L. REYNOLDS, C.A. WHYTOCK, « *Conflicts of Laws* », Carolina Academic Press, 4^e édition, 2013, 144.

²⁰⁰⁴ 28 U.S.C. § 1404(a). *Sousa v. TD Banknorth Ins. Agency, Inc.*, 429 F. Supp. 2d 454, 2006 DNH 34 (D.N.H. 2006).

²⁰⁰⁵ Conseil Constitutionnel, 27 juillet 2000, 2000-433 DC.

²⁰⁰⁶ Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

des services de communication en ligne autres que de correspondance privée » de retirer « promptement » les contenus illicites après la saisine par une autorité judiciaire. En effet, le Conseil Constitutionnel avait considéré que le terme « promptement » était trop vague. Fort de cette expérience et connaissant la faiblesse du droit français sur ce point, le législateur aurait dû préciser la notion de promptitude. Cela aurait permis non seulement à la LCEN de respecter la norme suprême du système juridique français, mais également d'assurer un régime juridique prévisible pour les créateurs automatiques de liens et encourager ainsi le développement des prestataires de services.

1153. Le terme a cependant pu être introduit en droit français sans définition car il est le fruit de la transposition de la directive 2000/31/CE. En effet, le Conseil Constitutionnel ne contrôle pas le respect par une loi transposant la directive des dispositions de la Constitution sauf s'il existe « une disposition expresse contraire de la Constitution²⁰⁰⁷ ». Le législateur français a par conséquent pu introduire l'obligation de retirer promptement des contenus sans préciser les contours de cette notion. Le droit français a donc recours à un concept anticonstitutionnel sur lequel il fonde une partie importante de sa lutte contre la contrefaçon sur internet. Les créateurs automatiques de liens doivent donc respecter un standard aux contours non définis et qui s'avère inconstitutionnel. Une telle situation est impensable en droit américain où chaque juge²⁰⁰⁸ peut contrôler la constitutionnalité d'une loi sans qu'un accord international n'y fasse obstacle.

1154. Il y a donc d'un côté le droit français anticonstitutionnel et flou face au droit américain qui propose un test en trois étapes assez souple. Ce dernier permet d'assurer une adaptation raisonnable aux différentes situations tout en permettant une certaine prévisibilité juridique alors que le législateur français n'a pas établi de lignes directrices permettant de saisir la définition. Les deux systèmes convergent donc vers un principe de souplesse mais les juges américains sont plus guidés que les juges français.

1155. Le premier critère américain est technologique et vise à imposer l'utilisation des techniques les plus modernes afin de traiter les notifications. Ce critère vise à instaurer des

²⁰⁰⁷ Conseil Constitutionnel, 10 juin 2004, 2004-496 DC.

²⁰⁰⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60, 1803 U.S. LEXIS 352, 1 Cranch 137 (U.S. 1803).

standards industriels²⁰⁰⁹ égaux chez tous les *service providers* afin de pouvoir déterminer un seuil commun et prévisible. Cette proposition est plus sécurisante que la proposition du rapport du Sénat américain²⁰¹⁰ qui suggérait de distinguer selon les technologies utilisées afin d'adopter une approche plus souple lorsque le *service provider* a recours à une technologie plus ancienne. Cette proposition n'était pas protectrice des auteurs et ne respectait pas l'objectif maïeutique du DMCA qui vise à encourager au développement des *service providers* et donc à l'amélioration technologique. Le droit français n'a pas tranché cette question mais, étant donné qu'il a su à plusieurs reprises prendre en compte des standards de connaissance les plus élevés²⁰¹¹, il est fort probable que les juges adopteront une solution similaire. La réflexion sur la rapidité du retrait n'a cependant porté que sur la question du traitement technique, soulignant ainsi l'approche techniciste à l'origine de la réforme du DMCA. Cependant, il aurait été judicieux d'aborder ces questions du point de vue du traitement légal. En effet, avec l'approche techniciste qui est sans doute partagée par les deux systèmes, il n'est pas évident que le délai prompt permette de consulter un juriste *in house* ou un avocat externe²⁰¹². La jurisprudence devrait pourtant statuer sur cette question afin d'affirmer que le délai prompt doit souffrir le temps de la consultation d'un service juridique interne. Cependant, étant donné que les créateurs automatiques de liens n'ont qu'un rôle neutre et qu'il ne leur est pas demandé de contrôler le bien fondé des notifications cette approche est cohérente bien que peu protectrice du réseau internet. Les juges français devraient en revanche intégrer les délais nécessaires pour consulter un juriste *in house* ou un avocat afin de permettre aux créateurs automatiques de liens de prendre des décisions résultant d'une réflexion juridique précise. Le retrait d'un lien sera donc plus rapide aux Etats-Unis qu'en France, ce qui protégera mieux le marché des auteurs.

1156. Le deuxième critère du droit américain permet de prendre en compte la nature de la notification dans la détermination de la promptitude du délai²⁰¹³. Ce critère nous paraît pertinent car il permet aux créateurs automatiques de liens de s'adapter aux notifications et d'apporter une réponse adaptée aux circonstances. Les deux droits assurent donc une adaptation des délais aux circonstances de chaque affaire. Il est en effet souhaitable que les

²⁰⁰⁹ L'utilisation de standards permet d'établir ce que la société américaine considère être juste. Voir Pound, « *The Administrative Application of Legal Standards* », 44 A.B.A. Rep. 445, 456-57 (1919).

²⁰¹⁰ S. Rep. No. 105-190, à 44.

²⁰¹¹ Article 1245-10 du Code civil.

²⁰¹² L. EDWARDS, « *The Problem of Intermediary Service Provider Liability* », in *The New Legal Framework for E-Commerce in Europe*, Hart publishing, 2005, p. 115.

²⁰¹³ Ce critère avait été proposé dans le rapport du Sénat. Voir S. Rep. No. 105-190 (1998).

juges se montrent plus souples lorsque le créateur automatique de liens est confronté à une notification complexe, et en revanche plus exigeant lorsqu'il reçoit une notification ne requérant qu'un traitement simple. Cela assure un traitement rapide des notifications. Un standard unique risque de ne renforcer aucun des deux objectifs.

1157. Enfin, le délai ne devra pas s'analyser en un « *undue burden* » pour le *service provider*. Il s'agit d'écarter les mesures dont la nature, les coûts, le nombre de personnes employées, la surface financière requise s'avèreraient disproportionnées eu égard aux capacités du créateur automatique de liens²⁰¹⁴. Cela permet de limiter les ressources allouées par les créateurs automatiques de liens afin de lutter contre les contrefaçons. Cette approche est assez courante en droit américain et la jurisprudence²⁰¹⁵ a déjà écarté l'analyse de l'intégralité des demandes dans une affaire où le nombre de photographies était trop élevé. Ce critère s'avère peu protecteur des auteurs mais il permet de ne pas imposer de coûts d'entrée prohibitifs sur le marché pour de nouveaux créateurs automatiques de liens. Le droit français n'écartera pas les notifications contenant de nombreuses informations et s'avèrera donc plus protecteur des auteurs tout en imposant une charge plus lourde aux créateurs automatiques de liens. Cette différence d'approche est compréhensible dans la mesure où les Etats-Unis ont intérêt à protéger leurs prestataires de service alors que la France n'a intérêt qu'à protéger ses auteurs. Le test en trois étapes américain permet d'établir un cadre pour déterminer si le retrait a été prompt mais il reste cependant assez vague. Il y aura donc lieu de déterminer le respect du caractère prompt de la réaction de façon casuistique²⁰¹⁶. Les juristes américains étant habitués à manier des concepts souples il leur sera plus facile d'apporter une réponse argumentée que pour les juristes français.

1158. Alors que le droit américain fournit un cadre minimum permettant d'établir le caractère prompt du retrait, le droit français a confié la tâche aux juges avec les risques d'incohérence que cela comporte en cas de manque de coordination entre les juridictions. La difficulté est d'autant plus importante qu'il s'agit d'un problème de fait que la Cour de cassation ne pourra harmoniser. La Cour d'appel de Toulouse a retenu, dans un arrêt du 19 novembre 2009, que l'hébergeur disposait d'un délai rigide d'une journée pour retirer le

²⁰¹⁴ Golden, Nina, « *Access This: Why Institutions of Higher Education Must Provide Access to the Internet to Students with Disabilities* », 10 Vand. J. Ent. L. & Tech. L. 363, 382 (2008).

²⁰¹⁵ *Perfect 10, Inc., v. CCBill, L.L.C.*, 340 F. Supp. 2d 1077, 1112 (C.D. Cal. 2004).

²⁰¹⁶ J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, §6.02[2].

contenu faisant l'objet d'une notification. La solution est donc aux antipodes du test américain en trois étapes. La Cour de cassation²⁰¹⁷ a cassé l'arrêt à cause de l'incomplétude de la notification mais les juges ne se sont pas prononcés sur le délai. Cette solution particulièrement dure pour les hébergeurs et les créateurs automatiques de liens s'avère liberticide car elle incite les prestataires de service à désindexer les contenus très rapidement sans prendre le temps d'en examiner le bien fondé. La jurisprudence ultérieure a adopté une solution plus raisonnable et favorable aux créateurs automatiques de liens. En effet, le TGI de Créteil²⁰¹⁸ a retenu que les délais de 15 jours et un mois ont été tolérés car ils « ne suffisent pas à engager la responsabilité de l'hébergeur ». Les juges n'ont cependant pas justifié leur position quant à la durée, ce qui nous amène encore une fois à condamner la faiblesse des raisonnements des arrêts français. Les juges ont cependant invité le défendeur à les améliorer. La formulation pour le moins mystérieuse laisse comprendre que ces deux délais ont été acceptés eu égard aux circonstances de l'affaire, ce qui permet de penser que le droit français converge vers le droit américain sur le second critère prenant en compte les particularités de la notification. En l'espèce, l'hébergeur avait collaboré avec les ayants droit en retirant des contenus argués de contrefaçon. Le délai raisonnable dépendra également du degré de collaboration du créateur de liens avec le titulaire des droits. La seule certitude du jugement - mais c'était sans doute une évidence - est que le délai d'une année ne peut être considéré comme prompt, même si l'hébergeur est en discussion avec les ayants droit. Ainsi, à un test souple en trois étapes, le droit français apporte une solution relativement rigide et peu prévisible.

1159. Les droits américain et français ont donc cherché à apporter un équilibre entre les intérêts des auteurs et des prestataires techniques. L'approche américaine présente de nombreux avantages car elle permet aux créateurs automatiques de liens de s'adapter à chaque notification.

1160. Cependant, le paradigme de la neutralité de l'internet nous semble justement contreproductif. En effet, une expérience menée en Angleterre²⁰¹⁹ a procédé à la présentation d'une notification à un prestataire de service mentionnant la présence d'une œuvre

²⁰¹⁷ Cass. civ. 1^e, 17 février 2011, n°09-15857.

²⁰¹⁸ TGI Créteil, 1^e ch. civile, 14 décembre 2010, INA c. Youtube, Legalis.

²⁰¹⁹ C. AHLERT, C. MARSDEN, C. YUNG, « *How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace : The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation* », 2014, accessible à <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2014/12/liberty.pdf> (dernier accès: 29/08/2016).

contrefaisante. L'œuvre en question était un texte de John Stuart Mill intitulé « *On Liberty* » qui était tombée dans le domaine public. La page a néanmoins été déréférencée alors que le *copyright* n'avait pas été violé. Or, si le créateur automatique de liens avait procédé à un examen juridique, même rapide, de la notification il y aurait eu moins de chance que la page soit désindexée. Le contrôle du bien fondé de la notification par le créateur automatique de lien permet de préserver l'accès aux contenus sur internet.

1161. La procédure de notification fait par conséquent peser un risque à la liberté d'expression ainsi qu'au pluralisme des créations artistiques à cause du régime de responsabilité des prestataires de services. Il est en effet possible, comme cela a déjà été le cas, que certaines notifications n'aient pour autre but que de censurer des idées politiques²⁰²⁰. La recherche de sécurité juridique de la part des moteurs de recherches amène à retirer des liens menant vers des œuvres légales et limite la liberté d'expression.

1162. Ainsi, eu égard au danger que constituent les notifications pour la liberté d'expression et pour l'accès aux contenus sur internet, il est nécessaire d'informer les propriétaires des contenus visés. Les droits français et américain ont adopté des solutions divergentes sur la question de l'obligation d'information des internautes du déréférencement de leurs pages.

B) La transparence

1163. Dans le cadre d'un système de corégulation l'information joue un rôle central. Ainsi, s'il est mis un terme à un lien sans que le propriétaire du site cible ne soit averti il ne pourra pas contredire l'expéditeur de la notification et le lien ne sera pas rétabli. Les droits français et américain ont cependant divergé sur la question de l'obligation d'information.

1164. Ainsi, aux Etats-Unis, les créateurs automatiques de liens ont obligation, avec l'amendement Ashcroft-Leahy-Hatch²⁰²¹, d'informer les internautes du déréférencement de

²⁰²⁰ R. JESCHKE, « *Important Win for Fair Use in 'Dancing Baby' Lawsuit* », 14 septembre 2015, eff.org.

²⁰²¹ S. Rep., 105-190, DMCA, 11 mai 1998, p. 67.

leurs pages²⁰²². L'information n'a pas à être communiquée avant le retrait²⁰²³, ce qui implique qu'un contenu pourra être désindexé alors que l'internaute n'aura pas pu présenter ses arguments. Cette solution nous semble dommageable et il aurait sans doute pu être imposé aux créateurs automatiques de liens d'informer les ayants droit avant de déréférencer la page liée.

1165. Le droit américain diverge des droits européen et français car ni la directive e-commerce, ni la LCEN, n'imposent d'informer le propriétaire d'un site du déréférencement de l'une de ses pages²⁰²⁴. Cette absence d'obligation d'information en droit européen et français est incompréhensible dès lors que le modèle de la directive e-commerce est le DMCA et qu'il comporte cette obligation. Cette absence d'obligation d'informer est donc volontaire et ne constitue pas qu'un simple oubli. Il était pourtant possible de l'imposer dans les hypothèses où les coordonnées du propriétaire du site internet y sont mentionnées, ce qui est souvent le cas dans les rubriques dites « contacts ». Cela nécessite un minimum de recherche sans que cela ne doive écarter l'obligation d'information étant donné que chaque activité - et notamment la protection du droit d'auteur - implique des charges. En outre, dès lors que le modèle choisi de réglementation de l'internet relève de la corégulation il y a lieu d'impliquer tous les acteurs et notamment les propriétaires de sites internet. La solution européenne est par conséquent incohérente. L'obligation d'information se serait pourtant avérée plus efficace car elle aurait permis d'informer les internautes au plus vite dès la désindexation et qu'elle ne les oblige pas à maintenir une activité de surveillance des liens qui implique une perte de temps et parfois des coûts.

1166. Le modèle américain n'était en outre pas d'une complexité telle qu'il devait être rejeté. En effet, le DMCA n'introduit pas de formalisme particulier pour l'information. Le *Commerce Committee*²⁰²⁵ a retenu que les mesures raisonnables peuvent notamment inclure l'envoi d'un email à l'internaute concerné lorsque son adresse est mentionnée sur le site litigieux. Cette suggestion est logique étant donné que l'expéditeur de la notification a

²⁰²² 17 U.S.C. 512(g)(2)(A).

²⁰²³ J. E. O'CONNOR, « *Corporate Security and Privacy Duties, Policies and Forms* », 2 Data Sec. & Privacy Law § 10:11 (2014).

²⁰²⁴ L. EDWARDS, « *The Problem of Intermediary Service Provider Liability* », in *The New Legal Framework for E-Commerce in Europe*, Hart publishing, 2005, p. 118.

²⁰²⁵ Commerce Rep. (DMCA), p. 59.

l'obligation de fournir l'adresse email de l'auteur ou de l'éditeur de la page litigieuse²⁰²⁶ conformément au DMCA - ce qui n'est pas le cas au sein de l'Union Européenne. Il sera donc facile pour le créateur automatique de lien de trouver le propriétaire du site internet et de l'informer. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation de résultat car, si l'adresse fournie s'avère erronée, la responsabilité du *service provider* ne pourra pas être engagée²⁰²⁷.

1167. L'objectif du DMCA est ainsi de permettre à l'internaute de contredire le contenu de la notification et de défendre ses intérêts sans imposer une charge trop lourde sur le *service provider* qui limiterait indument sa liberté d'entreprendre. En effet, dans le projet initial, l'obligation d'informer l'internaute du déréférencement de sa page figurait dans un (f)²⁰²⁸ relatif à la procédure de la remise en ligne²⁰²⁹. La notification était donc pensée dans l'économie générale de la procédure de rétablissement du référencement et l'information constituait le prérequis nécessaire à l'opposition de la contradiction. La procédure de rétablissement du lien ne figure plus dans la même sous-section que l'obligation d'information mais la section 512 du *Copyright Act* a conservé l'esprit initial qu'elle a maintenu avec plus de cohérence en la présentant comme une obligation liée au déréférencement.

1168. Le législateur américain n'est cependant pas allé jusqu'au bout de cette logique. En effet, il n'a pas fait obligation aux créateurs automatiques de liens d'informer les destinataires des notifications qu'ils bénéficient d'un droit à la contre-notification²⁰³⁰. Les citoyens sont en effet supposés connaître leurs droits²⁰³¹. Cependant, il s'agit là d'une fiction²⁰³² qui perd d'autant plus son intérêt sur l'internet que des personnes en dehors du territoire des États-Unis - et n'ayant donc pas de connaissance particulières en droit américain - sont les destinataires d'une notification. Il ne peut donc pas leur être reproché de ne pas connaître les droits dont ils jouissent aux États-Unis. En outre, la mention de l'existence d'un droit à la contre-notification

²⁰²⁶ 17 U.S.C. §512(c)(3)(A).

²⁰²⁷ Commerce Rep. (DMCA), p. 60 ; S. Rep. (DMCA), p. 50.

²⁰²⁸ House Rep. 105-551, 2, p. 59, accessible à : <https://www.congress.gov/105/crpt/hrpt551/CRPT-105hrpt551-pt2.pdf> (dernier accès: 9/03/2015).

²⁰²⁹ Il s'agit de la procédure de rétablissement du lien.

²⁰³⁰ L.P. LOREN, « *Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously* », 46 Wake Forest L. Rev 745, automne 2011, 759.

²⁰³¹ *U. S. v. International Minerals & Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971).

²⁰³² A.G. Amsterdam, « *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court* », 109 U. Pa. L. Rev. 67, 75 (1960).

ne constitue pas un formalisme particulièrement lourd pour les créateurs automatiques de liens lorsqu'ils envoient une note informant qu'un contenu a été désindexé. Le législateur américain aurait donc du intégrer cette obligation. Le législateur européen devrait l'imposer aux États membres de l'Union Européenne afin de protéger la structure de l'internet.

1169. Quoiqu'il en soit, le système américain nous semble aller dans le bon sens car il assure l'information des auteurs et des éditeurs qui sont intéressés à la désindexation de leurs pages internet. Il nous semble néanmoins que le législateur américain s'est montré trop frileux. Il aurait dû aller encore un peu plus loin et obliger les créateurs automatiques de liens - ainsi que les autres prestataires de service - à communiquer les notifications envoyées par les ayants droit. Cet envoi n'aurait pas constitué une difficulté particulière pour les créateurs automatiques de liens qui peuvent communiquer par email avec les auteurs et les éditeurs lorsque les coordonnées sont mentionnées sur le site internet ciblé. En outre, les auteurs doivent accepter les frais et les charges du respect de leurs droits sur internet dans le cadre d'un équilibre entre leurs intérêts et ceux des tiers. Il y a donc lieu de leur imposer cette obligation. Les auteurs ont en outre la possibilité d'envoyer en pièce jointe les notifications à l'origine de la désindexation d'une page. Cela permettrait aux internautes de mieux comprendre les raisons du déréférencement de leurs contenus. La nécessité de confronter les arguments est certes moins pressante aux Etats-Unis où la procédure de notification et de retrait n'est pas pré-litigieuse, mais la compréhension venant de l'échange et de l'information, cela aurait permis de faciliter la résolution des conflits. Le droit français devrait adopter cette solution. Il est surprenant qu'il ne l'ait pas fait étant donné qu'il a adopté une approche pré-contentieuse de la notification.

1170. La lutte contre les contrefaçons sur internet est rendue particulièrement difficile à cause de la facilité d'ouvrir un site internet et de reproduire des contenus même sans autorisation. Il est donc aisé de créer un nouveau site internet contenant des contrefaçons à la suite du déréférencement d'un premier site. Les auteurs auront intérêt à pouvoir engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens lorsqu'ils subissent des contrefaçons répétées.

II) La responsabilité des créateurs de liens face aux contrefaçons répétées

1171. L'un des principaux problèmes auxquels sont confrontés les ayants droit sur internet est celui des contrefaçons répétées, qui se produit lorsqu'un internaute remet en ligne plusieurs fois la même contrefaçon.

1172. La notion de contrefacteur répété n'est définie ni dans le DMCA, ni dans la directive e-commerce, ni dans la LCEN française. Néanmoins, la section 512(i)(1)(A) du *Copyright Act* dispose que les comptes des contrefacteurs répétés peuvent être supprimés²⁰³³ en cas de circonstances appropriées. Cette expression est pour le moins floue mais elle laisse comprendre qu'il n'y a pas lieu d'appliquer une conception rigoriste ni mécanique du concept de contrefacteur répété. Il n'est ainsi pas nécessaire de qualifier de contrefacteur répété dès la deuxième contrefaçon²⁰³⁴. L'arrêt *Emi v. MP3Tunes*²⁰³⁵ a retenu qu'il y avait lieu d'appliquer la définition commune et s'est fondé sur les termes du dictionnaire *Oxford English Dictionary* pour retenir qu'il s'agit d'une personne qui contrefait une nouvelle fois ou de façon répétée. La notion s'avère donc vague et ainsi particulièrement adaptable aux contingences de chaque affaire. Le droit français ne définissant pas expressément la notion de contrefacteur répété il y a lieu de se référer à la définition commune. Constituera donc une contrefaçon répétée une nouvelle contrefaçon de la même œuvre. Il y a donc lieu de considérer que le droit américain sera plus tolérant que le droit français en considérant que la seconde contrefaçon ne constitue pas systématiquement une contrefaçon répétée. Le DMCA applique un régime unique à tous les *service providers* et le droit européen appliquera un régime unique aux créateurs de liens et aux hébergeurs.

1173. Pendant longtemps la jurisprudence américaine n'a pas opposé la doctrine de contrefaçon répétée aux *service providers* à la différence de la jurisprudence française. Cette dernière a en effet dans un premier temps semblé considérer que les créateurs automatiques de liens avaient une obligation de surveiller les contenus ayant fait l'objet d'une notification. Le jugement *Flach Film c. Google France*²⁰³⁶ a ainsi retenu que les créateurs automatiques de liens sont tenus non pas d'une obligation générale de surveillance, mais d'une obligation

²⁰³³ A. BLOM, « *Search Engine and §512(d) of the D.M.C.A* », 1 Case W. Reserve J.L. Tech & Internet 36, automne 2009, 42.

²⁰³⁴ I.C. BALLON, « *DMCA Liability Limitations for Social Networks, Blogs, Websites, And Other Service Providers and the UGC Principles* », SP016 ALI-ABA 1155, 15-17 janvier 2009, 1171.

²⁰³⁵ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes*, No. 14-4369 (2d Cir. 2016).

²⁰³⁶ T. com., 8^e ch., 20 février 2008, *Flach Film c. Google France*, Legalis.

particulière à partir du moment où ils ont connaissance du caractère illicite du contenu. La connaissance sera constituée notamment lorsque le créateur de lien aura reçu une notification. Les juges ont en outre rappelé que la société Google était en mesure de surveiller les contenus pédophiles, faisant l'apologie des crimes contre l'humanité et les discours incitant à la haine. Ils ont dès lors considéré que la recherche des contenus illicites ayant été facilitée pour les créateurs automatiques de liens à la suite de la réception de la notification, la détermination du caractère illicite d'un contenu ne constitue plus de difficulté. Le jugement a en outre considéré qu'il n'y avait dans ce cas plus de raison de distinguer entre les hypothèses où le caractère illicite des contenus apparaît clairement aux créateurs automatiques de liens et celles où cette caractéristique n'est pas évidente. Les créateurs automatiques de liens étaient par conséquent soumis au même régime juridique en cas de contrefaçons répétées que face aux contenus antisémites²⁰³⁷, raciste²⁰³⁸ ou encore pornographiques²⁰³⁹. L'arrêt *Dailymotion c. Zadig*²⁰⁴⁰ de la Cour d'appel de Paris a confirmé cette solution en imposant au créateur automatique de lien de rendre l'accès aux contenus illicites impossible. Dans cette affaire, des œuvres filmiques avaient été désindexées par le créateur automatique de liens mais avaient été remises en ligne par la suite. L'arrêt a retenu que le créateur automatique de liens devait mettre en place des moyens techniques permettant de rendre l'accès aux contenus impossibles sans que la collaboration des ayants droit ne soit nécessaire. Les juges ont suggéré une méthode au prestataire de service en lui proposant notamment de recourir à un système d'empreinte des œuvres. L'arrêt justifie cette solution en retenant que l'absence d'obligation de surveillance de l'article 6-I-7 de la LCEN relatif à l'obligation de surveillance est « inopérant dès lors qu'il ne lui est pas demandé d'exercer un contrôle préalable des vidéos librement mises en ligne par les utilisateurs de sa plateforme mais qu'il lui est fait grief, en l'espèce, d'avoir omis de rendre l'accès impossible aux documentaires litigieux après avoir eu connaissance du caractère attentatoire aux droits » de l'auteur. Cette approche est conforme au considérant 47²⁰⁴¹ de la directive 2000/31/CE ainsi qu'aux dispositions de l'article 15.1²⁰⁴², *a contrario*,

²⁰³⁷ TGI Nanterre, 24 mai 2000, Legalis, <http://www.juriscom.net/txt/juris.fr/cti/tginanterre20000524.htm>.

²⁰³⁸ TGI Paris, ord. réf., 12 juillet 2001, Legalis, accessible à : http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/responsabilit/ord_tgi_paris_12070.htm.

²⁰³⁹ TGI Paris, 27 février 2006, Alain Afflelou c. Google, Free, Legalis, accessible à : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1648.

²⁰⁴⁰ Cour d'appel de Paris, 2^e ch., pôle 5, 3 décembre 2010, *Dailymotion c. Zadig Productions et autres*, Legalis.

²⁰⁴¹ « L'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations

de la même directive. Ainsi, dès lors que l'œuvre et les droits afférents sont identiques, il ne semblait plus nécessaire de procéder à une nouvelle notification selon les juges parisiens.

1174. Les juges français n'ont pas étendu cette solution aux situations où le titre de l'œuvre est traduit dans une autre langue. Ainsi, dans une affaire où le titre « Une femme à abattre » avait été traduit par « *Kill the messenger* » la contrefaçon répétée n'a pas été retenue²⁰⁴³. Le traducteur avait pris assez de liberté pour qu'une traduction mot pour mot effectuée par un logiciel ne permette pas de lier l'œuvre originale à la contrefaçon. Il s'avérait par conséquent impossible pour les créateurs automatiques de liens de détecter une contrefaçon identique dès lors que le titre change car les ordinateurs ne peuvent faire le lien entre des traductions, notamment lorsqu'elles modifient le sens. Il nous semble que cette solution aura vocation à s'étendre aux situations - ubuesques - où le titre en anglais est modifié pour le public français par un autre titre en anglais²⁰⁴⁴. En effet, dans les deux cas, les logiciels ne sont pas en mesure de faire le lien entre le titre original et le titre modifié. Cette solution s'avérait donc heureuse dans la mesure où elle prenait en compte l'état de la technique, mais l'objectif des juges consistant à protéger les droits des auteurs pouvait être facilement contourné par des internautes connaissant le titre d'une œuvre dans une langue étrangère - ce qui est relativement courant notamment pour les œuvres cinématographiques. Ainsi, alors que le droit américain refusait d'introduire une obligation de surveillance des contenus par les créateurs automatiques de liens, la jurisprudence française l'avait introduite pour les contrefaçons répétées dans une même langue. L'internet français se trouvait par conséquent partiellement surveillé en contradiction avec les idéaux des Pères Fondateurs de l'internet.

1175. Le TGI de Paris a étendu cette solution dans un jugement en date du 13 juillet 2007²⁰⁴⁵ aux hypothèses où le créateur automatique de liens joue un rôle dans la mise en ligne des contenus, et notamment lorsqu'il négocie des droits avec des sociétés de gestion et qu'il a

de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale ».

²⁰⁴² « 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 ».

²⁰⁴³ Cour d'appel de Paris, 2^e ch., pôle 5, 3 décembre 2010, Dailymotion c. Zadig Productions et autres, Legalis.

²⁰⁴⁴ Cette situation s'est notamment vérifiée pour le titre « *The Hangover* » qui a été modifié en « *Very Bad Trip* » pour le public français.

²⁰⁴⁵ TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 13 juillet 2007, Christian C., Nord Ouest Production c. Dailymotion, UGC Images, Legalis.

donc connaissance d'une partie du contenu de son réseau. Il a ainsi été retenu que « la société Dailymotion n'a mis en œuvre aucun moyen propre à rendre impossible l'accès au film 'joyeux Noël', sinon après avoir été mise en demeure, soit à un moment où le dommage était déjà réalisé, alors qu'il lui incombe de procéder à un contrôle *a priori* ». Les juges français ont ainsi introduit un système de *notice and stay down*, c'est à dire que les prestataires de service - et par conséquent les créateurs automatiques de liens - doivent surveiller le réseau afin de ne pas mettre à disposition du public un fichier contrefaisant ayant déjà fait l'objet d'une notification. Ainsi, dès lors qu'un créateur automatique de lien recevait une notification, il devait ajouter la page dénoncée sur une liste noire et identifier les informations pertinentes afin de bloquer toute indexation du contenu à l'avenir²⁰⁴⁶. Il est pour cela nécessaire de contrôler l'internet.

1176. Or, il peut arriver que le site ayant fait l'objet d'une notification change d'objet. Dès lors, l'obligation de surveillance du créateur de lien n'a plus lieu d'être. Il n'y a cependant pas lieu d'étendre cette conclusion aux hypothèses où l'obligation de surveillance aura été ordonnée par un juge car un tel ordre ne devient pas caduc par le simple comportement des parties. Il y aura dès lors lieu de respecter l'obligation de surveillance jusqu'à la survenance du délai.

1177. L'obligation de surveillance s'avérait contraire à la *ratio legis* de la directive e-commerce. En effet, le considérant 47 dispose que les législateurs peuvent introduire des « obligations de surveillance applicables à un cas spécifique ». L'article 6-I-7 de la LCEN a repris cette exception et reconnaît la possibilité d'une « surveillance ciblée et temporaire²⁰⁴⁷ ». La surveillance risquait de devenir importante au fur et à mesure que le nombre de notifications augmentait et ce, en violation des dispositions de la directive e-commerce. La France aurait donc pu être condamnée par la CJUE.

1178. L'Union Européenne a cependant permis à la France de modifier sa position avant qu'elle ne soit condamnée. En effet, la CJUE a retenu dans l'arrêt *Scarlet Extended c. Sabam*²⁰⁴⁸ que l'article 15 de la directive e-commerce fait interdiction aux autorités nationales d'introduire des mesures faisant obligation aux prestataires de service de « procéder à une

²⁰⁴⁶ J. GINSBURG, « *Separating the Sony Sheep From the Grokster Goats : Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs* », 50 *Ariz. L. Rev.* 577, été 2008.

²⁰⁴⁷ Article 6-I-7, al. 2 de la LCEN.

²⁰⁴⁸ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, aff. C-70/10.

surveillance générale des informations²⁰⁴⁹ » transmises, et que l'article 3 de la directive 2004/48 fait interdiction aux États membres d'introduire des mesures de filtrage qui ne seraient pas équitables ni proportionnées et qui s'avèreraient excessivement coûteuses²⁰⁵⁰. Les juges ont retenu qu'un tel système de filtrage aurait pour conséquence d'imposer une « observation active de la totalité des communications électroniques²⁰⁵¹ » et par conséquent à une « surveillance active²⁰⁵² ».

1179. Le droit européen protège donc la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens en se fondant sur la directive e-commerce - dont l'objet est la protection du commerce en ligne - et sur le test de la directive 2004/48. Or, ce droit de la liberté d'entreprise²⁰⁵³ - que les juges européens qualifient de droit fondamental²⁰⁵⁴ » - est mis en balance avec la protection du droit d'auteur. Or, l'arrêt retient que ce dernier n'est pas « intangible²⁰⁵⁵ » et que sa protection ne saurait donc être assurée « de manière absolue²⁰⁵⁶ ». Le droit d'auteur est ainsi réduit à un simple droit de propriété²⁰⁵⁷, ce qui réduit sa possibilité de s'opposer à d'autres valeurs fondamentales. Or, le droit d'auteur ne constitue pas un droit de propriété au sens romain du terme - qui n'avait pensé la propriété que comme une chose matérielle et donc par nature limitée - mais également un pilier du droit à la culture d'un pays. Cette approche ne nous paraît donc pas refléter la complexité et les nuances du droit d'auteur. Or, dès lors que la dimension incitative à la création intellectuelle est niée et que le droit d'auteur est ramené à un simple droit de propriété il découle logiquement, à la suite d'une « mise en balance²⁰⁵⁸ » des droits, qu'il doit céder face à la liberté d'entreprendre d'autrui qui permet de créer de nouvelles propriétés. L'arrêt arrive donc à la conclusion que l'obligation de surveiller constituerait une « atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise²⁰⁵⁹ » car cela obligerait le prestataire de service à introduire à « système informatique complexe, coûteux, permanent et

²⁰⁴⁹ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, aff. C-70/10, point 35.

²⁰⁵⁰ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, aff. C-70/10, point 36 (citant *L'Oréal e.a.* point 139).

²⁰⁵¹ Point 39.

²⁰⁵² Point 40.

²⁰⁵³ Point 46.

²⁰⁵⁴ Point 44.

²⁰⁵⁵ Point 43.

²⁰⁵⁶ Point 43.

²⁰⁵⁷ Point 44.

²⁰⁵⁸ Point 44 se fondant sur CJUE, C-275/06, 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España SAU*.

²⁰⁵⁹ Point 48.

à ses seuls frais²⁰⁶⁰ » contrairement aux dispositions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/48 interdisant les mesures inutilement complexes ou coûteuses. Cela implique que les créateurs automatiques de liens peuvent choisir les modalités les plus convénientes pour contrôler les sites liés. Cette limite imposée par la directive européenne est louable car elle s'avère libertaire, mais elle est insatisfaisante. En effet, il apparaît inopportun d'adopter un standard uniforme de la procédure complexe et coûteuse. Les moteurs de recherche comme la société Google ou Yahoo ! effectuent des bénéfices particulièrement élevés et disposent de nombreux employés. Ces créateurs automatiques de liens sont plus à même de faire face à des procédures relativement coûteuses et complexes que des petites sociétés gérant un moteur de recherche. Une distinction entre les capacités des créateurs automatiques de liens permettrait d'imposer plus d'obligations de surveillance au moteur de recherche Google sur lequel plus de 90% des recherches sont effectuées en Europe et qui a donc les moyens de protéger le droit d'auteur, tout en assurant un régime juridique plus favorable pour les *starts up* européennes qui sont confrontés au même régime juridique que les grandes sociétés les empêchant de se développer. Cela aiderait à la constitution d'un secteur numérique européen plus dynamique en aidant les petites sociétés. Cette solution ne permettra pas à elle seul l'émergence d'un secteur numérique français fort tant que la France n'arrivera à former à et attirer les talents dans ce domaine.

1180. Enfin, la CJUE rappelle qu'une mesure de filtrage aurait pour conséquence de porter atteinte à la « liberté de recevoir ou de communiquer des informations²⁰⁶¹ » pour les internautes. En effet, le manque de finesse de l'analyse des systèmes de filtrage aurait pour conséquence de ne pas distinguer entre les contenus licites et illicites. En outre, la protection des données des internautes européens, au sens des articles 8 et 11 de la Charte des Droits de l'Homme de l'Union Européenne, ne serait pas assurée par une telle obligation de surveillance. L'équilibre entre la protection du droit d'auteur, la liberté d'entreprise ainsi que la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ne serait pas respecté²⁰⁶² selon les juges de Luxembourg. L'approche française est ainsi rejetée en faveur d'une conception plus équilibrée et moins favorable aux auteurs. La protection des intérêts des internautes ne semble cependant pas constituer l'élément fondamental de l'arrêt car cette question est traitée à la fin du raisonnement et de

²⁰⁶⁰ Point 48.

²⁰⁶¹ Point 50.

²⁰⁶² Point 53.

façon beaucoup plus lapidaire que ne l'a été celle relative à la liberté d'entreprise des prestataires de service. La conception européenne est donc beaucoup plus commerciale que celle en vigueur aux Etats-Unis qui protègent avant tout l'internaute.

1181. La CJUE a confirmé sa solution dans l'arrêt *Sabam c. Netlog*²⁰⁶³ en se fondant à de nombreuses reprises sur l'arrêt *Scarlet Extended c. Sabam*²⁰⁶⁴. La protection de la propriété intellectuelle - et donc du droit d'auteur - n'a ainsi pas été considérée comme intangible. Elle a donc cédé face à la nécessité d'assurer un équilibre entre « la protection du droit de propriété intellectuelle [...] et celle de la liberté d'entreprise²⁰⁶⁵ » ainsi que la préservation des intérêts des internautes²⁰⁶⁶. Le droit européen a ainsi convergé vers la solution retenue en droit américain car les deux systèmes excluent le principe de la surveillance des contrefaçons répétées.

1182. Dans les arrêts *Scarlet*²⁰⁶⁷ et *Netlog*²⁰⁶⁸ la CJUE n'a cependant pas interdit les obligations de surveillance dès lors qu'elles ne seraient pas illimitées dans le temps, visant toute atteinte future et qu'elle ne concerneraient pas les œuvres n'ayant pas été créées au moment de la création du système. La CJUE ne s'oppose donc pas aux obligations de surveillance ciblées mais elle les réduit à des hypothèses où elles seraient limitées dans le temps et ne concerneraient que des œuvres actuelles et ayant été créées avant le développement du système. Le champ d'application d'une obligation de surveillance s'avère donc particulièrement limité mais plus large qu'aux États-Unis.

1183. Par la suite, et conformément aux arrêts *Scarlet*²⁰⁶⁹ et *Netlog*²⁰⁷⁰, le Premier Avocat Général à la Cour de cassation française a proposé que la mise en ligne de copies ayant déjà fait l'objet d'une notification constitue un fait nouveau devant faire l'objet d'une nouvelle notification²⁰⁷¹. La jurisprudence a adopté cette solution dans l'arrêt *Société Google France c. société Bac Films* du 12 juillet 2012²⁰⁷² et s'est par conséquent conformée à la solution

²⁰⁶³ CJUE, 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, aff. C-360/10, points 35 et s.

²⁰⁶⁴ Voir notamment les points 31, 32, 33, 34, 37, 38, 41, 44, 46, 47, 49, 50, 51.

²⁰⁶⁵ Point 44.

²⁰⁶⁶ Point 48 à 50.

²⁰⁶⁷ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, aff. C-70/10, point 47.

²⁰⁶⁸ CJUE, 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, aff. C-360/10, point 45.

²⁰⁶⁹ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, aff. C-70/10, point 47.

²⁰⁷⁰ CJUE, 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, aff. C-360/10, point 45.

²⁰⁷¹ C. PETIT, « *Google, une obligation de surveillance proportionnée ?* », D. 2012. 2071.

²⁰⁷² Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, *Société Google France c. société Bac Films*, n°11-13666.

adoptée par la CJUE. La *notice and stay down* a donc été complètement écartée dans les systèmes européen et américain. Cette solution a été confirmée par la Cour d'appel de Paris le 21 juin 2013²⁰⁷³ ainsi que par un arrêt anglais²⁰⁷⁴ ayant retenu, en se fondant également sur l'arrêt *Scarlet c. SABAM*, qu'un filtrage limité était conforme à la directive.

1184. Aux Etats-Unis le Second *Circuit* a adopté une solution similaire dans l'arrêt *Emi Christian Music Grp. V. MP3tunes, LLC*²⁰⁷⁵. Les juges ont rappelé qu'un contrefacteur répété engage sa responsabilité de plein droit et que sa connaissance du caractère contrefaisant de son acte est indifférente. Les deux droits convergent donc sur le principe de la responsabilité de plein droit de l'internaute. Or, si le *service provider* est capable d'avoir une liste des contrefaçons de ses utilisateurs il est considéré comme étant en mesure de connaître l'existence de contrefaçons répétées spécifiques. Dès lors que le *service provider* n'agit pas dans une telle situation il perd le bénéfice du DMCA. Il ne peut cependant être demandé au *service provider* que de prendre des mesures raisonnables pour lutter contre les contrefacteurs répétés. L'arrêt *Emi Christian Music Grp. V. MP3tunes, LLC* a donc marqué un renforcement du *copyright* américain.

1185. Ce mouvement de renforcement du droit d'auteur est partiellement partagé en Europe. En effet, les propositions des Sénateurs français Bétéille et Yung²⁰⁷⁶ recommandent la création d'une nouvelle catégorie intermédiaire entre les éditeurs et les hébergeurs. Les éditeurs de service auraient ainsi une obligation de surveillance. Ils seraient tenus d'introduire des moyens de surveillance, conformément à l'état de l'art, des « faits ou circonstances révélant des activités illicites ». Le projet de directive européenne adopte cependant une solution moins ambitieuse à l'article 13 en recommandant l'introduction d'une obligation pour les prestataires de services - ce qui inclut *a priori* les créateurs de liens automatiques - de coopérer avec les ayants droit afin qu'ils empêchent la mise à disposition d'œuvres sur leurs réseaux²⁰⁷⁷. Le principe d'équilibre entre les différents intérêts est maintenu car les mesures mises en place devront être appropriées et proportionnées. Il n'est pas évident que cette

²⁰⁷³ Cour d'appel de Paris, 21 juin 2013, n° 11/09195.

²⁰⁷⁴ [2011] EWHC 1981 (Ch), Case No. HC10C04385, 28 juillet 2011, *Newzbin*, 165-176.

²⁰⁷⁵ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016).

²⁰⁷⁶ Sénat, commission des lois, Rapport n°296, L. BÉTEILLE, R. YUNG, « Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007 », 9 février 2011.

²⁰⁷⁷ « *To prevent the availability on their services of works or other subject-matter identified by rightholders through the cooperation with the service providers* ».

nouvelle formulation change substantiellement le droit positif en France. Il apparaît donc que le droit américain renforce la lutte contre la contrefaçon alors que les Européens sont divisés sur la question. Le statut quo européen présenterait néanmoins l'avantage de proposer un résultat similaire à la solution désormais en vigueur aux Etats-Unis.

1186. Les législateurs américain et européen ont donc introduit des régimes permettant de lutter contre les contrefaçons en ligne. Cependant, toutes les notifications ne sont pas justifiées et certaines visent avant tout à censurer un point de vue ou à causer un préjudice à un concurrent économique. Les droits américain et européen ont par conséquent adopté des sanctions afin de lutter contre les notifications infondées.

Paragraphe 2 : Les sanctions

1187. Des millions de notifications infondées sont envoyées chaque année²⁰⁷⁸. Ce phénomène constitue un fléau pour les créateurs automatiques de liens et pour l'intégrité de l'internet. Les législateurs français et américain ont adopté des réglementations *ad hoc* relatives aux notifications envoyées par des personnes physiques (I), mais des logiciels sont désormais à l'origine de l'envoi de millions de notifications tous les ans (II) qui sont parfois également infondées.

I) Les notifications infondées envoyées par des personnes physiques

1188. Les sanctions sont extrêmement importantes afin d'assurer le développement d'un internet pluriel et libre. En effet, les notifications ont régulièrement pour objectif de limiter l'expression d'autrui au lieu de lutter uniquement contre les contrefaçons²⁰⁷⁹. Les procédures

²⁰⁷⁸ M. MASNICK, « *DMCA's Notice And Takedown Procedure Is A Total Mess, And It's Mainly Because Of Bogus Automated Takedowns* », techdirt, 30 mars 2016, accessible à <https://www.techdirt.com/articles/20160330/01583234053/dmcas-notice-takedown-procedure-is-total-mess-mainly-because-bogus-automated-takedowns.shtml> (dernier accès: 29/08/2016).

²⁰⁷⁹ W. SELTZER, « *Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor : Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment* », 24 Harv. J. Law & Tec 171, automne 2010 », 178.

de notification ont parfois été détournées dans des buts économiques mais également politique et de censure²⁰⁸⁰. Ainsi, le chanteur Akon a envoyé une notification à un *service provider* simplement parce qu'il avait été critiqué²⁰⁸¹ alors que la critique bénéficie généralement de l'exception de *fair use*²⁰⁸². La société Diebold²⁰⁸³ a aussi voulu faire taire les critiques à son sujet afin qu'elles ne dévoilent pas les failles de sa machine de vote. Ses notifications ont eu pour résultat de retirer des vidéos à contenu politique quelques temps avant une élection²⁰⁸⁴. En outre, l'Église de scientologie a tenté de faire taire ses critiques par l'envoi de nombres notifications²⁰⁸⁵... Il y a ainsi une limitation du marché des idées²⁰⁸⁶ - c'est à dire de la compétition des idées permettant l'émergence d'une vérité - à cause de l'effet dissuasif des notifications. Or, le droit d'auteur et le *copyright* ne constituent pas des moyens de censure mais d'incitation à la création, et donc de diffusion des idées. Il est dès lors apparu nécessaire de lutter contre les détournements du droit d'auteur et du *copyright*.

1189. Le droit américain, à l'inverse du droit français, a introduit un test pour déterminer le caractère infondé d'une notification. Il y aura ainsi *misrepresentation* lorsque (1) l'affirmation est infondée, (2) la notification infondée est *material* - c'est à dire concrète - (3) la notification infondée a été envoyée en connaissance de cause - c'est à dire que l'expéditeur savait, aurait du savoir ou n'avait pas de doute important sur le fait qu'il agissait de mauvaise foi²⁰⁸⁷ - et (4) un préjudice a été subi à cause de la notification infondée²⁰⁸⁸. Le droit français n'a pas introduit de critère permettant de définir la notification infondée. Il y aura donc lieu d'appliquer le sens commun pour la définir. La notification infondée sera donc celle qui ne visera pas à protéger légitimement les droits d'un auteur ni aucun autre droit légitime.

²⁰⁸⁰ J. COBIA, « *The Digital Millenium Copyright Act Takedown Notice Procedure : Misuses, Abuses and Shortcomings of the Process* », 10 Minn. J.L. Sci. & Tech. 387, hiver 2009, 403.

²⁰⁸¹ J. LEE MILLER, « *YouTube Caught in Malkin* », EFF, UMG Crossfire, WebProNews, May 11, 2007.

²⁰⁸² *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

²⁰⁸³ *Online Policy Grp. v. Diebold, Inc.*, 337 F. Supp. 2d 1195, 1198 (N.D. Cal. 2004).

²⁰⁸⁴ W. SELTZER, « *Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor : Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment* », 24 Harv. J.K. & Tech. 171, 172 (2010).

²⁰⁸⁵ J.M. Miller, « *Fair Use Through the Lenz of § 512(c) of the DMCA: A Preemptive Defense to a Premature Remedy ?* », 95 Iowa L. Rev. 1697, 1708 (2010).

²⁰⁸⁶ W. SELTZER, « *Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor : Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment* », 24 Harv. J. Law & Tec. 171, automne 2010, 192.

²⁰⁸⁷ *Online Policy Grp. v. Diebold, Inc.*, 337 F. Supp. 2d 1195, 1204 (N.D. Cal. 2004). En effet, le DMCA ne requiert pas une connaissance effective (*actual knowledge*) mais d'envoyer la notification « *knowingly* », ce qui permet de retenir un standard de connaissance plus large.

²⁰⁸⁸ 17 U.S.C. 512(f) ; L.P. LOREN, « *Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously* », 46 Wake Forest L. Rev 745, automne 2011, 770.

1190. Les droits français et américain ont adopté des méthodes différentes de lutte contre les notifications infondées. En effet, si les deux systèmes s'accordent, malgré leurs divergences, sur le principe d'une sanction civile (A), seul le droit français a introduit des sanctions pénales (B).

A) Les sanctions civiles

1191. Les sanctions civiles servent à indemniser la victime pour le préjudice subi. Les droits américain et français convergent sur le principe de l'existence de sanctions civiles en cas de notifications infondées. Les raisonnements juridiques divergent entre les deux systèmes.

1192. Aux Etats-Unis, la section 512(f) du *Copyright Act* dispose que la personne à l'origine d'une notification infondée pourra être condamnée au paiement de dommages et intérêts. Le législateur américain a donc introduit une disposition *ad hoc* relative à la condamnation civile. Les préjudices indemnifiables incluent non seulement les dépenses induites par la réponse à la notification, mais également le préjudice causé à la liberté d'expression²⁰⁸⁹. Le préjudice n'est donc pas limité aux dommages économiques substantiels²⁰⁹⁰ mais le dommage subi ne doit pas avoir été *de minimis*²⁰⁹¹. Le droit américain n'indemniserait donc pas tous les préjudices.

1193. La situation est différente en France. En effet, le droit français applique l'article 1240²⁰⁹² du Code civil et oppose aux rédacteurs de notifications infondées la théorie de l'abus de droit. Cette théorie sanctionne quiconque commet une faute dans l'exercice de son droit²⁰⁹³. La notification constitue en effet un droit subjectif - constitué dès lors « qu'une prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif [...] permet[tant] à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou dans

²⁰⁸⁹ L.P. LOREN, « *Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously* », 46 Wake Forest L. Rev 745, automne 2011, 776.

²⁰⁹⁰ *Lenz v. Universal Music Corp.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 16899, 94 U.S.P.Q.2D (BNA) 1344, Copy. L. Rep. (CCH) P29,894 (N.D. Cal. Feb. 25, 2010), 26 ; *Lenz v. Universal Music Corp.*, 815 F.3d 1145, 2016 U.S. App. LEXIS 5026, 118 U.S.P.Q.2D (BNA) 1157 (9th Cir. Cal. 2016), 26.

²⁰⁹¹ *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*, 824 F.3d 871, 2016 U.S. App. LEXIS 10017, Copy. L. Rep. (CCH) P30,935 (9th Cir. Cal. 2016).

²⁰⁹² Ancien article 1382 du Code civil.

²⁰⁹³ Cass. req., 3 août 1915, n°00-02378, Clément-Bayard.

l'intérêt d'autrui²⁰⁹⁴ » car elle permet d'exiger le retrait d'un lien. Selon Josserand « la théorie de l'abus de droit met en rapport l'objectif et le subjectif par cela même qu'elle entraîne nécessairement la confrontation d'un acte, production d'une volonté juridique, avec la fonction sociale d'un droit, concept objectif²⁰⁹⁵ ». Il y a donc abus de droit dès lors que la prérogative est détournée de sa finalité et que la personne qui l'exerce cherche à nuire à autrui²⁰⁹⁶. Il en va ainsi lorsqu'une notification vise à censurer une idée au lieu de protéger un droit d'auteur.

1194. Au visa de l'article 1240 du Code civil²⁰⁹⁷ les juges français indemnisent l'intégralité du préjudice et n'opposent pas d'exception *de minimis* à la victime. Il s'agit là d'une divergence fondamentale entre les deux systèmes car le préjudice subi par la rédaction et le traitement de la notification risque d'être souvent *de minimis*. Le droit français indemniserait donc plus souvent que les juges américains le préjudice subi à la suite de la réception d'une notification infondée. Le droit français s'avère par conséquent plus dissuasif.

1195. Le législateur américain n'a donc pas, à l'inverse du droit français, considéré que la théorie de l'abus de droit²⁰⁹⁸ pouvait suffire à lutter contre les notifications infondées. Cette différence d'approche tire ses racines non seulement dans le fait que le droit de la responsabilité civile est une compétence des États fédérés et non pas du législateur fédéral, mais également dans les divergences entre la compréhension de ce principe dans les deux systèmes. En effet, alors que le droit français est marqué par le respect de l'impératif kantien²⁰⁹⁹ imposant aux citoyens de se comporter comme il ou elle considère qu'autrui devrait le faire, la tradition américaine se limite à imposer aux individus de ne pas causer de préjudice à autrui de façon malveillante et sans que cela ne soit nécessaire²¹⁰⁰. La conception

²⁰⁹⁴ G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », 8^e édition, 2007, PUF.

²⁰⁹⁵ J. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité* », Dalloz, 1939, 2^e édition, 303.

²⁰⁹⁶ L. CADIET, P. LE TOURNEAU, « *Abus de droit* », Répertoire de droit civil, Dalloz, Octobre 2015, 27.

²⁰⁹⁷ Ancien article 1382 du Code civil.

²⁰⁹⁸ La théorie de l'abus de droit a été reconnue aux États-Unis avec l'arrêt *Jenkins v. Fowler*, 24 Pa. 308 (1855). L'abus de droit était constitué dès lors que le défendeur avait agi avec malice ou l'intention mauvaise et injustifié de causer un préjudice au demandeur. La Cour Suprême de Pennsylvanie a cependant renversé cette solution en retenant que l'intention ne permet pas de constituer un délit civil. Il a fallu attendre l'arrêt *Burke v. Smith* (37 N.W. 838 (Mich. 1888) pour que la théorie de l'abus de droit soit reconnue en s'inspirant de la tradition civiliste.

²⁰⁹⁹ E. KANT, « *Fondation de la métaphysique des mœurs* », 1785.

²¹⁰⁰ J.M. PERILLO, « *Abuse of Rights : A Pervasive Legal Concept* », 27 Pac. L.J. 37, automne 1995, 45.

est donc plus réduite aux Etats-Unis qu'en France. La jurisprudence américaine²¹⁰¹ a néanmoins eu recours à la notion d'abus de droit en *copyright* notamment en matière de licence de droits²¹⁰². Cependant, la théorie de *abuse of rights* est cantonnée au domaine contractuel. Or, étant donné que les relations entre les expéditeurs de notifications et les créateurs automatiques de liens ne sont pas toujours contractuelles, la théorie aurait pu en l'occasion d'être opposée. En outre, une distinction entre les situations contractuelles et extra-contractuelle aurait été difficilement justifiable car elle aurait diminué l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon en facilitant la violation du *copyright* dès lors que l'expéditeur de la notification n'aurait pas conclu de convention avec le créateur automatique de liens - c'est à dire dans la majorité des hypothèses. Il s'avérait par conséquent nécessaire d'introduire une disposition spéciale en droit américain afin de transcender la distinction entre les relations contractuelles et extra-contractuelle.

1196. Les deux droits permettent également aux parties d'obtenir le remboursement des honoraires d'avocats en cas d'envoi d'une notification infondée. Ainsi, conformément à la section 512(f) du *Copyright Act*, les créateurs de liens pourront obtenir remboursement des frais de procédure et d'avocat en dehors²¹⁰³ de ceux concernant la préparation de la saisine du juge et de la préparation des actes dont les frais seront remboursés conformément à la section 505 du *Copyright Act*. En France, l'article 700 du Code de procédure civile permettra aux créateurs de liens d'obtenir le remboursement des frais de procédure et des honoraires d'avocats. Malgré cette convergence de principe les deux systèmes ont des pratiques différentes. En effet, les montants remboursés aux Etats-Unis seront très souvent bien supérieurs à ceux en France car les frais d'avocats sont plus élevés outre-Atlantique²¹⁰⁴. Le montant des honoraires d'avocats risque de peser indument sur la liberté d'entreprendre aux Etats-Unis. Ainsi, dans l'affaire Diebold²¹⁰⁵, le défendeur a été condamné à payer la somme de 125.000 dollars incluant les dommages et intérêts ainsi que les frais d'avocats. Ce montant correspond effectivement aux sommes dépensées par le demandeur mais elle s'avère

²¹⁰¹ « *Engineering Competitive Policy and Copyright Misuse* », 19 U. DAYTON L. REV. 1087 (1994).

²¹⁰² *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970 (4th Cir.1990).

²¹⁰³ *Lenz v. Universal Music Corp.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 16899, 94 U.S.P.Q.2D (BNA) 1344, Copy. L. Rep. (CCH) P29,894 (N.D. Cal. Feb. 25, 2010), 28.

²¹⁰⁴ A. BUISSON, « *Affaire DSK : comment (et combien) sont payés les avocats* », 13 août 2011, L'Obs, accessible à <http://rue89.nouvelobs.com/2011/08/13/comment-et-combien-sont-payes-les-avocats-de-laffaire-dsk-217742> (dernier accès:29/08/2016).

²¹⁰⁵ Electronic Frontier Foundation, « *Diebold Coughs Up Cash in Copyright Case* », 15 octobre 2004, accessible à : <http://www.eff.org/press/archives/2004/10/15> (dernier accès: 7/07/2016).

disproportionnée eu égard au préjudice que représente la notification infondée - c'est à dire le retrait d'un lien. Cela risque de dissuader certains ayants droit d'envoyer des notifications par crainte de commettre une erreur sur la véracité de leurs informations. Ils auront la possibilité de demander conseil à un avocat mais cela impliquera des dépenses qui s'avèrent dissuasives. Les auteurs sont donc confrontés à une limite économique à la protection de leurs droits aux Etats-Unis qui s'avère beaucoup plus forte qu'en France.

1197. Dans la majorité des cas, les dommages et intérêts indemniseront des situations où l'internaute n'aura pas de relations contractuelles avec un moteur de recherche. Les notifications infondées peuvent cependant être à l'origine de la rupture de relations contractuelles²¹⁰⁶. Dans une telle hypothèse, les deux droits sanctionnent la rupture de relations contractuelles d'autrui. Les méthodes divergent néanmoins. En effet, le droit français sanctionne l'incitation à la rupture d'une relation contractuelle sur le fondement des articles 1199²¹⁰⁷ et 1240²¹⁰⁸ du Code civil français²¹⁰⁹. En principe, le droit américain converge vers le droit français car cette pratique est interdite sur le fondement de la section 766A²¹¹⁰ du *Restatement (Second) of Torts*²¹¹¹ - qui constitue une œuvre doctrinale sans valeur obligatoire pour les États fédérés mais dont ils ont pu s'inspirer. Les deux systèmes divergent cependant car le droit américain n'opposera pas cette interdiction aux rédacteurs de notifications infondées. En effet, le fondement de la rupture des relations contractuelles d'autrui est absorbé²¹¹² par le *copyright* aux Etats-Unis²¹¹³. La *preemption* permet d'apporter une réponse unitaire sur tout le territoire américain. Elle s'avère d'autant plus utile pour les litiges sur internet où les frontières des pays - et *a fortiori* des États américains - que des réponses

²¹⁰⁶ J. DRATLER, S. M. MCJOHN, « *Cyberlaw, Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, § 5.01.

²¹⁰⁷ Article 1165 ancien du Code civil.

²¹⁰⁸ Article 1382 ancien du Code civil.

²¹⁰⁹ « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». Pour une illustration voir notamment : Cass. ass. plén., 9 mai 2008, BICC 1^{er} juillet 2008, rapp. FOULQUIÉ, avis de GOUTTES, n° de pourvoi : 07-12449.

²¹¹⁰ « *One who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract (except a contract to marry) between another and a third person, by preventing the other from performing the contract or causing his performance to be more expensive or burdensome, is subject to liability to the other for the pecuniary loss resulting to him* ».

²¹¹¹ Le *Restatement (Second) of Torts* n'est pas d'application obligatoire dans les États fédérés mais il a incité les juges et les législateurs à harmoniser leurs solutions. Pour un exemple en droit californien où le inducement est appelé *interference* voir *Imperial Ice Co. v. Rossier*, 112 P.2d 631 (Cal. 1941).

²¹¹² « *Preempted* » (traduction libre).

²¹¹³ Voir *Online Policy Group v. Diebold, Inc.*, 337 F. Supp. 2d 1195 (N.D. Cal. 2004), 1205.

fracturées en fonction de règles de droit international privé n'apporteraient que des solutions imparfaites et inutilement complexes.

1198. Les sanctions civiles en cas d'envoi de notifications infondées apparaissent donc encadrées en droit français, et particulièrement fortes en droit américain - en dehors de la question des ruptures de relations contractuelles. Cette distinction entre l'apparent laxisme du droit français et la dureté de la réponse américaine doit cependant être nuancée par l'introduction de sanctions pénales en France.

B) Les sanctions pénales

1199. La sanction pénale intervient pour réprimer une violation à l'ordre public. Les droits européen et américain ont divergé sur son introduction afin de lutter contre les notifications infondées. Ainsi, alors que le DMCA n'a pas introduit de répression pénale des notifications infondées, la directive e-commerce²¹¹⁴ a laissé les États membres déterminer les sanctions applicables sans interdire les sanctions pénales²¹¹⁵. Les sanctions doivent être effective, proportionnées et dissuasives. Étant donné que ces sanctions visent à s'appliquer aux hypothèses de violation des dispositions des lois transposant la directive il y a lieu de penser que ces règles s'appliquent aux notifications infondées qui sont interdites par la LCEN. Ainsi, la LCEN dispose à l'article 6-I-4 que la personne qui présente à un créateur automatique de liens une notification infondée afin d'obtenir le déréférencement de la page, tout en sachant que l'information communiquée est erronée, encourt une peine d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende. La peine est donc la même que celle prévue à l'article 413-5 du Code pénal qui interdit de s'introduire frauduleusement sur un terrain. Le droit français punit donc les différentes modalités de privation de la jouissance d'un espace - qui est constituée lorsqu'un lien est indument désindexé à la suite d'une notification infondée - de la même peine. En effet, lorsqu'une page est désindexée, elle est moins visible pour les internautes et les revenus publicitaires baissent. La peine s'avère donc cohérente dans le système français. Il est cependant peu probable que les juges condamnent effectivement à cette peine, car les

²¹¹⁴ Article 20 de la directive 2000/31/CE.

²¹¹⁵ Considérant 54 de la directive 2000/31/CE.

peines inférieures ou égales à deux ans peuvent faire l'objet d'aménagement²¹¹⁶. Or, étant donné que les rédacteurs de notifications infondées ne constituent pas des dangers pour la société et que la France souffre d'une surpopulation carcérale chronique, il est peu probable que les juges décident de condamner à une peine de prison ferme les expéditeurs de notifications infondées. La peine la plus dissuasive et la plus prononcée sera donc la peine d'amende.

1200. Les droits français et américain divergent donc sur la valeur accordée à la notification infondée. Elle constitue une violation de l'ordre public en France alors qu'il ne s'agit que d'un simple interdit aux Etats-Unis. Cette différence est surprenante car les notifications infondées constituent des mensonges qui sont particulièrement mal perçus aux Etats-Unis et heurtent les valeurs américaines²¹¹⁷. Le législateur français est en revanche retombé dans sa frénésie pénaliste.

1201. La solution américaine nous apparaît plus opportune car, bien que le mensonge constitue une violation des valeurs fondamentales françaises et américaines²¹¹⁸, la répression pénale apparaît hors de propos. En effet, la prison sert à mettre à l'écart des individus dangereux pour la société²¹¹⁹ en neutralisant les délinquants dangereux²¹²⁰, à éviter que les victimes ne se fassent justice elles-mêmes, à constituer une dissuasion et à permettre la réinsertion sociale des condamnés. Or, la lutte contre les notifications infondées ne confronte pas les auteurs à des personnes devant être enfermées, ni à des personnes dangereuses, elle ne devrait pas susciter d'envie de se faire justice soi-même et la réinsertion sociale des rédacteurs ne pose *a priori* pas de difficulté particulière. Il apparaît donc inopportun de faire peser le risque d'une condamnation carcérale aux rédacteurs de notifications infondées. En outre, eu

²¹¹⁶ Circulaire du 10 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et du décret n°2010-1276 du 27 octobre 2010 relative à la procédure simplifiée d'aménagement des peines.

²¹¹⁷ M. JOSEPH, « *Le mensonge, un crime très mal perçu aux Etats-Unis* », 6 juillet 2011, Le Figaro, accessible à <http://www.lefigaro.fr/international/2011/07/06/01003-20110706ARTFIG00423-le-mensonge-un-crime-tres-mal-percu-aux-etats-unis.php> (dernier accès: 24/06/2016).

²¹¹⁸ Tables de la loi, 9^e commandement : « tu ne mentiras pas ».

²¹¹⁹ M.P. DE LA GONTRIE, « *À quoi sert (vraiment) la prison ?* », Libération, 27 mars 2013, accessible à http://www.liberation.fr/evenements-libe/2013/03/27/a-quoi-sert-vraiment-la-prison_891700 (dernier accès: 7/07/2016).

²¹²⁰ B. COUTURIER, « *À quoi sert la prison ?* », France culture, 15 février 2013, accessible à <http://www.franceculture.fr/emissions/les-idees-claires/quoi-sert-la-prison> (dernier accès: 7/07/2016).

égard au taux d’incarcération aux Etats-Unis²¹²¹ et à la surpopulation carcérale en France²¹²² une telle réponse pour des actes d’une gravité somme toute limitée n’apparaît pas nécessaire. Quant à la peine d’amende son utilité est limitée car elle est effectivement dissuasive tout comme peut l’être le montant élevé des honoraires d’avocats aux Etats-Unis, mais il serait plus utile d’utiliser le montant de ces amendes pour financer la création.

1202. Les sanctions ont été pensées pour être naturellement opposées à des actes effectués par des humains. Cependant, le développement des logiciels permet d’effectuer des actes sans contrôle humain direct. Les sanctions opposées aux violations de la loi survenant dans ces circonstances posent des difficultés nouvelles.

II) Les notifications infondées envoyées par des logiciels

1203. Des logiciels traquent désormais les contrefaçons en ligne et envoient automatiquement des notifications aux créateurs automatiques de liens²¹²³. Cette automatisation est à l’origine de l’explosion du nombre des notifications. La société Youtube²¹²⁴ gère ainsi en moyenne trois millions de notifications par an. Ces envois sont effectués sans aucun contrôle humain. Ces logiciels s’avèrent particulièrement dangereux pour l’internet car les créateurs automatiques de liens ont souvent tendance à désindexer des contenus dès lors qu’ils reçoivent des notifications²¹²⁵.

²¹²¹ N.M. KAMRANY, R.J. BOYD, « *U.S. Incarceration Rate Is a National Disgrace* », Huffingtonpost, 13 juin 2012, accessible à http://www.huffingtonpost.com/nake-m-kamrany/incarceration-rate_b_1423822.html (dernier accès: 7/07/2016).

²¹²² Conseil de l’Europe, Communiqué de presse, DC038(2016), 8 mars 2016, accessible à [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=DC-PR038\(2016\)&Language=lanFrench&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=DC-PR038(2016)&Language=lanFrench&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE&direct=true) (dernier accès : 29/08/2016).

²¹²³ Joe Waz, A Few Words About Copyright, Comcast Voices (Mar. 26, 2009), <http://blog.comcast.com/2009/03/a-few-words-about-copyright.html>; see also Chloe Albanesius, Comcast, Others Deny “Three Strikes” Piracy Plan, PCMAG.COM (Mar. 27, 2009), <http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2343977,00.asp>

²¹²⁴ J. E. CUTLER, « *Parties No Closer to Reconciling 13-Year-Old DMCA With Stakeholder Needs* », 81 Pat. Trademark & Copyright J. 611, 611 (2011).

²¹²⁵ C. AHLERT, C. MARSDEN, C. YUNG, « *How ‘Liberty’ Disappeared from Cyberspace : The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation* », accessible à <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2014/12/liberty.pdf> (dernier accès: 29/08/2016).

1204. Néanmoins, les droits français et américain opposent des réponses largement insatisfaisantes. En effet, la théorie française de l'abus de droit n'a vocation à s'appliquer que lorsque la prérogative est détournée de sa finalité et que la personne qui l'exerce cherche à nuire à autrui²¹²⁶. Il s'agit donc d'une exception au régime de la responsabilité civile qui est traditionnellement indifférente à la volonté car le juge contrôlera un faisceau d'indices dans lequel il pourra inclure la volonté de nuire²¹²⁷. Elle risque donc de s'avérer inapplicable aux algorithmes sauf si les juges retiennent qu'il existe un faisceau d'indices suffisant même en l'absence d'une volonté de nuire. La jurisprudence française pourra néanmoins sanctionner les dommages subis sur le fondement de l'article 1240 du Code civil dès lors que le propriétaire d'un site internet aura subi un dommage à cause de la notification infondée. La faute - qui se comprend de façon objective et non pas subjective²¹²⁸ - sera constituée par l'envoi d'une notification infondée.

1205. Le droit américain présente la même faiblesse car il se fonde encore plus sur le critère de la volonté. En effet, les notifications infondées sont sanctionnées par la notion de *misrepresentation*²¹²⁹. Elle est opposable lorsque les rédacteurs avaient connaissance du caractère erroné des affirmations qu'elle contenait²¹³⁰, ce qui est conforme à la position traditionnelle de la *Common Law*²¹³¹. Or, le propriétaire d'un tel système n'a pas connaissance de la véracité ou non des notifications envoyées par son système. Dès lors, étant donné que les régimes sanctionnant les notifications infondées sont fondés sur la volonté de commettre un tort à autrui, ils n'ont pas vocation à s'appliquer à des machines. Les juges pourront retenir que l'algorithme a été programmé par des êtres humains et que ses décisions reflètent leurs choix mais ce raisonnement sera artificiel.

1206. Il est par conséquent nécessaire les législateurs américain et français se saisissent de la question. Le législateur américain devrait modifier la section 512 (f) du *Copyright Act* pour retirer l'élément intentionnel de la notification infondée lorsqu'elle n'est pas émise par un être humain. Le législateur français devrait quant à lui introduire une sanction spéciale en cas de

²¹²⁶ L. CADIET, P. LE TOURNEAU, « *Abus de droit* », Répertoire de droit civil, Dalloz, Octobre 2015, 27.

²¹²⁷ L. CADIET, « *Abus de droit* », *ibidem.*, 17.

²¹²⁸ P. BRUN, « *Responsabilité du fait personnel* », juin 2016, Dalloz, Rép. civ., 15.

²¹²⁹ 17 U.S.C. 512(f).

²¹³⁰ 17 U.S.C. 512(f).

²¹³¹ *Micrel, Inc. v. TRW, Inc.*, 486 F.3d 866, 62 U.C.C. Rep. Serv. 2d 957 (6th Cir. 2007) ; *Hoseman v. Weinschneider*, 322 F.3d 468 (7th Cir. 2003).

notification infondée qui, suivant notre proposition pour le droit américain, intégrerait l'élément volontaire pour les personnes humaines et appliquerait en revanche un régime de responsabilité de plein droit pour les notifications infondées envoyées par des logiciels. Ce dernier régime serait justifié par la théorie du risque car les algorithmes permettent à leur propriétaire de se rémunérer tout en introduisant un risque dans la société. Il est donc juste que leur responsabilité puisse être engagée dès lors qu'ils commettent un dommage à autrui. Les dispositions de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil pourraient servir de modèle à cet égard.

1207. Cela aurait sans doute pour conséquence de décourager les entrepreneurs travaillant dans le secteur des notifications automatiques. Cependant, la préservation du réseau internet nécessite de ne pas accepter tous les actes ayant pour conséquence de déréférencer des contenus sur internet. Les auteurs doivent continuer à contrôler par eux-mêmes, ou par leurs agents, au respect de leurs droits sur internet. Ce type de contrôle implique des coûts plus importants que le recours à une machine, mais comme toute activité économique, l'activité culturelle implique des dépenses pour la préservation des intérêts des personnes qui la mènent.

1208. Un autre moyen, non juridique, de lutter contre les notifications infondées, est sans doute de les rendre publiques. La société Google communique les notifications - sans distinction selon quelles soient fondées ou non - au site chillingeffects.org²¹³². Grâce à la transparence que ce système implique, tous les internautes peuvent avoir connaissance du nombre de notifications envoyées par les internautes. Bien que ce système soit à la limite de l'humiliation publique il inciterait, s'il était appliqué aux seules notifications infondées, les internautes à ne pas exagérer dans leurs envois de notifications. Cela permettrait également aux juges d'avoir connaissance du nombre d'envois de notifications et de distinguer les situations où les expéditeurs ont commis une erreur ponctuelle - qui peut n'être sanctionnée que faiblement à cause du danger social limité qu'elle représente - des hypothèses où l'expéditeur a adopté la pratique régulière d'envoyer des notifications infondées - et dans ce cas les sanctions pourront être plus importantes afin de dissuader les internautes d'adopter systématiquement ce comportement. Il s'agirait dès lors d'étendre le principe déjà connu des

²¹³² I.C. BALLON, « *DMCA Liability Limitations for Social Networks, Blogs, Websites, And Other Service Providers and the UGC Principles* », SP016 ALI-ABA 1155, 15-17 janvier 2009, 1221.

juges selon lequel l'existence procédures abusives précédentes peut constituer une preuve supplémentaire de l'absence de bien fondé d'une demande²¹³³.

1209. Les propriétaires de sites internet ne sont donc pas démunis face aux notifications infondées. Dès lors que la notification apparaît infondée, le créateur automatique de lien réindexera la page.

Section 2 : Le rétablissement du lien

1210. Les créateurs automatiques de liens sont donc confrontés à la charge du traitement des notifications mais également de la gestion des conséquences des notifications infondées. Ils devront par conséquent rétablir les liens qu'ils auront annulés. Cette solution pèse sur leur liberté d'entreprendre car ils devront y dédier des ressources. Elle s'avère cependant nécessaire afin d'assurer un équilibre satisfaisant avec les intérêts des internautes qui ne peuvent être laissés sans recours contre les notifications²¹³⁴.

1211. Cette solution permet de ne pas étendre les limites du droit d'auteur et du *copyright* au-delà des frontières établies par les législateurs français et américain. La réindexation de contenus ayant fait l'objet d'une notification infondée permet de mettre un terme à toute tentative de censure et à ne pas conférer à des ayants droit des prérogatives que les lois ne leur ont pas confiées.

1212. Les droits français et américain permettent par conséquent aux internautes de demander le rétablissement des liens ayant fait l'objet d'une annulation à la suite de l'envoi d'une notification. Or, afin d'établir le meilleur équilibre possible, les deux droits ont établi une procédure collaborative (Sous-Section 1) qu'ils incitent à suivre sous peine de sanctions (Sous-Section 2).

²¹³³ R.J. CONVISER, « *Evidence* », BARBRI, 2015, p. 5.

²¹³⁴ S. Rep. No. 105-190, at 21 (1998).

Sous-Section 1 : La collaboration lors du rétablissement du lien

1213. Les créateurs automatiques de liens devront collaborer avec le propriétaire du site internet lors de la procédure de réindexation d'un lien (Paragraphe 1). Les créateurs automatiques de liens devront également informer les expéditeurs des notifications du rétablissement du lien (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La procédure de rétablissement du lien

1214. Le propriétaire d'une page internet devra faire savoir au créateur automatique de lien qu'il est en désaccord avec la décision de désindexation en envoyant une contre-notification (I). À sa réception le créateur automatique de lien procédera au rétablissement du lien (II).

I) La contre-notification

1215. Lorsqu'une page a été désindexée son propriétaire peut envoyer une contre notification au créateur de liens afin qu'il rétablisse le lien. Les droits français et américain ne convergent pas *a priori* sur la procédure à suivre. En effet, alors que le droit américain²¹³⁵ a introduit une procédure précise dans le DMCA - tout comme la Finlande et la Lituanie²¹³⁶ - la LCEN française est restée muette sur cette question. En effet, le droit français conçoit le déréférencement comme la dernière étape avant la saisine du juge. Le législateur français n'a donc pas introduit une étape *ad hoc* avant la procédure judiciaire. Il n'interdit cependant pas aux parties de tenter une résolution non-judiciaire du conflit. Le législateur américain a donc ajouté une étape par rapport au droit français avant la procédure judiciaire.

²¹³⁵ 17 U.S.C. 512(g)(3).

²¹³⁶ T. VERBIEST, G. SPINDLER, G. MARIA RICCIO, A. VAN DER PERRE, « *Study on the Liability of Internet Intermediaries* », *ibidem.*, p. 16, accessible à http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf (dernier accès : 7/07/2016).

1216. Cette différence d'approche entre la France et les Etats-Unis s'inscrit plus globalement dans des rapports différents aux modes alternatifs de résolution des conflits. Ils sont particulièrement populaires aux Etats-Unis²¹³⁷ où ils permettent de résoudre rapidement et à moindre coût des différends entre les parties. Or, étant donné que les sommes en jeu en cas de contrefaçon par un hyperlien restent faibles par rapport aux frais d'un procès s'approchant souvent - voire dépassant - le million de dollar²¹³⁸, la procédure extra-judiciaire revêt toute son importance aux États-Unis. En France en revanche, la facilité d'accès au juge - dont la saisine est gratuite²¹³⁹ - et le montant raisonnable des frais d'avocats dont les honoraires sont encadrés²¹⁴⁰ plus strictement qu'outre-Atlantique, permettent d'accéder plus facilement à une juridiction. La *praxis* américaine est donc plus ouverte au règlement des litiges hors juridiction que la tradition française. Cette différence est le résultat des histoires différentes des deux pays. Alors que les Américains ont dû pendant plusieurs siècles régler leurs litiges par des moyens alternatifs à cause de la difficulté d'accéder à un juge, les Français ont toujours eu un accès facile à des tiers - qu'ils soient des juges étatiques ou des autorités religieuses - afin de résoudre leurs litiges. La ligne de fracture vient donc principalement de la confiance dans les juridictions en France opposée à l'esprit américain farouchement indépendant. Cette tradition américaine est particulièrement adaptée aux enjeux de l'internet. En effet, une résolution non judiciaire des litiges permet de résoudre plus rapidement les litiges²¹⁴¹ et la vélocité est un facteur clé de la lutte contre la contrefaçon sur internet.

1217. Il sera obligatoire en droit américain - à l'inverse du droit français - d'envoyer la contre notification avec la signature physique ou électronique²¹⁴² de l'expéditeur ainsi que son nom et son numéro de téléphone²¹⁴³. Cette condition est similaire à celles imposées pour la notification initiale. Le nombre de condition s'avère néanmoins plus réduit que pour la section 512(d)(3) relative aux notifications car le créateur automatique de liens est, à ce stade, déjà en

²¹³⁷ M. MCMANUS, B. SILVERSTEIN, « *Brief History Of Alternative Dispute Resolution In The United States* », 1^{er} novembre 2011, CADMUS, 3, accessible à <http://www.cadmusjournal.org/node/98> (dernier accès: 29/08/2016).

²¹³⁸ B. ESLINGER, « *Attys Get \$4.6M In Fees For 'Happy Birthday' Copyright Suit* », 17 août 2016, Law360.

²¹³⁹ Services du Premier Ministre, « *Saisine du tribunal de grande instance (TGI)* », 15 juin 2016, accessible à <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F20851> (dernier accès: 29/08/2016).

²¹⁴⁰ O.L. BOUVIER, « *Le champ de compétence du juge fixant les honoraires de l'avocat : une extension limitée par la Cour de cassation* », D. 2011, p. 2057.

²¹⁴¹ *The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes*, 17 Hastings Comm. & Ent. L.J. 893, 899 (1995).

²¹⁴² 17 U.S.C. 512(g)(3)(A).

²¹⁴³ 17 U.S.C. 512(g)(3)(D).

possession de plusieurs informations permettant de contacter l'internaute. Il ne s'avérait donc pas nécessaire, dans le cadre d'une procédure extra-judiciaire, d'imposer un formalisme inutile là où les parties sont déjà en possession des informations pertinentes. L'objectif est en effet toujours d'assurer une résolution informelle et rapide des litiges en fournissant des coordonnées permettant une communication efficace avec l'expéditeur. Le droit américain vise donc à donner aux parties intéressées les moyens de régler à l'amiable le litige qui les oppose.

1218. L'expéditeur devra également - en droit américain - préciser les éléments permettant d'identifier la page litigieuse et le contenu²¹⁴⁴. Cette obligation permet non seulement d'assurer la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens qui n'auront ainsi pas besoin d'effectuer des frais de recherche importants, et elle évite également une surveillance de l'internet par les prestataires de service. Les créateurs automatiques de liens sauront en effet quelle page devra être réindexée.

1219. Il est également requis de l'expéditeur qu'il affirme qu'il est de bonne foi²¹⁴⁵ et que les contenus ont été retirés par erreur ou à la suite d'une identification erronée. Les droits américain et français divergent sur cette question malgré une approche initiale commune. En effet, la *penalty of perjury*, en vigueur aux Etats-Unis, est issue du parjure médiéval²¹⁴⁶ qui pouvait entraîner la condamnation à mort de quiconque mentait après avoir prêté serment sur la Bible. Le droit américain a maintenu ce concept bien qu'il l'ait modernisé et sécularisé. Le droit français s'est affranchi du parjure pour lui substituer le faux témoignage²¹⁴⁷ ainsi que le faux serment civil²¹⁴⁸. Cependant, à l'inverse de la section 512 du DMCA, le droit français ne sanctionne pas le mensonge effectué devant une entité autre qu'un juge et le faux témoignage comme le parjure n'auront donc pas vocation à s'appliquer aux contre-notifications infondées. Cette solution est contestable étant donné que le droit français confère aux créateurs automatiques de liens, à l'inverse du droit américain, un rôle de quasi juge. Il était donc concevable, eu égard à la qualité conféré aux créateurs automatiques de liens et à la nécessité

²¹⁴⁴ 17 U.S.C. 512(g)(3)(B).

²¹⁴⁵ 17 U.S.C. 512(g)(3)(C).

²¹⁴⁶ R.H. UNDERWOOD, « *False Witness : A Lawyer's History Of The Law Of Perjury* », 1993, Ariz. J. Int'l & Comp. L., p. 239 s.

²¹⁴⁷ F. FOURMENT, « *Faux témoignage* », juin 2014, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale.

²¹⁴⁸ B. BEIGNIER, « *De l'évolution du serment probatoire en droit civil français* », in *Le serment*, 1991, CNRS, T.2, p. 419 à 427.

de préserver la structure de l'internet, de sanctionner les personnes à l'origine de notifications ou de contre-notifications infondées. En effet, puisque les sociétés française et américaine sont fondées sur la confiance²¹⁴⁹, il s'avère nécessaire de décourager les affirmations mensongères.

1220. Étant donné que le législateur américain a considéré que le mensonge dans la contre-notification constitue un acte grave il a introduit, à l'inverse du législateur français, une sanction sévère à la section 1621 du *Crimes and Criminal Procedure Act*. Le *perjury* est ainsi condamné d'une peine d'amende ainsi que d'une peine de prison jusqu'à 5 ans. La sanction est pour le moins dure et dissuasive. Le droit français en revanche n'appliquera pas de sanction pénale et acceptera donc plus facilement le mensonge que le droit américain. L'approche doit cependant être nuancée car, lorsque les parties en arrivent à la contre-notification en droit américain, elles peuvent déjà être devant le juge étatique en France. Le mensonge crédible devant le juge sera dès lors sanctionné²¹⁵⁰. La divergence entre les deux systèmes s'avère donc *de facto* relative.

1221. L'expéditeur devra également mentionner dans la contre notification de droit américain qu'il consent à la compétence de la Cour fédérale de district pour le lieu où il est situé²¹⁵¹. En revanche, s'il se trouve en dehors du territoire américain, il devra reconnaître la compétence de toute Cour fédérale de District où le créateur automatique de liens peut être trouvé. L'expéditeur devra en outre affirmer qu'il accepte la compétence de la juridiction de la personne à l'origine de la notification. Cette mention n'a pas besoin d'être précisée dans la notification. L'expéditeur est donc supposé accepter la compétence de la juridiction du lieu pertinent.

1222. Le droit américain se montre également plus strict sur le destinataire de la contre notification. En effet, alors que le droit français ne le mentionne pas, le DMCA²¹⁵² précise que la contre notification doit être envoyée à un agent désigné par le créateur automatique de liens. Cette règle fait écho à celle applicable en matière de notification qui n'est pourtant pas applicable aux créateurs automatiques de liens²¹⁵³. L'absence d'obligation d'avoir un agent

²¹⁴⁹ É. LAURENT, « *Peut-on se fier à la confiance ?* », OFCE, 2009, n°108, p. 5-30.

²¹⁵⁰ Y. MAYAUD, « *La crédibilité du mensonge punissable en droit pénal* », AJ Pénal, 2008, p. 111.

²¹⁵¹ 17 U.S.C. 512(g)(3)(D).

²¹⁵² 17 U.S.C. 512(g)(3).

²¹⁵³ 17 U.S.C. 512(c)(2).

pour réceptionner les notifications est donc d'autant plus incompréhensible que le parallélisme des formes l'aurait commandé. Elle est également classique en droit des sociétés américain car les sociétés sont encouragées à nommer un agent en charge de la réception des notifications des tiers²¹⁵⁴. La solution de la section 512(g)(3) doit être approuvée dans la mesure où elle permet aux créateurs automatiques de liens de centraliser les demandes et *a priori* de les traiter plus rapidement.

1223. Le DMCA introduit donc un système mixte visant à inciter les parties à résoudre leurs litiges par des moyens alternatifs tout en préparant l'éventualité d'un procès, alors que le droit français prépare plus en amont le procès et que le législateur français n'a pas prévu cette dernière étape de tentative de résolution du conflit - bien qu'il ne l'interdise pas. La méthodologie américaine permet de tenter de résoudre le conflit en dehors des tribunaux tout en mettant un terme possible à la suite de notifications et de contre notifications. Le droit français ainsi que le DMCA incitent donc, bien qu'à des moments différents, les parties à privilégier un système où elles seraient *a priori* gagnantes en résolvant elles-mêmes leur litige à une hypothèse où elles seraient perdantes en recourant à un juge. Il s'agit d'une méthode désormais classique en droit français et reprise à l'article 1195 nouveau du Code civil.

1224. Les contre-notifications infondées constituent un risque pour le respect du droit d'auteur et du *copyright* ainsi que pour la liberté d'expression. Cependant, seul le droit américain a prévu des dispositions *ad hoc* pour lutter contre ce phénomène en appliquant les mêmes sanctions que pour les notifications infondées²¹⁵⁵. Le droit français appliquera le droit commun comme il le fait pour les notifications infondées²¹⁵⁶, ce qui ne constitue pas une difficulté importante étant donné que l'article 1240 nouveau du Code civil est assez souple pour s'appliquer dans de nombreuses situations. Il était possible d'introduire des sanctions différentes car les intérêts protégés ne sont pas les mêmes. Cependant, ce parallélisme présente l'intérêt de la simplicité et l'introduction d'une autre sanction aurait inutilement allongé les rédactions déjà particulièrement complexes des réglementations française et américaine en la matière. Cette simplification participe de l'affirmation de la liberté d'entreprendre.

²¹⁵⁴ §5.01 of the *Model Business Corporation Act*.

²¹⁵⁵ 17 U.S.C. 512(f)(2).

²¹⁵⁶ Voir supra n°1191 à 1202.

1225. À la suite de la réception d'une contre notification le créateur automatique de lien peut rétablir le lien qu'il avait précédemment supprimé.

II) La procédure de rétablissement du lien

1226. Les Etats-Unis ne connaissaient initialement pas de procédure légale de rétablissement du lien. Ils se trouvaient donc dans une situation identique à celle connue au sein de l'Union Européenne car les législateurs européen et français n'ont pas abordé cette possibilité. Cette absence est surprenante car elle faisait le jeu de tous les censeurs qui trouvaient ainsi un moyen d'obtenir la désindexation de pages sans que les créateurs automatiques de liens ne soient tenus de les réindexer. Cette situation faisait peser un véritable risque sur l'accès aux contenus sur internet.

1227. Cependant, l'arrêt américain *Perfect 10 v. Cybernet Ventures*²¹⁵⁷ a étendu les dispositions de la section 512(g) aux créateurs automatiques de liens. La cour a donc privilégié une interprétation conforme à la *ratio legis* et non pas au principe selon lequel les exceptions sont d'interprétation stricte. La jurisprudence américaine a par conséquent introduit un droit au référencement des contenus licites sur internet. La jurisprudence n'est pas allée jusqu'à consacrer un droit du public à l'accès aux contenus mis en ligne, mais elle l'a *de facto* reconnu. Le droit français a donc effectué une mauvaise copie du droit américain en ne s'inspirant que de la lettre du DMCA et non pas de l'œuvre de la jurisprudence américaine.

1228. Ainsi, à la suite de la réception d'une contre-notification, le créateur automatique de liens est tenu de réindexer - aux Etats-Unis - le contenu dans un délai compris entre 10 et 14 jours ouvrés courant à partir de la réception de la contre-notification²¹⁵⁸ sous peine d'engager sa responsabilité. Ce délai peut s'avérer particulièrement long même s'il présente l'intérêt, par rapport au droit français, d'établir un cadre pour les parties. Ainsi, lorsque le candidat à

²¹⁵⁷ *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.*, 213 F. Supp. 2d 1146, 1179-80 (C.D. Cal. 2002).

²¹⁵⁸ 17 U.S.C. 512(g)(2)(C).

l'élection présidentielle américaine John MacCain²¹⁵⁹ a demandé à la société Youtube de rétablir les liens vers les vidéos de campagne - que certaines chaînes de télévision avaient qualifié de contrefaçons étant donné qu'elles étaient titulaires du *copyright* - le créateur automatique de lien a opposé le délai de la section 512(g)(2)(c) du *Copyright Act*. Or plusieurs jours d'absence sur les réseaux sociaux peuvent peser dans une campagne présidentielle. La société Youtube s'est montrée *a priori* politiquement neutre²¹⁶⁰ mais des tiers peuvent utiliser la réglementation actuelle sur les notifications afin de censurer temporairement des idées auxquelles ils s'opposent. Le *copyright* et le droit d'auteur ne servent pourtant pas à censurer des idées mais à inciter à la création²¹⁶¹.

1229. Or, si la majorité des créateurs de liens cherche à maintenir leur neutralité afin de ne pas compromettre leur image auprès de leurs clients, ce système pose un réel risque sur la neutralité des créateurs de liens sur internet. Ils risquent en effet de présenter des listes de résultats qui seront en partie censurées par des tiers. En outre, en étant absent du référencement pendant un certain temps, le site sera moins bien référencé par les moteurs de recherche à moins de violer le principe de neutralité de l'internet. Il n'existe pas de droit à être référencé et toute intervention du moteur de recherche violerait le principe de neutralité. Le délai imparti par le DMCA est donc trop long et il devrait être remplacé par un délai plus court. Il est ainsi nécessaire que le législateur américain prenne acte du fait que le *copyright* est régulièrement détourné de son objectif principal afin de censurer des discours. Le législateur américain devrait également introduire une exception au *copyright* concernant les discours politiques. Une telle exception existe en droit français²¹⁶². Or, il existe beaucoup moins de litiges portant sur la censure de contenus politiques par le droit d'auteur. Il existerait donc une corrélation entre la prévisibilité d'une exception portant sur les œuvres protégées contenant des idées politiques et le faible nombre de tentatives de censure de ces contenus. L'exception concernant les discours politiques permet aux créateurs automatiques de liens de ne pas désindexer les contenus politiques car ils sauraient que ceux-ci bénéficient d'une

²¹⁵⁹ W. SELTZER, « *Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor : Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment* », 24 Harv. J. Law & Tec 171, automne 2010, 172-173.

²¹⁶⁰ B. SMITH, « *Politics pushes Youtube to play it safe* », Politico, 23 juillet 2007, accessible à <http://www.politico.com/story/2007/07/politics-pushes-youtube-to-play-it-safe-005074> (dernier accès: 21/05/2016).

²¹⁶¹ C'est pour cette raison que la polémique autour de la facilité d'accès au livre *Mein Kampf* en 2016 à l'occasion de sa chute dans le domaine public ne concerne pas le droit d'auteur français ni le *copyright* américain mais le droit administratif qui peut censurer les écrits.

²¹⁶² Article L. 122-5-3-c du Code de la propriété intellectuelle.

exception au droit d'auteur ainsi qu'au *copyright*. Cette difficulté du droit américain souligne également un autre intérêt du système français. En effet, en recourant plus facilement au juge, le droit français permet de limiter les situations où des contenus seront supprimés simplement dans un but de censure alors que la procédure amiable américaine le permet²¹⁶³.

1230. L'obligation de rétablir le lien ne s'appliquera cependant pas, en droit américain, si la personne à l'origine de l'envoi de la première notification saisit la juridiction compétente²¹⁶⁴. Dans ce cas, il a été considéré comme étant inutile de solliciter le créateur automatique de liens, et donc de lui faire engager des frais, alors qu'une décision judiciaire sera rendue. Cela permet de limiter le rôle des créateurs automatiques de liens au strict minimum nécessaire pour assurer le respect du *copyright* sur l'internet sans limiter leur liberté d'entreprise au delà de ce qui apparaissait au législateur comme étant strictement nécessaire. Il s'agit donc d'une solution de compromis entre les intérêts divergents.

1231. À la suite du rétablissement du lien les parties sont revenues au *statu quo ante*. Dès lors, si le contenu lié était initialement contrefaisant, les ayants droit souffrent une nouvelle fois d'une violation de leurs droits. Cependant, à défaut de connaissance du rétablissement du lien ils ne peuvent défendre leurs intérêts. Il serait par conséquent nécessaire qu'ils aient connaissance du rétablissement du lien.

Paragraphe 2 : L'absence d'information des ayants-droit

1232. Ni le DMCA ni la directive e-commerce - et *a fortiori* la LCEN française - ne font obligation au créateur automatique de lien d'informer l'expéditeur de la notification initiale que la page litigieuse a été réindexée. Cette absence ne nous semble pas justifiée et il aurait été plus judicieux d'imposer une obligation d'information aux créateurs automatiques de liens lorsqu'ils rétablissent la situation antérieure à la réception de la notification.

²¹⁶³ W. SELTZER, « *Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor : Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment* », 24 Harv. J. Law & Tec 171, automne 2010, 175.

²¹⁶⁴ 17 U.S.C. 512(g)(2)(C).

1233. Cette absence signifie en creux que les ayants droit ont un devoir de surveillance des liens. Afin d'être sûr que le lien n'a pas été rétabli il sera en effet nécessaire de contrôler sur des sites référençant les liens menant vers une page voir opter pour une alerte des moteurs de recherche tels que Google. Les auteurs conservent donc leur devoir de surveillance de l'internet et le législateur n'a pas imposé d'obligation de collaboration aux créateurs de liens. La charge est donc particulièrement lourde pour les auteurs.

1234. Cette absence d'obligation d'informer l'ayant droit de la réindexation du contenu permet cependant aux créateurs automatiques de liens de ne pas souffrir de nouvelles dépenses - qui limiteraient leur liberté d'entreprendre - alors que la notification initiale était infondée. Cette seule absence serait dérisoire face au problème des notifications infondées. Les législateurs américain et français ont par conséquent introduit des sanctions afin de les dissuader.

Sous-Section 2 : Les sanctions de l'absence de rétablissement du lien

1235. À l'inverse de la directive e-commerce et de la LCEN française, la section 512(g) du *Copyright Act* dispose que le *service provider* - et par conséquent le créateur automatique de liens - qui ne rétablit pas la situation antérieure à la notification - *i.e.* la réindexation de la page objet de la notification infondée - engagera sa responsabilité envers qui que ce soit, c'est à dire généralement les ayants droit ou l'internaute ayant subi un préjudice à cause de la désindexation. La responsabilité du créateur automatique de liens ne sera cependant pas engagée si son agent reçoit une notification avant l'expiration du délai de 14 jours ouvrés l'informant que le rédacteur de la première notification a saisi la juridiction compétente afin qu'il soit mis un terme à la contrefaçon sur la page liée. Le droit américain a par conséquent introduit un droit subjectif au référencement dès lors qu'une page a été la cible d'un lien.

1236. Il n'apparaît pas, à la lecture du DMCA, que ce droit ne permette d'imposer au créateur automatique de lien un placement précis dans la liste des résultats suggérés par les

moteurs de recherche. En effet, cela irait à l'encontre du principe de neutralité de l'internet²¹⁶⁵ qui interdit d'opérer des discriminations entre les contenus. Les résultats proposés par les moteurs de recherche doivent être le résultat de choix objectifs et les meilleurs résultats doivent naturellement être présentés en premier dans ce qui s'apparente à une évolution darwinienne de l'internet²¹⁶⁶. Or, étant donné que le classement des résultats dépend en partie du nombre de visites d'un site le déréférencement pendant quelques jours peut influencer sur la visibilité d'un site. Il nous semble qu'il s'agit là d'un risque que les propriétaires de sites internet doivent accepter car il s'avérerait trop dangereux de permettre aux juges d'influer sur les résultats des algorithmes étant donné que cela remettrait en cause le principe de neutralité de l'internet.

1237. Les droits français et américain divergent donc profondément dans leurs méthodes de règlement des litiges portant sur les liens. Alors que le droit américain laisse une grande place à la résolution extra-judiciaire des conflits le droit français lui laisse une place somme toute limitée et assure le respect du droit d'auteur et de la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens aux juridictions étatiques. Cela aura des conséquences sur la procédure et sur la résolution du litige.

²¹⁶⁵ T. WU, « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », 23 avril 2005, J. On Telecomm. & High Tech. L., vol. 2.

²¹⁶⁶ T. WU, « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », *ibidem.*, p. 142.

Chapitre 2 : Le temps de la résolution du conflit

1238. La dématérialisation présente une dimension révolutionnaire au sens de la « Critique de la violence » de Benjamin²¹⁶⁷, dans la mesure où elle s'avère ininstituable ni en un ordre ni en un droit, ni en un État²¹⁶⁸. Le Conseil d'État français a ainsi retenu que l'internet n'est « pas naturellement celui du droit²¹⁶⁹ », ce qui ne surprend pas, étant donné que dans les premiers temps de l'internet la jurisprudence française a adopté une approche universaliste et a hésité, à l'inverse du droit américain²¹⁷⁰, à appliquer le droit français²¹⁷¹. Le droit, et notamment le droit d'auteur²¹⁷², est en effet traditionnellement d'application territoriale²¹⁷³. Il est donc initialement apparu difficile d'appliquer le droit à l'internet. L'internet pose donc un défi nouveau au droit et à la souveraineté des États qui avaient toujours été pensés comme territoriaux. Cela impose donc que du droit soit produit en dehors de la sphère traditionnelle étatique²¹⁷⁴.

1239. Partant de ce constat, certains libertaires²¹⁷⁵ considèrent que le droit étatique n'a pas vocation à s'appliquer à l'internet et que l'autorégulation ainsi que l'autonormativité doivent s'imposer. Ce mouvement s'inscrit plus généralement dans un idéal libertarien qui touche de nombreuses branches du droit. Il en va ainsi notamment en droit du travail où les rapports sociaux sont de plus en plus contractualisés²¹⁷⁶. En outre, la technique a participé à l'émergence de cet idéal libertaire et le renforce car les ordinateurs présentent l'avantage, par rapport aux machines traditionnelles, de pouvoir se réguler eux-mêmes en fonction des

²¹⁶⁷ W. BENJAMIN, « *Critique de la violence* », Petite bibliothèque Payot, 2012.

²¹⁶⁸ P. CAYE, « *La condition immatérielle du monde et la question du droit* », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, tome 43, Sirey, p. 230.

²¹⁶⁹ Conseil d'État, « *Internet et ses réseaux numériques* », Paris, La documentation française, 1998.

²¹⁷⁰ *American Civil Liberties Union of Georgia, et al., v. Zell Miller, et al.*, 977 F.Supp.1228 (N.D. Ga., 1997).

²¹⁷¹ Tribunal de commerce de Paris, 26 décembre 2000, SNC Havas Numérique et SA Cadres on Line c. SA Keljob, Legalis.

²¹⁷² Préambule des accords ADPIC : « reconnaissant les objectifs fondamentaux de la politique générale publique des systèmes nationaux de protection de la propriété intellectuelle ».

²¹⁷³ L. DUGUIT, H. KELSEN, « *Préface au premier numéro de la Revue internationale de la théorie du droit* », 1926-1927, vol. 1, p. 3.

²¹⁷⁴ T. SCHULTZ, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne* », Bruylant, 2005, p. 91.

²¹⁷⁵ J.L. GODSMITH, « *Against Cyberanarchy* », U. Chi. L. Rev., 1998, vol. 65, p. 1199 s.

²¹⁷⁶ Voir notamment le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs.

objectifs qui leur étaient assignés²¹⁷⁷. L'internet était ainsi perçu comme un état de nature rousseauiste inapte à recevoir des normes juridiques²¹⁷⁸ et constituerait ainsi un espace idéal d'auto-régulation. Cette approche s'inscrit dans une dynamique de critique de la légitimité de l'État en tant que créateur de norme. L'État est ainsi considéré comme un agent allochtone²¹⁷⁹. Les acteurs économiques - et plus généralement la société civile - sont souvent perçus comme étant mieux placés afin de déterminer les conséquences des règles qu'ils élaborent²¹⁸⁰.

1240. Cependant, les systèmes autorégulés manquent de réflexivité²¹⁸¹ et ne permettent pas, à l'inverse des démocraties représentatives organisées par des chartes de droits fondamentaux, de protéger les minorités contre la majorité²¹⁸². L'auto-gestion risque de déboucher sur une situation similaire à celle qu'a connu l'Ouest américain au 19^e siècle où les *vigilantes* imposaient la dictature de la majorité sans respect pour les droits des minorités et notamment de ceux accusés par la foule²¹⁸³.

1241. Il y a donc lieu de trouver une troisième voie à la régulation sur internet. En effet, en l'absence totale de règles une dangereuse anarchie verrait le jour. À l'extrême inverse, une application aveugle des règles du monde analogique manquerait de souplesse et s'avèrerait inadéquate. Les deux approches doivent par conséquent se concilier. Cet équilibre doit permettre de respecter l'idéal libertaire que véhicule l'internet et de promouvoir la liberté d'entreprendre. Cette dernière requiert en effet - comme toute activité humaine - un équilibre délicat car elle nécessite un cadre normatif mais elle se trouve bridée par un excédent de

²¹⁷⁷ A. SUPIOT, « *Homo Juridicus* », Seuil, 2005, p. 200.

²¹⁷⁸ L.J. GIBBONS, « *No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace* », Cornell J.L. & Pub. Pol'y, 1997, vol. 6, p. 475 s.

²¹⁷⁹ T. SCHULTZ, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne* », L.G.D.J. 2005, p. 111.

²¹⁸⁰ M.D. GOODMAN, « *Why the Police Don't Care About Computer Crime* », in Harv. J. Law & Tech., 1997, vol. 10, p. 465 s.

²¹⁸¹ La réflexivité est la participation de tous les membres d'une communauté ayant intérêt. Voir J. BERLEUR, « *Risk and Vulnerability of Democracy in Information Societies* », Report of COMEST Sub-Commission on « *The Ethics of the Information Society* », UNESCO, 2001, p. 40 s.

²¹⁸² T. SCHULTZ, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne* », L.G.D.J. 2005, p. 116.

²¹⁸³ A. KASPI, F. DURPAIRE, H. HARTEK, A. LHERM, « *La civilisation américaine* », PUF, 2013, p. 571.

règles²¹⁸⁴. Il y a donc lieu de réglementer l'internet en adoptant une approche de co-régulation. Cependant, toutes les cultures ne sont également aptes à accepter ce mode de régulation et il apparaît que les Américains y soient globalement plus favorables que les Européens²¹⁸⁵. Il y a donc lieu d'assurer une création spontanée de norme par les agents privés - qui s'avérera favorable à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à l'idéal libertaire de l'internet - mais elle doit rester sous contrôle de l'État.

1242. Il y aura donc toujours lieu d'appliquer une loi étatique. Les ayants droit auront dans certains cas l'occasion d'opter pour la juridiction et la loi la plus à même de protéger leurs intérêts. Si cela s'avère conforme aux intérêts des auteurs, ce risque de forum *shopping* pèsera sur la liberté d'entreprendre des créateurs de liens qui devront prendre en compte l'application de plusieurs droits. Leur liberté d'entreprendre se trouvera également diminuée par l'obligation de communication des données relatives aux internautes. Ces problématiques devront être prises en compte au moment de la préparation de la procédure (Section 1).

1243. Lorsque le litige ne pourra être évité les parties confieront leur conflit à un tiers. Elles devront pour cela opter pour une procédure étatique ou extra-judiciaire. Ce sera l'occasion pour les juges de déterminer la solution la plus juste au différent entre les parties. Or, les juges français et américain adoptent, par les sanctions qu'ils prononcent, des réponses très différentes. La procédure et les sanctions (Section 2) étant les conditions de l'effectivité d'un droit il y a lieu de comparer les réponses française et américaine sur la question, afin de prouver que la réponse française est la plus sévère et la plus dissuasive.

Section 1 : La préparation de la procédure

1244. Les ayants droit lors de la préparation de la procédure contre le contrefacteur seront confrontés à la question de la détermination d'une loi étatique applicable alors même qu'ils se trouvent sur un espace non territorial et qu'ils peuvent être engagés dans des modes de

²¹⁸⁴ F. HAYEK, « *Droit, législation et liberté - Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* », 1983, tome 3, PUF, p. 196, traduction de « *Law, Legislation and Liberty* », vol. III, Routledge and Kegan, 1979.

²¹⁸⁵ L. COHEN-TANUGI, « *Le droit sans État* », PUF, 1986.

résolution des conflits apatrides donc indifférents aux droits nationaux (Sous-Section1). Ils seront également confrontés à la difficulté de constituer des preuves de la contrefaçon (Sous-Section12).

Sous-Section 1 : Droit international privé et droit d'auteur

1245. Il peut sembler de prime abord curieux d'appliquer des lois nationales aux auteurs dont les processus de création sont de moins en moins rattachés à un espace et donc les œuvres ont vocation à traverser les frontières. Les accords internationaux tels que la convention de Berne et le traité OMPI ont adopté une position universaliste en assimilant l'auteur étranger au national.

1246. Cette approche ne s'est pas imposée *ab initio* et les droits français et américain ne protégeaient pas initialement les œuvres étrangères. L'approche française était avant tout motivée par des visées nationalistes. Le droit américain visait quant à lui à protéger son économie²¹⁸⁶ en évitant des transferts de richesses depuis les Etats-Unis vers des auteurs étrangers²¹⁸⁷ alors que la nouvelle nation restait importatrice d'œuvres étrangères²¹⁸⁸ - et notamment britannique - et que la production culturelle nationale était encore limitée. Cette solution permettait d'éviter les sorties de capitaux. Il était donc dans l'intérêt des Etats-Unis de pratiquer la contrefaçon à grande échelle, quitte à ne pas inciter à la création nationale. Le système semblait, par conséquent, paradoxal eu égard à l'objectif du *copyright* qui consiste justement d'inciter à la création²¹⁸⁹, et au mouvement d'indépendance culturel lancé notamment par Emerson²¹⁹⁰. Ce choix indique que l'absence de *copyright* peut être nécessaire afin de créer un creuset culturel national à partir duquel les auteurs vont pouvoir créer une

²¹⁸⁶ T.T. OCHOA, « *Protection for Works of Foreign Origin Under the 1909 Copyright Act* », 26 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 285, mai 2010, 287.

²¹⁸⁷ S. RICKETSON, J.C. GINSBURG, « *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond* », Oxford, 2^e édition, 2005, §1.20 à 19.

²¹⁸⁸ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 273, 1998, p. 259.

²¹⁸⁹ La première loi américaine sur le droit d'auteur affirmait dans son titre que son objectif était d'encourager à la création. *Copyright Act de 1790, An Act for the Encouragement of Learning, by Securing The Copies of Maps, Charts, and Books, to The Authors and Proprietors of Such Copies, During The times Therein Mentioned.*

²¹⁹⁰ R.W. EMERSON, « *The American Scholar* », 31 août 1837.

culture nationale nouvelle. Le droit américain a expressément rejeté la protection des œuvres étrangères dans la loi de 1790²¹⁹¹ alors que le droit français révolutionnaire n'a pas pris position sur la question. Néanmoins, la jurisprudence française refusait la protection des œuvres étrangères sur le fondement de l'article 11 du Code civil ou de l'article 426 du Code pénal qui réservait la protection aux œuvres publiées en France²¹⁹².

1247. La France a évolué sur la question car elle a embrassé des thèses universalistes. Cette approche n'était cependant pas dénuée d'intérêt car elle visait à inciter²¹⁹³ les autres États à adopter des réglementations similaires et donc à protéger les œuvres françaises. Cela n'a cependant eu aucun effet sur la législation américaine. Ce n'est donc pas uniquement sous la pression de la nécessité économique, mais également sous l'influence de l'évolution des idées artistiques, que le droit français a évolué. La Cour de cassation²¹⁹⁴ a en outre nuancé sa position en 1857 - c'est à dire à la suite du mouvement romantique qui sacralisait l'auteur sans considération de frontière et s'ouvrait à l'Europe²¹⁹⁵ et en plein mouvement du parnasse qui promouvait l'art pour l'art - en précisant que les œuvres étrangères n'étaient protégées que lorsqu'elles étaient publiées pour la première fois en France. Elle s'est ainsi placée dans une perspective jusnaturaliste. Un fléchissement du principe de l'absence de protection des œuvres étrangères se dessinait sans considération pour les intérêts économiques nationaux. En outre, l'absence de protection de l'œuvre étrangère était circonscrite. En effet, il fallait comprendre par œuvre étrangère non pas celles créées par des auteurs étrangers, mais celles publiées pour la première fois à l'étranger²¹⁹⁶ conformément au décret des 28-30 mars 1852²¹⁹⁷ protégeant les œuvres d'auteurs étrangers publiés en France pour la première fois²¹⁹⁸.

1248. La première moitié du 19^e siècle a donc marqué l'émergence, certes encore timide, d'un mouvement universaliste²¹⁹⁹. Il s'est trouvé renforcé par des penseurs aux idées

²¹⁹¹ Copyright Act of 1790, ch. 15, § 1.

²¹⁹² Paris, 26 novembre 1828, Huard et Mack, Répertoire, n°769.

²¹⁹³ T.T. OCHOA, « *Protection for Works of Foreign Origin Under the 1909 Copyright Act* », 26 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 285, mai 2010, 288.

²¹⁹⁴ Cass. Req., 14 décembre 1857, DP, 1858-I-161, S., 1858-I-145.

²¹⁹⁵ A. LAGARDE, L. MICHARD, « *XIXe siècle* », Bordas, 1969, p. 9-10.

²¹⁹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 1975.

²¹⁹⁷ E. POUILLET, « *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation* », Marchal, Billard et co., 3^e édition, 1879, n°832 à 856.

²¹⁹⁸ S. RICKETSON, J.C. GINSBURG, « *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond* », Oxford, 2^e édition, 2005, §1.24 à 22.

²¹⁹⁹ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 1976.

universalistes tels que Victor Hugo²²⁰⁰. Le principe de l'universalité de la protection d'une œuvre a ainsi été repris par l'article 5 de la convention de Berne. Cependant, sa portée a été limitée par rapport aux travaux préparatoires qui reconnaissaient la protection à toutes les œuvres. La version finale la limite aux États membres de la convention²²⁰¹. La convention offre une protection aux auteurs étrangers et n'autorise les discriminations que dans de rares hypothèses²²⁰². La France a ratifié la convention de Berne en 1886 alors que les États-Unis ont attendu 1988. Ils ont donc pu adopter une solution plus nuancée. Le principe a été repris à l'article 3 des accords ADPIC de l'OMPI²²⁰³.

1249. Le mouvement universaliste s'affirmait donc de façon relativement forte au cours de la seconde moitié du 19^e siècle en France alors qu'il a été rejeté lors de la réforme de 1870²²⁰⁴ aux États-Unis. Néanmoins, sous la pression des auteurs qui subissaient une concurrence économique déloyale de la part d'œuvres pouvant être copiées gratuitement, le législateur américain a voté en 1891 le *Chace Act*²²⁰⁵ à condition que les œuvres américaines soient protégées dans le pays de publication de l'œuvre étrangère. Les États-Unis ont par conséquent conclu des accords multilatéraux, notamment avec la France²²⁰⁶, mais ont refusé d'adhérer à la convention de Berne qui était considérée comme étant trop influencée par les conceptions continentales.

1250. Par la suite, et poussant la logique jusnaturaliste à son terme, la jurisprudence française²²⁰⁷ a reconnu en 1960 - soit à une époque où les thèses universalistes étaient influentes - la protection en France de tous les auteurs indépendamment de leurs nationalités et du pays de première publication de leur œuvre alors que les États-Unis adoptaient une

²²⁰⁰ V. HUGO, « *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international* », 7 juin 1878. Voir notamment : « Ce n'est pas pour un intérêt personnel ou restreint que vous êtes réunis ici ; c'est pour l'intérêt universel. Qu'est-ce que la littérature ? C'est la mise en marche de l'esprit humain. Qu'est-ce que la civilisation ? C'est la perpétuelle découverte que fait à chaque pas l'esprit humain en marche ; de là le mot Progrès. On peut dire que littérature et civilisation sont identiques ».

²²⁰¹ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 273, 1998, 263.

²²⁰² Il s'agit notamment de la durée de protection. Si la durée de protection est plus courte dans le pays d'origine que dans l'État du for le premier pourra être appliqué (article 7.8 de la convention de Berne). Cela n'aura aucune conséquence pour la France et les États-Unis étant donné que les deux systèmes assurent le même délai de protection aux auteurs.

²²⁰³ J. GINSBURG, E. TREPPOZ, « *International Copyright Law - U.S. And E.U. Perspectives* », Elgar, 2015, 121.

²²⁰⁴ 1870 Copyright Act, July 8, 1870, ch. 230, § 86, 16.

²²⁰⁵ Act of March 3, 1891, ch. 565, § 13, 26 Stat. 1110.

²²⁰⁶ Presidential Proclamation No. 3, 27 Stat. 981-82, 1^{er} juillet 1891.

²²⁰⁷ Cass. Req. H. DUBOIS, « *Le droit d'auteur des étrangers en France* », RIDA, 28, juillet 1960, 81.

approche restrictive de la protection des œuvres étrangères en la limitant à celles publiées dans des États ayant conclu des accords bilatéraux ou publiées dans des États membres de la Convention Universelle sur le droit d'auteur du 6 septembre 1952²²⁰⁸. L'œuvre est par conséquent protégée, en droit français, non pas pour son rattachement à la France, mais parce qu'elle est le résultat d'un acte de création²²⁰⁹. L'auteur étranger est ainsi protégé en France au même titre qu'un auteur français²²¹⁰ sauf si son œuvre a été publiée pour la première dans un pays n'assurant pas aux œuvres divulguées pour la première fois en France de protection suffisante²²¹¹. Les Etats-Unis²²¹² en revanche limitent la protection aux œuvres publiées aux Etats-Unis ou dans un pays membres de la convention de Berne, de la convention universelle sur le droit d'auteur ou dans un pays avec lequel les Etats-Unis entretiennent des relations bilatérales en matière de droit d'auteur²²¹³. La France connaît un régime juridique éclaté entre celui de droit commun que nous venons de voir et celui spécial limité aux citoyens européens conformément à l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne²²¹⁴ qui interdit « toute discrimination exercée au nom de la nationalité ». Il y a donc, sous les conditions que nous venons d'examiner, une assimilation de l'étranger au national²²¹⁵.

1251. La France et les Etats-Unis ont donc adopté deux logiques opposées (bien que cette différence ait désormais peu de conséquences car la très grande majorité des États du monde ont ratifié la convention de Berne). En effet, alors que la protection française est universaliste, la protection des œuvres étrangères aux Etats-Unis s'inscrit dans une logique mercantile. Les Etats-Unis ont donc tendance à suivre les évolutions juridiques étrangères afin d'assurer la meilleure protection internationale à leurs auteurs. Cette logique perdure encore aujourd'hui et a notamment été reprise avec le *Copyright Term Extension Act*²²¹⁶ de 1998 qui étendait de 50 ans à 70 ans après la mort de l'auteur la protection du *copyright* afin de correspondre au standard de l'Union Européenne et bénéficier ainsi d'une protection plus longue sur le territoire de l'Union Européenne²²¹⁷. Le critère de discrimination du droit européen n'a donc

²²⁰⁸ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », 6^e édition, Lexisnexis, 2014, p. 594.

²²⁰⁹ Article 1, §1^{er} de la loi du 11 mars 1957 ; article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

²²¹⁰ Cass. civ., 1^{er} décembre 1959, « Le chant du monde », D., 1960, p. 93, obs. G. HOLLEAUX.

²²¹¹ Article L. 111-4, al. 1 du Code de la propriété intellectuelle.

²²¹² 17 U.S.C. §104.

²²¹³ Les autres possibilités ne sont pas pertinentes pour notre exposé.

²²¹⁴ J. GINSBURG, E. TREPPOZ, « International Copyright Law - U.S. And E.U. Perspectives », Elgar, 2015, p. 240.

²²¹⁵ P. SIRINELLI, « Propriété littéraire et artistique », Dalloz, Mémento, 3^e édition, 2016.

²²¹⁶ Pub. L. 105-298.

²²¹⁷ Article 7.1 de la directive 2006/116/CE.

plus vocation à s'appliquer. Il en va autrement en revanche pour le droit *sui generis* des bases de données qui reste soumis au principe de réciprocité²²¹⁸.

1252. Les États se sont donc organisés pour coréguler le droit d'auteur. Il y aura donc lieu de choisir le juge compétent pour le litige (Paragraphe 1) et d'opter pour la loi la plus pertinente (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La compétence juridictionnelle

1253. Le choix de la juridiction implique de déterminer quel juge sera compétent pour connaître d'un litige (I). Or, lorsque des délits complexes sont commis, la contrefaçon a lieu dans plusieurs États. Il pourra dès lors être pertinent de faire reconnaître la décision des juges initialement saisis (II).

I) Le choix du juge

1254. Les règles traditionnelles d'élection du juge compétent sont certes souples (A), mais elles s'avèrent insuffisantes face aux nouveaux défis que soulève l'internet (B).

A) L'insuffisance des règles classiques

1255. Les règles en matière de compétence juridictionnelles se divisent pour notre étude entre celles relatives aux litiges extra-contractuels (1) et contractuels (2).

²²¹⁸ Article L. 341-2 du Code de la propriété intellectuelle.

1) Les règles de compétence extra-contractuelles

1256. La convention de la Haye sur les accords d'élection de for - qui n'est pas encore entrée en vigueur²²¹⁹ - exclut de son champ d'application la propriété intellectuelle²²²⁰. Il y aurait donc lieu de se référer à la convention de Berne mais elle ne prend pas position sur la question du choix de la juridiction compétente²²²¹. Les États membres sont par conséquent libres de déterminer cette question. Le *copyright* américain²²²² et le droit d'auteur français²²²³ n'ont vocation à s'appliquer qu'aux litiges survenant sur le territoire national et ne s'appliquent donc pas, *a priori*, aux situations survenues à l'étranger²²²⁴. L'application extraterritoriale du *copyright* n'a donc pas suivi le chemin emprunté par le droit de la concurrence qui a vu une application extraterritoriale du *Sherman Act*²²²⁵. Les juges américains²²²⁶ ont en effet retenu qu'en l'absence d'indication du législateur il n'y avait pas lieu d'étendre l'application du *copyright* américain à des actes uniquement extraterritoriaux. Les États se sont donc accordés sur un principe de réglementation multilatérale²²²⁷ du droit d'auteur.

1257. L'Union Européenne, la France²²²⁸ et les Etats-Unis²²²⁹ ont convergé sur le principe *actor sequitur forum rei* donnant compétence au tribunal du lieu de domicile du défendeur. Il a en effet été repris par l'article 2 de la Convention dite Lugano II²²³⁰ applicable entre les

²²¹⁹ J. GINSBURG, E. TREPPOZ, « International Copyright Law - U.S. And E.U. Perspectives », Elgar, 2015, p. 559.

²²²⁰ Article 2(2)(n) et (o) de la convention de la Haye sur les accords d'élection de for.

²²²¹ J. GINSBURG, E. TREPPOZ, « International Copyright Law - U.S. And E.U. Perspectives », Elgar, 2015, p. 558.

²²²² *United Dictionary Co. v. G. & C. Merriman Co.*, 208 U.S. 260 (1908); *Twin Books Corp. v. Walt Disney Co.*, 83 F.3d 1162 (9th Cir. 1996); G.W. AUSTIN, « *Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace* », 79 Or. L. Rev. 575, automne 2000, 584.

²²²³ France : M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *ibidem.*, 17.

Etats-Unis : *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244, 248 (1991) (citant *Foley Bros., Inc. v. Filadro*, 336 U.S. 281, 285 (1949)).

²²²⁴ *Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research International, Inc.*, 523 U.S. 135, 154 (1998).

²²²⁵ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », *ibidem.*, §12.09.

²²²⁶ *Subafilms Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.*, 24 F.3d 1088 (9th Cir. 1994).

²²²⁷ G.W. AUSTIN, « *Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace* », 79 Or. L. Rev. 575, automne 2000, 587.

²²²⁸ Pour les défendeurs ayant leurs domicile au sein de l'Union Européenne : article 5-3 du règlement Bruxelles 1 bis du 12 décembre 2012.

Pour les défendeurs n'ayant pas leurs domicile au sein de l'Union Européenne : article 42 du Code de procédure civile.

²²²⁹ Fed. Rules Civ. Proced. §4.

²²³⁰ Convention de Lugano II concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale du 16 septembre 1988.

États membres de l'Union Européenne, puis par l'article 4 du règlement européen n°1215/2012 du 12 décembre 2012 repris à l'article 42 du Code de procédure civile²²³¹. La CJUE²²³² et la Cour de cassation²²³³ ont accepté cet élément de rattachement. La solution est similaire aux Etats-Unis car la Cour Suprême a retenu dans l'arrêt *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*²²³⁴ qu'un juge peut avoir la *general jurisdiction* sur un défendeur s'il est lié à l'État de façon continue et systématique. Il faut donc que le défendeur soit chez lui dans l'État saisi. Les juges se fonderont sur des indices comme le domicile d'une personne physique ou le lieu principal de l'activité d'une société. Il sera par conséquent possible de poursuivre le créateur d'un lien - qu'il soit manuel ou automatique - devant le juge compétent pour le domicile du défendeur ou le lieu d'établissement de la société défenderesse. Cependant, alors que le droit français laissera au demandeur le choix de saisir tous les juges compétents pour les lieux où est implantée une société - conformément à la théorie des gares principales²²³⁵ - il en ira différemment aux Etats-Unis où il faudra saisir le juge compétent pour le lieu de la *main place of business*²²³⁶, c'est à dire le lieu où la société effectue la plupart de ses activités. Il sera par conséquent possible de saisir le juge du lieu où se trouve le défendeur ayant créé un hyperlien litigieux. Les règles seront sans doute plus prévisible en matière contractuelle.

2) Les règles de compétence contractuelles

1258. En matière contractuelle, les deux droits permettent la saisine du juge d'un lieu ayant un rattachement avec le litige mais ils ont adopté des méthodologies différentes. Les deux systèmes convergent ainsi vers le choix du critère de la prévisibilité en matière contractuelle. La jurisprudence américaine aborde ce principe de façon souple en retenant qu'il suffit d'un

²²³¹ Trib. civ. Bayonne, 16 mai 1972, RTD com., 1972, p. 624, obs. DESBOIS.

²²³² CJCE, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Fiona Shevill.

²²³³ Cass. civ. 1^{er}, 16 juillet 1997, RIDA, 1998, 2, p. 403.

²²³⁴ *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, 564 U.S. 915, 131 S. Ct. 2846, 180 L. Ed. 2d 796, 2011 U.S. LEXIS 4801, 79 U.S.L.W. 4696, CCH Prod. Liab. Rep. P18,654, 22 Fla. L. Weekly Fed. S 1305 (U.S. 2011).

²²³⁵ Y. BUFFELAN-LANORE, « *Domicile, demeure et logement familial* », D., Rép. civ., juin 2014, 260.

²²³⁶ 28 U.S.C. § 1332(c).

point de rattachement pour que le juge soit compétent²²³⁷. Il en va ainsi notamment lorsque la cession des droits se fait depuis les Etats-Unis²²³⁸. Dès lors qu'un propriétaire de site cède des droits - notamment relatifs à l'établissement d'un lien - le tribunal compétent pour le lieu où il se trouve devra être saisi. De même, si le cocontractant à l'origine de la création du lien se trouve sur le territoire américain, le tribunal du lieu où il se trouve sera compétent pour connaître du litige. La jurisprudence américaine appliquera donc son principe traditionnel²²³⁹ du lien suffisant entre le défendeur américain et son forum, dès lors qu'il est prévisible pour le propriétaire du site. Cela devrait être retenu relativement facilement étant donné qu'un site est accessible partout dans le monde²²⁴⁰. D'autres critères pourront influencer le choix de la juridiction compétente tels que le fait de faire des affaires de façon systématique et continue dans le forum²²⁴¹ afin que l'élection de la juridiction soit suffisamment liée à l'affaire pour que la compétence du juge soit juste²²⁴². À défaut, le défendeur pourra opposer la *Due Process Clause* de la Constitution pour écarter la compétence d'un juge²²⁴³. Il sera pour cela nécessaire de prendre en considération le fait que le défendeur a mené des activités dans le *forum*, si le demandeur reproche un fait s'étant produit dans le forum, et si la compétence du juge s'avérerait constitutionnellement raisonnable. En outre, la langue pourrait constituer un obstacle à la prévisibilité. Il en ira ainsi notamment lorsque deux langues sont trop différentes pour que leurs locuteurs se comprennent mutuellement. Cela sera le cas lorsque le site internet vise le public américain intentionnellement et qu'il existe des contacts suffisants avec les Etats-Unis, même si les données proviennent de l'étranger²²⁴⁴. Ce régime, d'une grande souplesse, est très loin de la rigidité du système français et européen qui présente quant à lui l'avantage de la prévisibilité.

1259. En Europe, le règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

²²³⁷ *Update Art, Inc. v. Modiin Publishing, Ltd.*, 843 F.2d 67, 73 (2d Cir. 1988).

²²³⁸ *Subafilms, Ltd. v. Mgm-Pathe Communs. Co.*, 24 F.3d 1088, 1994 U.S. App. LEXIS 10604, 30 U.S.P.Q.2D (BNA) 1746, Copy. L. Rep. (CCH) P27,264, 94 Cal. Daily Op. Service 3381, 94 Daily Journal DAR 6457 (9th Cir. Cal. 1994), citant Peter Starr, 783 F.2d at 1442, 1443.

²²³⁹ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 US 310 (1945).

²²⁴⁰ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 273, 1998, p. 295.

²²⁴¹ *Haelan Prods. Inc. v. Beso Biological Research, Inc.*, 43 USPQ 2d 1672 (ED La. 1997).

²²⁴² *International Shoe Co. v. Washington*, 326 US 310, 316 (1945).

²²⁴³ *Graduate Mgt. Admission Council v. Raju*, 241 F.Supp.2d 589 (E.D.Va 2003).

²²⁴⁴ *Aerogroup Int'l Inc. v. Malboro Footworks, Ltd.*, 956 F. Supp. 427 (SDNY 1996).

énonce une série de critères à l'article 7 et notamment le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande²²⁴⁵ ou le lieu de fourniture d'un service²²⁴⁶. Ces critères visent un objectif similaire à celui de la *Due Process Clause* américaine en ce qu'ils assurent la « bonne administration de la justice » ainsi qu'une « organisation utile du procès²²⁴⁷ ». Il en ira ainsi notamment lorsqu'une juridiction est la « mieux à même d'apprécier le bien-fondé de l'atteinte alléguée²²⁴⁸ ». Cela inclura le lieu d'exécution de l'obligation portant sur l'établissement d'un lien vers un site. Une partie de la doctrine a retenu que le lieu de fourniture du service sera celui où les données sont reçues²²⁴⁹. Cette solution est confirmée par le règlement européen du 7 octobre 2013²²⁵⁰ qui dispose que les fournisseurs de service en ligne seront assujettis à la TVA du preneur du service. Cependant, le simple accès à un contenu ne suffira pas pour que le juge du lieu où le contenu est accessible soit compétent²²⁵¹. Il sera nécessaire que l'offrant invite à la conclusion et qu'un contrat ait été effectivement conclu à distance. Pour cela, des facteurs importants seront notamment le contenu du site, le type de domaine internet utilisé, le recours à la publicité²²⁵². Dès lors sera compétent, dans les deux systèmes, le juge ayant un point de rattachement pertinent eu égard aux relations sociales que la convention implique. Sera ainsi compétent le juge d'un lieu pertinent en matière de conventions relatives aux hyperliens. Les particularités de l'internet a donc obligé le droit européen à adopter une solution plus souple qui permet une convergence limitée avec le droit américain.

1260. Les conventions relatives à l'autorisation de créer un lien peuvent contenir une clause attributive de juridiction. Or, en la matière, les deux droits divergent suivant les conceptions que les deux systèmes se font des auteurs. Le droit américain considère que les auteurs sont des commerçants comme les autres et ne leur offre donc pas de protection juridique particulière en matière contractuelle. Ils sont par conséquent libres de conclure des clauses

²²⁴⁵ Article 7(1)(a).

²²⁴⁶ Article 7(1)(b).

²²⁴⁷ CJCE, 16 mai 2013, aff. C-228/11, *Melzer c. MF Global UK Ltd*, 26 ; CJCE, 3 octobre 2013, aff. C-170/12, *Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG*, 27.

²²⁴⁸ CJCE, 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising GmbH c. X, Olivier Martinez, Robert Martinez, MGN Limited*, 40 ; CJCE, C-523/10, 19 avril 2012, *Wintersteiger c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, 19 ; CJCE, 3 octobre 2013, aff. C-170/12, *Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG*, 25.

²²⁴⁹ C. CASTETS-RENARD, « *Droit de l'internet : droit français et européen* », Montchretien, 2012, 987.

²²⁵⁰ Règlement européen n° 1042/2013 de la Conseil du 7 octobre 2013.

²²⁵¹ CJUE, 7 décembre 2010, aff. C-585/08, *P. Pammer c. Reederei Shlüter GmbH & Co KG*.

²²⁵² CJUE, 7 décembre 2010, aff. C-585/08, *P. Pammer c. Reederei Shlüter GmbH & Co KG*.

attributives de juridiction²²⁵³. Le droit français adopte une position contraire et paternaliste qu'il nuance cependant en matière de contrats internationaux. Il interdit aux auteurs de modifier les règles de compétence territoriales dans un contrat national car l'article 48 du Code de procédure civile dispose que de telles clauses ne sont valables que dans des conventions conclues uniquement par des commerçants²²⁵⁴. Or les auteurs ne sont pas des commerçants. Le principe n'aura pas vocation à s'appliquer pour les contrats internationaux conformément à l'article 25 du règlement du 12 décembre 2012²²⁵⁵ qui autorisera de telles clauses. Le caractère ubiquitaire et international de l'internet²²⁵⁶ - et donc des conventions portant sur les liens - permettra à de nombreuses conventions d'être qualifiées d'internationales et par conséquent de recourir à une clause attributive de juridiction.

1261. Ces règles classiques ont été élaborées à une époque où les juristes ne pouvaient penser le droit que dans le monde réel. L'internet oblige à repenser les règles de compétences.

B) L'adaptation des règles de compétences territoriales à l'internet

1262. Les règles de compétences ont été adaptées pour l'internet afin que les règles de compétences en matière de droits patrimoniaux (1) et de droits moraux (2) soient plus cohérentes.

1) Les droits patrimoniaux

1263. Les règles de compétence territoriales s'avèrent, malgré leur souplesse, souvent insatisfaisantes pour saisir les innovations impliquées par l'internet. Il s'est donc avéré nécessaire de les adapter. Il a été proposé de recourir au critère de la focalisation du site

²²⁵³ Corcovado Music Corp. v. Hollis Music, Inc., 981 F.2d 679 (2d Cir.1993).

²²⁵⁴ P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *ibidem.*, p. 858, 815.

²²⁵⁵ Règlement n° 1215/2012.

²²⁵⁶ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *ibidem.*, 77.

internet²²⁵⁷ - notamment pour les contrats conclus avec des consommateurs pour déterminer la compétence territoriale du juge. Étant donné que le droit n'a pas pour vocation de saisir de simples mécanismes techniques mais les relations interpersonnelles qui en résulte, il s'est avéré nécessaire d'établir un lien minimal avec le for et de ne pas se contenter de la simple accessibilité d'un site internet. Les Etats-Unis et l'Union Européenne ont convergé sur ce principe.

1264. La jurisprudence américaine²²⁵⁸ a été la première à adopter cette approche. Il a ainsi été retenu qu'un site internet n'offrant pas de moyen de paiement pour les résidents d'un État ne permet pas de retenir la compétence de ses juges. Ainsi l'État visé par un commerçant, notamment par des publicités en ligne si elles ciblent spécifiquement un État ou via des mediums traditionnels, sera compétent pour connaître d'un litige naissant de la convention²²⁵⁹. Cette solution est le résultat du « *effects test* » de l'arrêt *Calder v. Jones*²²⁶⁰. Si la solution inverse avait été adoptée, un internaute aurait pu être traduit devant les tribunaux de tous les États, ce qui aurait violé les dispositions de la *Due Process Clause*²²⁶¹ de la Constitution relative au procès équitable. Cette solution - bien que particulièrement souple et opposée à la mentalité des juristes continentaux - est cohérente avec la déclaration conjointe²²⁶² du Conseil et de la Commission Européenne. Il a en effet été retenu lors de l'adoption du règlement n°44/2001 que la simple accessibilité d'un site internet ne suffit pas à conférer la compétence aux juges de l'État où les contenus sont accessibles. Cette solution est corroborée par le considérant 24 du règlement n°593/2008. L'internaute pourra donc être traduit vers les tribunaux qu'il aura visés, c'est à dire vers les territoires desquels il aura voulu conclure des relations interpersonnelles. L'arrêt *Austro-Mechana*²²⁶³ de la CJUE a retenu que les *fora* visés sont, au sens de l'article 5-3° du règlement de Bruxelles 1 bis, le lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Cette solution est applicable en matière extracontractuelle. Le critère de la source de l'émission - qui était ouvert par l'article 7 du règlement Bruxelles 1 bis - se trouve écarté sur l'internet car il aurait eu pour effet de

²²⁵⁷ CJUE, 18 mai 2010, Pammer et Hôtel Alpenhof, aff. C-585/08 et C-144/09.

²²⁵⁸ *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, 130 F. 3d 414 (9th Cir. 1997).

²²⁵⁹ CJUE, 18 mai 2010, Pammer et Hôtel Alpenhof, aff. C-585/08 et C-144/09.

²²⁶⁰ 465 U.S. 783, 790 (1984).

²²⁶¹ *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 790 (1984).

²²⁶² JOCE 2001, C 146, p. 101.

²²⁶³ CJUE, 21 avril 2016, aff. C-572/14, *Austro-Mechana c. Amazon, D.*, IP/IT, 2016, p. 358, note T. AZZI.

rattacher les litiges à des *fora* sans pertinence²²⁶⁴ et aurait incité à recourir à des serveurs se trouvant dans des paradis numériques. Cette solution permet d'appliquer le droit le plus conforme aux relations humaines en cause au lieu d'opter pour une approche techniciste.

1265. La CJUE, quant à elle, a relevé plusieurs indices de la volonté de cibler un public telles que les extensions des noms de domaine ou la mention d'une clientèle internationale avec les avis des utilisateurs. En revanche, la langue et la monnaie ne constituent pas des éléments pertinents dans la mesure où l'anglais et le français, l'euro et le dollar, ne visent pas de pays précis. Il en va de même pour l'adresse électronique ou physique. Ce critère de la focalisation a été repris par l'arrêt *Football Dataco Ltd c. Sportradar GmbH*²²⁶⁵ qui a retenu que le juge du lieu visé par l'émetteur des données est compétent pour connaître du litige dès lors que l'émetteur a eu l'intention de « cibler des membres du public établis » dans l'État. La jurisprudence française a introduit un élément de complexité supplémentaire à cause de la divergence des chambres civiles²²⁶⁶ - qui retiennent le critère de l'accessibilité - et de la chambre commerciale - qui retient le critère de la focalisation²²⁶⁷. Il nous semble que le critère de la focalisation devrait être privilégié. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation française²²⁶⁸ semble plaider pour cette solution. La Première chambre civile a ainsi retenu, en se fondant expressément sur l'arrêt *Pinckney*²²⁶⁹, que le tribunal du lieu de la matérialisation du dommage allégué est compétent. La formulation est malheureuse car elle s'avère ambiguë et pourrait laisser croire que le critère de l'accessibilité est maintenu. Cependant, la référence à la jurisprudence de la CJUE²²⁷⁰ amène à la conclusion inverse. La solution sera identique en matière pénale²²⁷¹. Le droit américain appliquera un critère similaire en considérant que la loi compétente pour un site est celle de l'État dont le marché est visé par le site²²⁷².

1266. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur le choix du site source ou du site cible pour déterminer la compétence du juge, mais il est très probable qu'en France comme

²²⁶⁴ J. GINSBURG, E. TREPPOZ, « International Copyright Law - U.S. And E.U. Perspectives », Elgar, 2015, p. 607.

²²⁶⁵ CJUE, aff. C-173/11, 18 octobre 2012, *Football Dataco Ltd c. Sportradar GmbH*.

²²⁶⁶ P. SIRINELLI, « Propriété littéraire et artistique », Dalloz, Mémento, 3^e édition, 2016.

²²⁶⁷ Cass. com., 5 avril 2016, n°13-22491, D. IP/IT 2016, 305. Note T. Azzi.

²²⁶⁸ Cass. civ. 1^e, 22 janvier 2014, n°10-15890, 11-26822, 11-24019.

²²⁶⁹ CJUE, 3 octobre 2013, aff. C-170/12, *Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG*.

²²⁷⁰ Cass. civ. 1^e, 22 janvier 2014, n°11-24019, 10-15890.

²²⁷¹ Cass. crim., 29 janvier 2002, n°01-83122.

²²⁷² *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016), 37-39.

aux Etats-Unis les juges appliquent la loi propre à chaque site. Le lien étant accessible depuis le site source les juges retiendront sans doute qu'il vise le même public. Il y aura donc lieu de considérer que le juge compétent pour le site source est compétent pour connaître de la légalité de l'hyperlien. Il devra donc y avoir une série de contacts entre le défendeur et l'État pour qu'il soit compétent²²⁷³ et que le défendeur bénéficie d'un procès équitable. Les enjeux économiques jouent également un rôle dans la détermination du juge en droit américain. En effet, la majorité des juges américains²²⁷⁴ adopte désormais un test hybride entre celui de l'arrêt Calder que nous venons de voir, et celui de l'arrêt Zippo²²⁷⁵. Ce dernier introduit une échelle entre les sites lucratifs proposant des conventions et menant des activités économiques dans le forum d'une part, et les sites passifs d'autre part. Cette dernière catégorie n'a pas vocation à conférer compétence au juge²²⁷⁶ compétent pour le lieu où le site est accessible. Cela laissera plus de souplesse aux juges américains afin de choisir le juge territorialement compétent de façon à respecter le principe du procès loyal. Outre cette divergence sur la question de la prise en compte des dimensions économiques des litiges, les deux systèmes divergent également sur les critères de compétence juridictionnelle en matière de droits moraux.

2) Les droits moraux

1267. L'approche européenne diverge de celle en vigueur aux États-Unis pour les droits de la personnalité et notamment pour les droits moraux. Les juridictions de chaque État membre de l'Union Européenne sont en effet compétentes dès lors que le contenu est accessible depuis le territoire²²⁷⁷ où se trouve le juge. Le demandeur pourra néanmoins saisir la juridiction la plus à même de connaître l'intégralité du dommage²²⁷⁸. Cela permet au droit moral français de s'appliquer de façon universelle à tous les sites - même en langue anglaise et ciblant le public

²²⁷³ W.M. RICHMAN, W.L. REYNOLDS, C.A. WHYTOCK, « *Conflicts of Laws* », 2013, 4^e édition, Lexisnexis, p. 161.

²²⁷⁴ W.M. RICHMAN, W.L. REYNOLDS, C.A. WHYTOCK, « *Conflicts of Laws* », *ibidem.*, p. 161.

²²⁷⁵ *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.* (W.D. Pa. 1997) 952 F. Supp. 1119.

²²⁷⁶ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 273, 1998, p. 287.

²²⁷⁷ CJUE, 3 octobre 2013, aff. C-170/12, Peter Pinckney c. KDG Mediatech.

²²⁷⁸ CJCE, 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, eDate Advertising GmbH c. X, Olivier Martinez, Robert Martinez, MGN Limited, 48.

américain - accessibles depuis la France. Cela risque d'entraîner un véritable conflit culturel car des propriétaires de sites américains pourront être condamnés pour violation du droit moral alors qu'il s'agit d'une notion quasiment inconnue aux Etats-Unis.

1268. Le caractère éclaté du régime de droit international privé fait peser un risque de *forum shopping*. Le *forum shopping* est constitué lorsqu'un choix frauduleux de juridiction est effectué²²⁷⁹. Le risque sera d'autant plus important que les parties peuvent saisir le juge du lieu ciblé par le site source et le site cible. La tentation est en effet grande pour les ayants droit de choisir la juridiction la plus protectrice de l'intérêt litigieux. Cela a déjà été le cas dans l'affaire Shostakovitch. L'auteur n'ayant eu aucun recours aux Etats-Unis²²⁸⁰ pour l'utilisation de son œuvre dans un contexte anti-communiste étant donné qu'il ne s'agissait ni un *libel*²²⁸¹ ni un *slander*²²⁸², a porté son affaire devant les juges français²²⁸³. Ces derniers ont en revanche retenu la violation du droit à l'intégrité de l'auteur. Cette situation risque de constituer une charge pour le système juridique français qui attirera des auteurs en recherche d'une protection plus forte de leurs intérêts notamment moraux. Cela permet cependant au modèle français de rayonner dans le monde en matière de droits moraux.

1269. Dans un souci de collaboration internationale, il sera plus pertinent pour les parties de faire reconnaître des jugements étrangers que d'initier une nouvelle procédure.

II) La reconnaissance des décisions judiciaires

1270. Les litiges portant sur des créations sont susceptibles de présenter des enjeux dans plusieurs *fora*. Les parties pourront en amont concentrer les procédures connexes devant un

²²⁷⁹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « *Droit international privé* », 9^e édition, Dalloz, 2007, p. 751, 495-9.

²²⁸⁰ *Shostakovich v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 80 N.Y.S.2d 575 (N.Y. Sup. Ct. 1948), *aff'd*, 87 N.Y.S.2d 430 (N.Y. App. Div. 1949).

²²⁸¹ Un *libel* est constitué par une affirmation fautive et diffamatoire concernant autrui, sans qu'il n'existe de publication sous privilège, fondée au moins sur une négligence et sans qu'il ne soit nécessaire d'apporter la preuve de l'existence d'un dommage spécial dû à la publication. Voir *Restatement (Second) of Torts* §568.

²²⁸² Un *slander* est une affirmation diffamatoire exprimée dans une forme transitoire. Voir *Black's Law Dictionary*, 9^e édition, 2009.

²²⁸³ Paris, 1^e ch., 13 janvier 1953, *Gazette du Palais* 191, *Le chant de Monde c. Sté. Fox Europe et Sté Fox Américaine Twentieth Century*.

seul juge (A), et elles pourront en aval faire reconnaître une décision étrangère par un juge (B).

A) Les procédures connexes

1271. La question des procédures connexes se posera notamment lorsque le site d'origine du lien et le site cible visent des publics différents et ne sont donc pas soumis aux mêmes juridictions. La concentration des litiges devant un seul juge constitue un gage d'une lutte plus efficace contre la contrefaçon²²⁸⁴. Alors que le droit européen prévoit un régime particulier pour ce type de situation le droit américain applique la théorie de *forum non conveniens*.

1272. L'article 8 du règlement Bruxelles 1 bis²²⁸⁵ bis dispose qu'une « personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être atraite, s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Cette disposition est normalement d'interprétation stricte étant donné qu'elle déroge à la règle de l'article 2-1° du règlement Bruxelles 1 et 4-10 du règlement Bruxelles 1 bis reconnaissant la compétence du for du domicile. Il s'avère donc nécessaire de prouver qu'il existe un risque de divergence entre les décisions pouvant être rendues par deux juges sur une même situation de fait et de droit²²⁸⁶. Il en ira notamment ainsi lorsque les faits sont « matériellement identiques » dans deux pays²²⁸⁷.

1273. Le droit américain propose une solution plus souple que le droit européen en ayant recours à la doctrine de *forum non conveniens*. Le règlement Bruxelles 1 bis l'a écarté alors qu'elle était en vigueur au Royaume-Unis. Elle permet de déterminer si une autre juridiction est plus à même de se saisir du litige. L'arrêt *Boosey & Hawkes Music Publrs., Ltd. v. Walt*

²²⁸⁴ T. AZZI, « La pluralité de défendeurs dans le contentieux international de la contrefaçon : interprétation de l'article 6-1° du règlement Bruxelles I », D. IP/IT, 2016, p. 305.

²²⁸⁵ Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

²²⁸⁶ CJCE, 13 juillet 2006, aff. C-539/03, *Roche Nederland BV e.a. c. Primus, D.*, 2007, 336, note J. RAYNARD.

²²⁸⁷ CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, *Painer*, 72 s.

Disney Co.²²⁸⁸ a été rendu dans une affaire concernant des contrefaçons de vidéocassettes dans au moins 18 pays. L'arrêt retient qu'il est nécessaire de contrôler l'existence d'un autre forum compétent et, si tel est le cas, il y a lieu de déterminer quel juge sera le mieux placé pour assurer la meilleure justice possible - ce qu'il est convenu d'appeler le facteur *Gilbert*²²⁸⁹. Il sera également possible de prendre en compte les intérêts des parties en matière d'accès aux preuves, la disponibilité des témoins et « tous les autres problèmes pratiques ayant pour conséquence de rendre l'affaire facile, rapide et peu onéreuse ». En l'espèce, étant donné que la preuve n'avait pas été apportée que d'autres *fora* étaient compétents, la juridiction américaine s'est estimée compétente.

1274. La solution européenne présente l'avantage de la prévisibilité ce qui s'avérera sécurisant pour les internautes. Le régime européen s'avère donc conforme à la *ratio legis* de la directive e-commerce qui vise à assurer un régime juridique sécurisé pour les prestataires de services. La solution américaine en revanche risquera d'avoir pour conséquence de faire durer les procédures, ce qui impliquera des coûts supplémentaires. Il pourra donc être intéressant, notamment pour le justiciable américain, de privilégier une procédure de reconnaissance des décisions judiciaires.

B) La reconnaissance des décisions judiciaires

1275. Il pourra être pertinent pour les ayants droit de faire reconnaître une décision judiciaire, notamment lorsque le défendeur ne possède pas assez actifs dans le for pour faire face au paiement des dommages et intérêts²²⁹⁰. La nécessité de la solidarité internationale s'avère plus pressante avec le processus de mondialisation auquel participe l'internet²²⁹¹. Les droits américains et français permettent, dans certaines conditions et conformément à l'article 8 de la convention de la Haye sur les accords d'élection de for, de reconnaître des effets à des décisions étrangères. Cependant, en l'absence d'accord bilatéral de reconnaissance des

²²⁸⁸ 145 F.3d 481 (2d Cir. 1998).

²²⁸⁹ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 67 S. Ct. 839 (1947).

²²⁹⁰ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 273, 1998, p. 315-316.

²²⁹¹ R. SÈVE, « *L'avenir libéral du droit* », Mélanges à François Terré, PUF, 1999, p. 59.

décisions judiciaires entre la France et les Etats-Unis, chaque pays appliquera ses normes nationales²²⁹².

1276. Les Etats-Unis n'ont pas de réglementation uniforme de la question qui reste réglementée par les législations des États fédérés, rendant toute comparaison avec le droit français impossible et peu pertinente pour nos propos. Il y aura donc lieu de comparer le droit positif français avec le *Uniform Foreign-Country Money Judgment Recognition Act*²²⁹³ qui n'a pas de valeur obligatoire mais s'avère particulièrement influant²²⁹⁴ dans le domaine de la reconnaissance des jugements portant sur des sommes financières, ainsi qu'avec le *Restatement (Third) Foreign Relations* qui n'a pas de valeur obligatoire. Ce dernier permet la reconnaissance de décisions étrangères portant sur des sommes d'argent ou un droit de propriété²²⁹⁵.

1277. Le droit français adopte une approche plus libérale de la reconnaissance des décisions internationales que le juge américain. Tout d'abord, le juge américain²²⁹⁶ saisi déterminera si le juge étranger était compétent pour connaître le litige. Ce critère a été rejeté en France par un arrêt de la Cour de cassation du 4 juillet 2006²²⁹⁷. Ensuite, le juge étasunien²²⁹⁸ devra, comme le juge français²²⁹⁹, contrôler que les droits de la défense ont été respectés et que la procédure n'a pas été frauduleuse. Enfin, en France²³⁰⁰ comme aux États-Unis²³⁰¹, le juge contrôlera que la décision n'est pas contraire à l'ordre public. Une décision étrangère sera contraire à l'ordre public lorsqu'elle s'avérera perfide, mauvaise, immorale, ou choquante d'un point de vue moral. Dès lors, les deux systèmes adoptent des méthodologies globalement similaires bien que le filtre américain soit plus restrictif. La différence reposera donc principalement sur la conception que les juges auront du procès équitable - ce qui ne devrait

²²⁹² J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 273, 1998, p. 319.

²²⁹³ 13 U.L.A. §4.

²²⁹⁴ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 273, 1998, p. 320.

²²⁹⁵ *Restatement (Third) Foreign Relations* §481.

²²⁹⁶ *Restatement (Third) Foreign Relations* §482(1)(b); *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* §1, 3, 13 ; J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », *ibidem.*, p. 320.

²²⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2006, n° 04-17.590 : JurisData n° 2006-034417.

²²⁹⁸ *Restatement (Third) Foreign Relations* §482(1)(a).

²²⁹⁹ Cass. civ. 1^{er}, 4 octobre 1967, JurisData n° 1967-700277.

²³⁰⁰ Cass. civ. 1^{er}, 4 octobre 1967, JurisData n° 1967-700277

²³⁰¹ *Louis Féraud Int'l. v. Viewfinder, Inc.*, 489 F.3d 474 (2d Cir. 2007), 479.

pas soulever de difficultés particulières dans le cadre de jugements en exequatur entre la France et les Etats-Unis, et l'ordre public. Ce dernier point sera plus problématique car l'ordre public en matière de droit d'auteur diverge profondément entre les deux systèmes. Les décisions américaines seront donc contrôlées en France selon les critères français et les décisions françaises seront soumises au *test* d'exequatur devant les juridictions américaines. Le droit européen a en revanche adopté une solution différente pour les décisions des États membres de l'Union Européenne.

1278. En effet, le droit français est tenu d'aller plus loin que le droit américain dans la reconnaissance des jugements internationaux. En effet, l'article 39 du règlement Bruxelles 1 bis dispose que le arrêts rendus dans un État membre de l'Union Européenne et qui est « exécutoire jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire ». Les décisions européennes ne sont donc pas passées au crible du contrôle que nous venons d'analyser, sauf dans certaines hypothèses sans pertinence pour nos propos.

1279. Néanmoins, l'ordre public international français s'avère plus restreint que l'ordre public national, et les juges américains procèdent à une lecture restrictive de l'ordre public lorsqu'il s'agit de donner l'exequatur à une décision étrangère. Il y a donc une convergence des deux systèmes sur le principe de la limitation de l'ordre public en matière de reconnaissance des décisions étrangères. Ainsi, le Deuxième *Circuit*²³⁰² a pu reconnaître un jugement français qui rejetait l'exception de *fair use* même si cela peut limiter la liberté d'expression. Le juge américain n'est pas tenu de procéder à un contrôle complet et équitable de la décision étrangère, qui ne sera écartée que si elle s'avère contraire à l'ordre public réduit à sa conception la plus fondamentale. Cela n'était pas le cas en l'espèce. Dès lors qu'une décision française n'appliquant pas l'exception de *fair use* reçoit l'exequatur aux Etats-Unis, les hypothèses où le droit français pourra heurter l'ordre public américain seront relativement rares en matière de droit d'auteur. Les ayants droit français bénéficieront donc d'une grande facilité d'exequatur des décisions outre-Atlantique. Il n'est cependant pas évident qu'en matière d'hyperliens les décisions se fondant sur le raisonnement de l'arrêt *Svensson*²³⁰³

²³⁰² *Louis Féraud Int'l. v. Viewfinder, Inc.*, 489 F.3d 474 (2d Cir. 2007), 479.

²³⁰³ CJUE, 13 février 2014, aff. C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

obtiendraient l'exequatur aux Etats-Unis étant donné qu'il repose sur une lecture *contra legem*²³⁰⁴ de la convention de Berne.

1280. Le droit français devrait cependant se montrer plus sévère lors de l'exequatur que le droit américain, car le manque de protection des droits moraux aux États-Unis constitue une violation de l'ordre public international français²³⁰⁵. Il sera donc possible pour un ayant droit américain d'obtenir l'exequatur en France et d'y obtenir une protection de ses droits moraux alors qu'elle n'était pas prévue par les juges étasuniens. Nous considérons que cette solution doit être approuvée car elle n'a pas pour conséquence de briser les efforts de collaboration internationale car les décisions ne reconnaissant pas de droit moral ne seront pas rejetées mais adaptées. Les auteurs comme le public y trouveront leur intérêt.

Paragraphe 2 : Le choix de la loi

1281. Certains auteurs²³⁰⁶ ont souligné l'obsolescence du principe de territorialité du droit d'auteur sur internet. Ils considèrent en effet que la notion de frontière n'a pas de sens en ligne et que la territorialité d'un droit est par conséquent absurde. Il a donc été proposé de créer un droit d'auteur commun à l'internet²³⁰⁷. Il s'agit là d'une réaction somme toute classique face à un mouvement d'intégration mondiale. La délégation allemande avait en effet déjà proposé la création d'un régime mondial du droit d'auteur en 1884 lors des négociations relatives à la convention de Berne²³⁰⁸ alors que le processus de mondialisation moderne s'était enclenché.

1282. Cette proposition nous semble largement utopique car il apparaît particulièrement ardu de trouver un accord entre l'intégralité des États de la planète sur des règles de droit d'auteur.

²³⁰⁴ CSPLA, « Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », décembre 2014, 21.

²³⁰⁵ CA Paris, 1^{er} ch. A, 1 février 1989, D. 1990. 52.

²³⁰⁶ P. E. GELLER, « Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World », 20 Colum.-VLA J.L. & Arts 571 (1996).

²³⁰⁷ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change* », *op. cit.*, p. 376 s.

²³⁰⁸ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », *ibidem.*, p. 262.

En effet, les pays d'Europe continentale refuseront d'abandonner le droit moral, et les Etats-Unis n'accepteront pas de l'intégrer en droit interne. De plus, outre la détermination du fond du droit, la question de l'effectivité de la lutte contre la contrefaçon constituera une autre pomme de discorde internationale car certains pays se montrent moins enclins à assurer une protection effective que d'autres. Cette proposition apparaît enfin peu souhaitable car elle imposerait une vision unique de la question du droit d'auteur qui ne respecterait pas les particularités ainsi que les nécessités de chaque État. Dès lors, les juges devront appliquer des lois nationales et non pas une réglementation internationale unique.

1283. Le droit d'auteur²³⁰⁹ et le *copyright*²³¹⁰ sont donc des droits territoriaux²³¹¹ conformément aux dispositions de la convention de Berne²³¹². Le droit américain avait traditionnellement tiré la conclusion qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer une loi étrangère²³¹³ à un litige relevant du *copyright* et refusait par conséquent de connaître d'affaires extraterritoriales en opposant la doctrine de *forum non conveniens*²³¹⁴, jusqu'à ce que l'influence de la convention de Berne amène les juges américains à adopter une position plus collaborative²³¹⁵.

1284. Les jurisprudences des deux pays ont nuancé le principe de territorialité et permettent désormais aux juges de connaître d'une affaire de contrefaçon du droit d'auteur survenue à l'étranger²³¹⁶. L'application de ce principe soulève des difficultés nouvelles²³¹⁷ lorsque le litige naît sur l'internet. En effet, le juge risque d'être confronté à l'application de plusieurs

²³⁰⁹ M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *op. cit.*, 17.

²³¹⁰ *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998) ; P. GOLDSTEIN, « *Copyright : Principles, Law and Practice* », *op. cit.*, §16.0, 675.

²³¹¹ J.C. GINSBURG, M.L. JANKLOW, « *Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks* », OMPI, GCPIC/2, 16-18 décembre 1998, p. 5.

²³¹² H.R. Rep. No. 100-609, 20 ; *Subafilms, Ltd. v. MGM-PATHE Communications Co.*, 24 F.3d 1088 (1994).

²³¹³ *ISTI TV Productions, Inc. v. California Authority of Racing Fairs*, 785 F. Supp. 854 (CD Cal. 1992).

²³¹⁴ *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathé Commc'n Co.*, 24 F.3d 1088, 1095 (9th Cir. 1994).

²³¹⁵ A.B. FROHLICH, « *Copyright Infringement In The Internet Age - Primetime For Harmonized Conflict-Of-Laws Rules ?* », 24 Berkeley Tech. L.J. 851, printemps 2009, 856.

²³¹⁶ France : CA Paris, 4^e ch., 4 juin 2004, JCP E 2005, p. 279, note SINGH.

Etats-Unis : *Frink Am., Inc. v. Champion Road Mach. Ltd.*, 961 F. Supp. 398 (N.D.N.Y. 1997); *London Film Prods., Ltd. v. Intercontinental Communications, Inc.*, 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984); *World Film Servs., Inc. v. RAI Radiotelevisione Italiana S.p.A.*, 97 Civ. 8627 (LMM), 1999 U.S. Dist. LEXIS 985 (S.D.N.Y. Feb. 3, 1999).

²³¹⁷ G.W. AUSTIN, « *Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace* », 79 Or. L. Rev. 575, automne 2000, 588-589.

lois. Le juge français ne semble pas rebuté par cette perspective, mais il est arrivé qu'un juge américain²³¹⁸, malgré le principe de collaboration internationale, considère qu'il s'agissait là d'une charge trop lourde et qu'il écarte l'application de la loi étrangère sur le fondement de la doctrine de *forum non conveniens*. La jurisprudence postérieure²³¹⁹ a rejeté cette solution étant donné que la doctrine de *forum non conveniens* ne peut servir de commodité pour le juge. Les deux droits convergent donc sur le principe de l'application par un juge national de lois étrangères.

1285. Les règles d'élection de la loi (I) permettent aux juges de prendre en compte l'extraterritorialité d'un litige et de ne pas briser les prévisions des parties. Elles bénéficieront ainsi d'une relative sécurité juridique qui sera néanmoins circonscrite par l'exception d'ordre public et des lois de police (II).

I) L'élection de la loi

1286. La convention de Berne a adopté une approche duale en introduisant des règles de fond et en renvoyant aux lois des États membres²³²⁰. Les droits français et américain vont dépecer les œuvres pour leur appliquer sa loi d'origine afin de déterminer si elle est protégée (A), et les juges pourront appliquer une autre loi afin de déterminer le régime de responsabilité (B).

A) La protection de l'œuvre

²³¹⁸ *ITSI T.V. Prods., Inc. v. California Auth. of Racing Fairs*, 785 F. Supp. 854, 866 n.20 (E.D. Cal. 1992).

²³¹⁹ *Boosey & Hawkes Music Publrs., Ltd. v. Walt Disney Co.*, 145 F.3d 481, 1998 U.S. App. LEXIS 8329, 46 U.S.P.Q.2D (BNA) 1577, Copy. L. Rep. (CCH) P27,764, 1998-1 Trade Cas. (CCH) P72,142, 1998-1 Trade Cas. (CCH) P72,442 (2d Cir. 1998).

²³²⁰ J. GINSBURG, S. RICKETSON, « *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond* », 2006, Oxford, 20.08-20.14.

1287. La convention de Berne n'oblige pas les États membres à appliquer la loi du lieu de création afin de déterminer l'existence de la protection²³²¹. Il y a néanmoins lieu de choisir une règle de conflit de lois assurant la meilleure circulation des œuvres conformément à la *ratio legis* de la convention de Berne²³²², ce qui encourage à adopter ce principe.

1288. Dès lors que l'œuvre proviendra d'un pays membre de la convention de Berne, il conviendra de contrôler si l'œuvre est protégée dans son État d'origine²³²³. Si l'œuvre n'a pas encore été publiée il faudra en revanche se référer à la loi personnelle de l'auteur²³²⁴, ce qui ne manquera pas de soulever des difficultés pour les auteurs binationaux. Cette solution permet d'assurer la sécurité juridique des parties²³²⁵ qui pourront savoir en avance - même au prix d'efforts de recherches importants - si une œuvre a vocation à être protégée. Cela permet ainsi à une œuvre de naître dans un pays source sous l'empire d'une loi et d'éclorre dans les autres pays sous l'empire d'une autre afin de mieux s'adapter aux particularismes locaux²³²⁶.

1289. Cette solution a été partiellement rejetée par la Cour de cassation qui a retenu, dans les arrêts dits « ABC » du 10 Avril 2013²³²⁷, que la titularité des droits d'auteur devait être déterminée selon la loi du pays où la protection est réclamée conformément à l'article 5-2 de la convention de Berne. Or, il était certainement plus sécurisant d'appliquer la loi du pays d'origine de l'œuvre afin de déterminer la titularité des droits d'auteur car cela permet d'adopter une solution uniforme dans toutes les juridictions. La jurisprudence française manque de stabilité, mais l'approche de l'arrêt ABC semble devoir être écartée à cause de l'insécurité juridique qu'elle implique. Il y a donc lieu de retenir la solution de l'arrêt dit « Le Chant du Monde²³²⁸ ». En l'espèce, les juges ont contrôlé la loi d'origine de l'œuvre - qui était en l'occurrence l'Union Soviétique - pour déterminer qu'il y avait un droit sur l'œuvre. Ils ont ensuite appliqué une autre loi - en l'occurrence la loi française - pour la protection des

²³²¹ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », *op. cit.*, p. 352.

²³²² C. MASSOUYÉ, « *Guide de la convention de Berne* », OMPI, 1978.

²³²³ *Itar-Tass Russian News-Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998).

²³²⁴ A. LUCAS, H.J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, n°1363.

²³²⁵ P. SIRINELLI, « *Chronique RIDA* », octobre 2013, p. 363 s.

²³²⁶ J. GINSBURG, note JCP G 1992, II, 21780.

²³²⁷ Cass. civ. 1^e, 10 avril 2013, « ABC News », n°11-12508, 11-12509, 11-12510.

²³²⁸ Cass. civ. 1^e, 22 décembre 1959, « Fox Europa c. Le Chant du Monde », D., 1960, p. 93, obs. G. HOLLEAUX, JDI-CLUNET, 1961, p. 420, obs. B. GOLDMAN.

prérogatives de l'auteur²³²⁹. Le système de la loi d'origine prête cependant le flanc à la critique. En effet, il risque de déboucher sur des solutions incohérentes à cause des différences de systèmes juridiques, et qu'il risque de transformer la question de l'existence et de la titularité du droit en sorte de « question préalable²³³⁰ ».

1290. Une difficulté particulière réside dans la détermination du pays d'origine de l'œuvre publiée pour la première fois sur l'internet. L'État où se trouve le serveur n'est pas toujours pertinent car le lieu de mise en ligne peut n'avoir aucun rapport avec le lieu de création²³³¹ et le lieu où se trouve le public. Il est plus pertinent de retenir le lieu d'établissement de l'auteur dans la mesure où il s'agira de l'endroit où l'œuvre - ou au moins une partie - a été pensée et élaborée. Il s'agira donc de la loi du lieu le plus étroitement lié au processus de création de l'œuvre. Les œuvres créées en ligne par des internautes ne pourront être rattachées à un territoire, mais cela sera sans importance car, n'étant pas le fruit d'une création organisée, elles ne sont pas protégées²³³².

1291. Le principe du recours à la loi d'origine implique que les œuvres d'origine américaine n'étant pas protégées par le *copyright* étasunien ne seront pas protégées par le juge français. Étant donné que les titres n'ont pas vocation à être protégés aux États-Unis²³³³, ils pourront être librement reproduits par des créateurs d'ancres français. Le droit américain favorise ainsi, par une extension extraterritoriale, la création de liens sur internet. La situation inverse sera en revanche plus rare étant donné que le seuil de protection est plus bas en Europe qu'aux États-Unis.

1292. L'avantage²³³⁴ de cette solution est quelle permet une harmonisation des systèmes juridiques avec la très grande majorité des États étant donné qu'il n'y a que de rares pays qui n'ont toujours pas ratifié la convention de Berne. Les divergences seront en revanche plus importantes en ce qui concerne les prérogatives des auteurs.

²³²⁹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, « *Droit international privé* », 6^e édition, n°780.

²³³⁰ HUSTON : Rev. crit. DIP 1989, p. 372.

²³³¹ J.C. GINSBURG, « *The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change* », *op. cit.*, 269-270.

²³³² TGI Paris, 3^e ch., 1^e sect., 22 mai 2014, Legalis.

²³³³ *Arvelo v. American Intern. Ins. Co.*, 66 F.3d 306 (1st Cir. 1995).

²³³⁴ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 2034.

B) La protection des prérogatives de l'auteur

1293. La loi applicable à un litige est traditionnellement choisie de façon différente selon qu'il s'agisse d'une infraction à une règle civile ou à une règle pénale. En effet, la réglementation en matière pénale suit généralement le principe de la territorialité de l'infraction²³³⁵ (1) alors que les règles en matière civile peuvent être modulées (2).

1) Le droit pénal

1294. La responsabilité pénale aura plus de chance de trouver à s'appliquer en France qu'aux Etats-Unis - bien que la section 2319(b)(1) du *Criminal Code* prévoit expressément les contrefaçons numériques - car les contrefaçons sont susceptibles de poursuites pénales en droit français²³³⁶ dès lors que le droit des auteurs est violé, alors que les sanctions pénales sont particulièrement limitées en droit américain et auront peu de chances de s'appliquer en matière d'hyperliens.

1295. Le droit pénal implique l'ordre public d'un pays et justifie donc l'appropriation du litige par le juge national. Ainsi, lorsqu'une infraction est commise en ligne et que le site est accessible depuis le territoire français, l'auteur pourra solliciter l'application de la loi française - même si la mise en ligne a eu lieu depuis l'étranger et que les actes de contrefaçon sont commis à l'étranger²³³⁷ - dès lors qu'il vise le public français²³³⁸. En outre, lorsqu'un seul élément de la contrefaçon est commis en France, le droit pénal français aura vocation à s'appliquer²³³⁹. Le droit américain²³⁴⁰ adopte une approche moins restrictive en appliquant le

²³³⁵ France : article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Etats-Unis : *United Dictionary Co. v. G. & C. Merriman Co.*, 208 U.S. 260 (1908); *Twin Books Corp. v. Walt Disney Co.*, 83 F.3d 1162 (9th Cir. 1996) ; G.W. AUSTIN, « *Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace* », 79 Or. L. Rev. 575, automne 2000, 584.

²³³⁶ TGI Saint-Étienne, 6 décembre 1999, 3561/1999 ; TGI Épinal, 24 octobre 2000, 1981/2000 ; CA Paris, 7 janvier 2003, RG :02/06470.

²³³⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 1997.

²³³⁸ Cass. crim., 14 décembre 2010, n°10-80088.

²³³⁹ Cass. crim., 29 janvier 2002, n°01-83122.

²³⁴⁰ *Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Inc.*, 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996).

droit pénal aux sites internet accessibles depuis les Etats-Unis. Cette possibilité offerte aux ayants droit n'a toujours pas eu l'occasion d'être appliquée.

1296. La responsabilité pénale reste donc un monopole des juges étatiques. Elle a de moins en moins souvent vocation à s'appliquer car, dans leurs stratégies judiciaires, les ayants droit privilégient les procédures civiles.

2) L'application du droit civil

1297. La responsabilité civile se divise en responsabilité délictuelle (a) - qui sera opposable en cas de contrefaçon - et contractuelle (b) - qui sera opposable en cas de violation d'une obligation contractuelle.

a) La responsabilité délictuelle

1298. Les œuvres de l'esprit ne sont pas matérielles et ne peuvent être rattachées à un espace que de façon artificielle. Des hésitations sur la loi applicable ont donc vu le jour.

1299. La Commission Européenne avait initialement proposé dans le Livre vert sur le droit d'auteur dans la société de l'information²³⁴¹ d'étendre le principe de la directive 92/83 du 27 septembre 1993 applicable aux émissions de télévision communiquées par satellite. Or, la loi du pays d'émission tel que retenu dans la directive aurait eu pour conséquence d'inciter les contrefacteurs à se réfugier dans les paradis numérique²³⁴² et aurait empêché les ayants droit

²³⁴¹ Livre vert « *Sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* », COM (95) 382 Final ; Avis du Comité économique et social sur le Livre vert, JO.CE du 1^{er} avril 1996, p. 9, paragraphe 5.2.1.

²³⁴² F. DESSEMONTET, « *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé* », in *Le droit au défi d'internet*, Librairie Droz, 1997, p. 77-101 ; P.Y. GAUTIER, « *Du droit applicable dans le village planétaire* », D. 1996, Chron. p. 131 ; P. SIRINELLI, « *Internet et droit d'auteur* », *Droit et patrimoine*, décembre 1997, p. 74-81 ; M. VIVANT, « *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* », JCP, 1996, I, 3969, n°9.

de bénéficier des dispositions du droit d'auteur²³⁴³. En outre, alors que la théorie de l'émission était applicable au sein de l'Union Européenne car les réglementations sont harmonisées, il n'en va pas de même des mises en ligne à partir de pays tiers. Or, la mise en ligne sur internet peut être effectuée facilement depuis n'importe quel point du globe, ce qui n'est pas le cas des émissions radiodiffusées²³⁴⁴. Enfin, le recours à la théorie de l'émission aurait eu pour effet d'appliquer très souvent la loi américaine et par conséquent l'exception de *fair use* qui, bien que très intéressante d'un point de vue aussi bien intellectuel que pratique, ne correspond pas aux attentes de nombreux Européens²³⁴⁵. Les droits européen et américain ont donc rejeté la thèse de l'émission.

1300. La CJUE a expressément rejeté cette thèse dans l'arrêt *Football Dataco c. Sportradar*²³⁴⁶ concernant la protection *sui generis* des bases de données. Les juges ont retenu que la théorie de l'émission poserait des difficultés de localisation du serveur et « affecterait l'effet utile de la protection par le droit national concerné ». En outre, cette approche présenterait la faiblesse d'appliquer la loi d'un pays avec lequel l'œuvre n'a pas forcément de lien avant même qu'un internaute ne puisse télécharger l'œuvre²³⁴⁷ - c'est-à-dire avant qu'une relation interpersonnelle ne voit le jour. Aux Etats-Unis les Deuxième²³⁴⁸ et Neuvième Circuit²³⁴⁹ ont adopté des solutions divergentes mais ils ont tous deux écarté la théorie de l'émission qui se trouve par conséquent écartée. Le *American Law Institute*²³⁵⁰, dont les suggestions n'ont pas valeur obligatoire, a également rejeté la théorie de l'émission.

²³⁴³ CSPLA, « Avis n°2003-2 relatif à la loi applicable et à la juridiction compétente en matière de propriété littéraire et artistique », 11 décembre 2003 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit d'auteur », 2039 ; P. SIRINELLI, « Chronique de jurisprudence », RIDA, 2, 2010, p. 309 ; M. VIVANT, « Cybermonde : droit et droits des réseaux », JCP G 1996, I, 3969, n°9 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Droit international privé », Dalloz, 8^e édition, 2004, n°407-3.

²³⁴⁴ P. SIRINELLI, « Chronique RIDA », octobre 2013, p. 323.

²³⁴⁵ CSPLA, « Avis n°2003-2 relatif à la loi applicable et à la juridiction compétente en matière de propriété littéraire et artistique », 11 décembre 2003.

²³⁴⁶ CJUE, 18 octobre 2012, aff. C-173/11, *Football Dataco c. Sportradar*, 44s.

²³⁴⁷ J.C. GINSBURG, M.L. JANKLOW, « *Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks* », OMPI, GCPIC/2, 16-18 décembre 1998, p. 8.

²³⁴⁸ *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998).

²³⁴⁹ *Cadence Designs Sys., Inc. v. Avant ! Corp.*, 125 F.3d 824, 826 (9th Cir. 1997).

²³⁵⁰ American Law Institute, « *Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* », 2008, 321.

1301. Une autre voie apparaissait possible aux Etats-Unis. En effet, à l'inverse du droit américain qui propose une procédure non obligatoire d'enregistrement des œuvres²³⁵¹, le droit français n'a prévu aucune procédure similaire. Il serait donc possible d'envisager une application du principe de la *lex rei sitae* aux Etats-Unis par référence à l'enregistrement au *Copyright Office*. Cependant, cela s'avérerait artificiel car l'inscription n'est pas limitée aux œuvres créées par des citoyens américains ou publiées pour la première fois sur le sol américain. En outre, cette théorie ne répondrait pas à la question de l'applicabilité de la loi aux œuvres non enregistrées provenant de pays ne connaissant pas de système similaire d'enregistrement²³⁵². Le Neuvième Circuit²³⁵³ a pourtant résisté et a maintenu le principe de l'application de la loi du for. Cette approche est erronée étant donné que le système de la convention de Berne repose sur la diversité juridique²³⁵⁴ et que la conception adoptée mélange les conflits de lois et de juridictions²³⁵⁵, sans respecter les dispositions de la convention de Berne. En outre, le *cloud computing* a souligné le peu de pertinence de ce critère²³⁵⁶ car les contenus peuvent être stockés dans un État mais utilisés dans un autre.

1302. Cette solution a par la suite été écartée par le *American Law Institute* qui a retenu, à la section 103 de ses « *Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*²³⁵⁷ », que le tribunal saisi n'est pas tenu d'appliquer la loi du for. Cette suggestion n'a cependant pas valeur obligatoire²³⁵⁸. Les théories traditionnelles de conflits de lois se fondaient mal dans l'internet, ce qui faisait peser une véritable insécurité juridique sur les créateurs de liens et sur le développement du réseau.

1303. Il y a cependant lieu de revenir aux origines du droit d'auteur international pour trouver la solution aux conflits de lois concernant les liens. En effet, l'article 5.2 de la convention de Berne dispose qu'en « dehors des stipulations de la présente convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder

²³⁵¹ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », *op. cit.*, p. 280 s.

²³⁵² F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », *op. cit.*, 2007.

²³⁵³ *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathé Comm'n Co.*, 24 F.3d 1088, 1095 (9th Cir. 1994).

²³⁵⁴ M. VAN EECHOU, « *Choice of Law in Copyright and Related Rights* », 105 (2003), 93.

²³⁵⁵ A.B. FROHLICH, « *Copyright Infringement In The Internet Age - Primetime For Harmonized Conflict-Of-Laws Rules ?* », 24 Berkeley Tech. L.J. 851, printemps 2009, 861.

²³⁵⁶ P. SIRINELLI, « *Chronique RIDA* », octobre 2013, p. 327.

²³⁵⁷ AMERICAN LAW INSTITUTE, « *Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* », 2008.

²³⁵⁸ F. DESSEMONTET, « *A European Point of View on the ALI Principles--Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* », 30 Brook. J. Int'l L. 849, 855 (2005), 855.

ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée ». La convention de Berne se réfère par conséquent à la théorie de la *lex loci protectionis*, c'est à dire la loi du lieu de protection. Cette solution a été globalement reprise dans les deux droits.

1304. En Europe, l'article 8.1 du Règlement dit Rome II dispose que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée ». L'utilisation de l'expression « pays pour lequel » et non pas « pays où » implique qu'il est fait recours à la *lex loci protectionis*²³⁵⁹. Le considérant 26 du règlement ne laisse aucun doute et se réfère expressément à cette théorie du conflit de lois. Aux Etats-Unis, l'arrêt *G.B. Marketing U.S.A. Inc. v. Geroldteiner Brunnen GmbH & Co.*²³⁶⁰ a également appliqué la loi du pays où la protection était recherchée. Cependant, à la différence du droit européen, le recours à la *lex loci protectionis* résulte d'une interprétation particulièrement large de la doctrine de la *lex loci delicti*. En effet, en l'absence de réglementation *ad hoc* applicable à la propriété intellectuelle, les juges américains se sont fondés sur le droit de la responsabilité civile²³⁶¹ puisque le *copyright* constitue un *tort*²³⁶². Le droit américain n'applique donc pas la même théorie que le droit européen mais, étant donné que leurs effets sont souvent similaires, les deux systèmes auront tendance à converger. Le Deuxième Circuit²³⁶³ a ainsi fait application du principe de la *lex loci delicti*, mais en s'intéressant plus globalement aux rattachements les plus pertinents. L'arrêt *Itar* a ainsi retenu que la *lex loci delicti* visant les Etats-Unis avait vocation à s'appliquer étant donné que la contrefaçon s'était produite aux Etats-Unis et que le défendeur était une société américaine²³⁶⁴.

1305. Le principe de la *lex loci protectionis* n'est cependant pas rigide. En effet, la France et les Etats-Unis permettent d'écarter ce principe afin de privilégier la loi la plus pertinente, au risque de déboucher sur des décisions arbitraires. Ce n'est donc que par défaut que le juge appliquera la loi du for dans les cas, sans doute rares, où il s'avérera particulièrement

²³⁵⁹ P. SIRINELLI, « *Chronique RIDA* », octobre 2013, p. 343.

²³⁶⁰ 782 F. Supp. 763 (W.D.N.Y. 1991).

²³⁶¹ *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998).

²³⁶² M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », Lexisnexis, 6^e édition, 2014, §9.07.

²³⁶³ *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998).

²³⁶⁴ *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998), 91.

complexe de déterminer la loi la plus pertinente²³⁶⁵. Cela pourra s'avérer particulièrement approprié lorsqu'un lien relie deux sites visant des publics différents. La souplesse du régime permettra de choisir la loi la plus pertinente en l'espèce. Cette solution a été confirmée par le *American Law Institute*²³⁶⁶ dont les avis n'ont pas valeur obligatoire. Il suggère de retenir la loi la plus pertinente, qui se détermine selon une série de critères tels que le lieu où résident les parties, le lieu de la relation entre les parties, le lieu des activités et des investissements des parties, le lieu du marché principal ciblé par les parties. Les droits français et américain convergent globalement et assurent la souplesse nécessaire pour embrasser la richesse des situations naissant sur l'internet.

1306. Cette convergence des deux systèmes est limitée aux hypothèses de contrefaçons simples. En effet, l'article 4 du règlement Rome II applicable au sein de l'Union Européenne dispose que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent ». La théorie utilisée est ici celle de la *lex loci delicti*. Il est ici fait référence aux délits complexes alors que l'article 8.1 du règlement se limite aux délits simples. Il est dès lors nécessaire de faire le départ entre les infractions simples auxquelles s'applique, conformément à l'article 8.1, la *lex loci protectionis*, et les délits complexes auxquels s'applique la *lex loci delicti*. Cette solution correspond aux suggestions d'une doctrine avisée²³⁶⁷. La jurisprudence²³⁶⁸ a en partie suivi cette approche. Cette position doit cependant être nuancée. En effet, l'article 4.3 du règlement Rome II dispose que la *lex loci delicti* s'applique tant qu'il n'existe pas une loi présentant des liens plus étroits avec le litige. L'article 4 ne pose donc qu'une présomption de proximité de la *lex loci delicti*, qui s'avère réfragable²³⁶⁹ dès lors qu'une autre loi s'avère plus pertinente. Le règlement Rome II fait donc prévaloir le principe de proximité²³⁷⁰. Cette solution n'a pas

²³⁶⁵ R. DREYFUSS, R. DREYFUSS, « *The ALI Principles On Transnational Intellectual Property Disputes : Why Invite Conflicts ?* », *ibidem*.

²³⁶⁶ American Law Institute, « *Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* », 2008, 321.

²³⁶⁷ A. LUCAS, H.J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.* n°1354.

²³⁶⁸ Cass. civ. 1^e, 30 janvier 2007, n°03-12354, Lamore ; TGI Paris, 23 mai 1990, RIDA, 4, 1990, p. 325 ; TGI Paris, 3 septembre 1997, RIDA, 1, 1998, p. 343 ; CA Aix en Provence, 13 novembre 1997, RIDA, 2, 1998, p. 337 s.

²³⁶⁹ P. SIRINELLI, « *Chronique RIDA* », octobre 2013, p. 349.

²³⁷⁰ P. SIRINELLI, « *Chronique RIDA* », octobre 2013, p. 350.

vocation à s'appliquer aux Etats-Unis étant donné que l'arrêt *G.B. Marketing U.S.A. Inc. v. Geroldteiner Brunnen GmbH & Co.* n'a pas proposé une telle ligne de division. Le droit américain appliquera donc la théorie de la *lex loci delicti* dans tous les types de contrefaçon sauf si une autre loi s'avère plus pertinente²³⁷¹. Cette approche unitaire est préférable dans la mesure où elle s'avère plus claire pour les internautes et n'introduit pas une distinction peu justifiable.

1307. Les jurisprudences françaises et américaines font donc preuve d'une grande souplesse afin de saisir de la façon la plus satisfaisante les relations interpersonnelles. Les points de rattachement sont *a priori* plus clairs en matière contractuelle, mais cette intelligibilité de principe sera moins évidente en matière d'hyperliens.

b) La responsabilité contractuelle

1308. Alors qu'elle précisait la théorie de conflit de lois applicable en matière de violation des droits des auteurs, la convention de Berne s'est abstenue de prendre position sur cette question en matière contractuelle. Il n'y a donc pas eu d'harmonisation internationale sur la question.

1309. Les deux droits ont néanmoins adopté, selon des modalités différentes, le principe de la loi la plus pertinente. Au sein de l'Union Européenne, la loi applicable au contrat est, conformément à l'article 4.2 du règlement Rome I²³⁷², celle « du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». Il ne sera fait exception à cette règle que quand la prestation caractéristique ne pourra être déterminée²³⁷³ ou lorsque le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays²³⁷⁴. Nous retrouvons ici le critère du rattachement le plus pertinent qui est également en vigueur aux États-Unis. Le droit américain a en effet pu puiser dans sa tradition juridique pour répondre au défi des

²³⁷¹ R. DREYFUSS, « *The ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts ?* », 30 *Brook. J. Int'l L.* 819, 820 (2005), 977-978.

²³⁷² Règlement n°593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

²³⁷³ Article 4.4.

²³⁷⁴ Article 4.3.

conflits de lois²³⁷⁵. Le législateur européen a ainsi écarté le plus possible le critère de la proximité afin d'assurer la meilleure prévisibilité en matière contractuelle²³⁷⁶ qui sera fonction des relations interpersonnelles.

1310. En matière de conventions concernant les hyperliens aucune prestation ne sera fournie²³⁷⁷ dans un État en particulier mais vers un site internet. Il y aura par conséquent lieu de retenir que la prestation est fournie dans le pays visé par le site internet. La théorie des points de contact s'avère donc particulièrement pertinente.

1311. La théorie des points de contacts était déjà connue outre-Atlantique. La jurisprudence française²³⁷⁸ a en revanche innové et a retenu que la présence d'une extension en .fr d'un nom de domaine²³⁷⁹ couplé avec le fait que le tribunal saisi était le tribunal français, que les œuvres concernées étaient françaises, que les demandeurs sont français, que les défendeurs se trouvent en France et que la rédaction en langue française du site permettent de converger vers la France et permettent la compétence de la loi française. Les juges n'ont pas établi de hiérarchie entre les critères mais la doctrine²³⁸⁰ a retenu qu'il n'y a pas lieu de les placer tous au même rang. Ainsi, l'utilisation de l'euro ou du dollar peut s'avérer peu significative, tout comme l'utilisation d'une extension en .fr ou en .com. Le recours à la langue française sera en revanche particulièrement pertinente²³⁸¹ pour la jurisprudence, bien que le Français soit parlé dans d'autres pays que la France. Elle ne permettra donc pas, à elle seule, de distinguer entre les publics francophones. Cela posera notamment des difficultés lorsqu'il s'agira de distinguer entre les publics français et belge. Cette difficulté devrait être résolue par une question plus large consistant à savoir s'il s'agit encore de publics différents. Un droit d'auteur unique européen permettrait de prendre en compte le fait que les publics ne sont plus divisés en 28 selon les frontières des États membres. La situation est similaire entre les Etats-Unis et le

²³⁷⁵ *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 6(2) (1989).

²³⁷⁶ A. LUCAS, H.J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.* n°1343.

²³⁷⁷ Pour la pertinence du lieu de fourniture du bien ou du service : *Restatement (Second) Conflict of Laws* §188(2)(c).

²³⁷⁸ TGI Paris, 18 décembre 2009, RIDA, 2, 2010, chronique P. SIRINELLI, p. 299.

²³⁷⁹ Voir notamment TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 octobre 2009, H & K, André R. c. Google (dit Google 2), Legalis.

²³⁸⁰ P. SIRINELLI, « Chronique RIDA », octobre 2013, p. 337 ; C. KESSEDJIAN, « *Rapport de synthèse : Internet, Which Court Decides ? Which Law Applies ?* », Kluwer Law International, 1998, p. 152 ; J. GINSBURG, « *The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change* », RCADI, 1998, 273, p. 311.

²³⁸¹ P. SIRINELLI, « *Chronique RIDA* », octobre 2013, p. 339.

Canada où il n'est pas évident qu'il existe deux publics distincts. Les deux pays ne forment déjà plus qu'un seul public aux yeux de certaines ligues sportives comme la National Basketball Association.

1312. En outre, les parties à un contrat portant sur l'établissement d'un lien pourront choisir la loi applicable²³⁸². Le choix des parties pourra être écarté aux États-Unis lorsque l'économie du contrat vise une autre loi²³⁸³. Cette solution permet de ne pas contourner des dispositions législatives par le recours à une autre loi. Le droit européen sera plus prévisible dans la mesure où il respecte le choix des parties mais qu'il opposera des mécanismes de rejet de la loi étrangère lorsqu'elle s'avère contraire aux valeurs européennes²³⁸⁴.

1313. Les juges pourront donc être amenés à faire application d'une loi étrangère. Il ne serait cependant pas acceptable qu'un juge étatique applique une norme contraire aux valeurs fondamentales du for. Le juge pourra donc prendre acte du conflit de loi tout en refusant d'appliquer certaines règles étrangères.

II) Le rejet de la loi étrangère

1314. Le processus de mondialisation n'a abouti qu'à une harmonisation *a minima* laissant largement inchangés les ordres publics nationaux en matière de droit d'auteur. Les efforts de coordination internationaux sont donc confrontés aux différences culturelles des différents espaces juridiques. Par conséquent, lorsque la loi étrangère sera contraire à l'ordre public (A) ou à une loi de police (B) la loi du for ne l'appliquera pas. La différence entre les deux notions réside dans le fait que l'exception d'ordre public qui intervient *a priori* alors que les lois de police qui constitue un mécanisme *a posteriori*²³⁸⁵.

²³⁸² Union Européenne : article 3 du règlement 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Etats-Unis : *Restatement (Second) Conflict of Laws* §187.

²³⁸³ *Corcovado Music Corp. v. Hollis Music, Inc.*, 981 F.2d 679 (2d Cir. 1993).

²³⁸⁴ Article 9 du règlement 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

²³⁸⁵ A. LUCAS, H.J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, n°1344.

A) L'ordre public

1315. En droit international privé, l'exception d'ordre public constitue une réaction de rejet de la norme étrangère²³⁸⁶. Elle permet de ne pas appliquer certaines dispositions légales d'un système étranger lorsqu'elles s'avèrent contraires à l'ordre public du for. Les différences entre le droit d'auteur français et le *copyright* américain reflètent des divergences de paradigmes qui sont le résultat d'ordres publics différents.

1316. Le *copyright* américain est moins personnel que le droit d'auteur français et permet de retirer plus de droits aux auteurs. Cela pourra enfreindre l'ordre public français. Il en ira ainsi en cas de cession portant sur toutes les œuvres futures de l'auteur bien que les juges reconnaissent plus difficilement cette exception pour les droits patrimoniaux que pour les droits moraux²³⁸⁷. La loi française aurait vocation à s'appliquer de préférence à la loi américaine car une telle disposition s'avère contraire à l'ordre public international français²³⁸⁸. De manière plus générale, il en irait de même de toute spoliation de l'auteur²³⁸⁹, d'une renonciation partielle au droit de reproduction après sa confiscation sans indemnité²³⁹⁰ ou encore d'une cession globale des droits²³⁹¹. Il pourrait en aller ainsi notamment des *works made for hire*²³⁹² - c'est à dire des œuvres effectuées par des salariés dont la titularité est automatiquement transférée dans les mains de l'employeur - du droit américain. Dès lors, dans un litige concernant un lien placé vers une œuvre créée par un salarié, le juge français refusera d'appliquer la notion de *work made for hire*. Il sera donc souvent plus intéressant pour un salarié de saisir un juge français qu'un juge américain.

1317. Les droits moraux les moins fondamentaux que sont le droit de divulgation et le droit de retrait bénéficient des dispositions d'ordre public²³⁹³. Les deux autres prérogatives que sont

²³⁸⁶ CA Paris, 6 juillet 1989, JCP G 1990, II, 21410, A. FRANÇON.

²³⁸⁷ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, n°1377.

²³⁸⁸ H. DESBOIS, « *Le droit d'auteur en France* », *op. cit.*, n°791bis.

²³⁸⁹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, n°1375-1377.

²³⁹⁰ CA Paris, 8 mai 1963, RIDA, 1963, 2, p. 241.

²³⁹¹ CA Lyon, 16 mars 1989, RIDA, 1990, 2, p. 227.

²³⁹² 17 U.S.C. §101 et §201(b).

²³⁹³ M. VIVANT, J.M. BRUGUIÈRE, « *Droit d'auteur et droits voisins* », *op. cit.*, 407.

le droit de paternité et le droit à l'intégrité de l'œuvre, et qui bénéficient d'une protection particulière car elles sont visées par la convention de Berne, relèvent des lois de police. Il sera par conséquent possible d'opposer la violation de l'ordre public français lorsqu'un lien viole le droit de divulgation ou de retrait et que le juge américain ne l'a pas sanctionné.

1318. En revanche, dès lors que l'absence de *fair use* n'a pas été considérée comme constituant une violation de l'ordre public américain²³⁹⁴, les occasions pour la loi française de violer les règles de l'ordre public étasunien seront rares. La *American Law Institute* - dont les recommandations n'ont pas valeur obligatoire - a par ailleurs retenu à la section 403(e) de ses principes de droit international privé et propriété intellectuelle²³⁹⁵ que l'exception d'ordre public devait être opposée avec parcimonie. Les juges américains auront donc rarement l'occasion d'opposer l'exception d'ordre public lorsque la loi française aura vocation à s'appliquer. En outre, il est peu probable qu'un juge américain oppose l'ordre public aux droits moraux des auteurs.

1319. Outre l'ordre public, les lois de police auront vocation à s'appliquer afin de faire obstacle aux effets d'une loi étrangère.

B) Les lois de police

1320. Les lois de police protègent les règles fondamentales de la vie en société considérées comme étant les plus sacrées. Étant donné que les droits français et américain ont adopté des philosophies différentes en matière de droit d'auteur les lois de police divergent profondément.

1321. Le juge américain n'aura pas de règles de police à opposer en matière de *copyright*. Le juge français serait en revanche tenu d'écarter les dispositions étrangères - et notamment américaines - contraires à une loi de police et d'opter pour la loi française²³⁹⁶. En effet, le

²³⁹⁴ *Louis Féraud Int'l. v. Viewfinder, Inc.*, 489 F.3d 474 (2d Cir. 2007), 479.

²³⁹⁵ ALAI, « Intellectual Property - Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes », 1998.

²³⁹⁶ CA Paris, 1^{er} février 1989, « La nuit du Sérail », RIDA, octobre 1989, p. 301, obs. P. SIRINELLI.

droit à l'intégrité ainsi que le droit de paternité²³⁹⁷ sont protégées en leur qualité de loi de police²³⁹⁸. Le droit français s'appliquera lorsqu'une œuvre a été modifiée même si le juge étranger n'a pas sanctionné le défendeur²³⁹⁹.

1322. Cette distinction est cohérente avec les dispositions de l'article 6bis de la convention de Berne, et permet d'assurer une protection particulière aux violations particulièrement perturbatrices de l'ordre public français. Il y aura également lieu d'appliquer la loi française lorsque la loi étrangère, comme la loi allemande²⁴⁰⁰, prévoit une expiration des droits moraux²⁴⁰¹. La loi française - et les valeurs qu'elle véhicule - aura donc souvent vocation à s'appliquer dans les litiges internationaux.

1323. Lorsque l'ayant droit a déterminé la loi applicable à son litige, il pourra se constituer des preuves en vue d'un procès.

Sous-Section 2 : La preuve

1324. La preuve est la « démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte²⁴⁰² ». Les règles de preuve permettent de déterminer ce qui s'est produit²⁴⁰³. La preuve pourra être opposée aux créateurs de liens ainsi qu'aux internautes responsables des contrefaçons mises en ligne sur internet. Les droits communs de la preuve français et américain ont vocation à s'appliquer.

1325. La particularité pour notre propos réside dans la collaboration des créateurs automatiques de liens avec les ayants droit. En effet, les créateurs automatiques de liens exercent une fonction de *caching* des contenus vers lesquels ils mènent. Les Etats-Unis et l'Union Européenne ont convergé sur le principe de l'opposabilité des données dans le cadre

²³⁹⁷ Cass. civ. 1^e, 28 mai 1991, Asphalt Jungle, Bull. civ. I, n°172, p. 113, JCP, éd. G, 1991-II-21731, obs. A. FRANCON.

²³⁹⁸ A. LUCAS, H.J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, n°1384.

²³⁹⁹ Cass. civ. 1^e, 28 mai 1991, n°89-19522 89-19725, « Asphalt jungle ».

²⁴⁰⁰ S.C. ARDITO, « *Moral Rights for Authors and Artists* », *informationtoday*, vol. 19, janvier 2002, accessible à : <http://www.infotoday.com/it/jan02/ardito.htm> (dernier accès: 21/09/2016).

²⁴⁰¹ J.-S. BERGÉ, « *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur* », LGDJ, 1996, n°368 et 386.

²⁴⁰² G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 2009.

²⁴⁰³ P.C. GIANNELLI, « *Evidence* », Lexisnexis, 4th edition, 2013, p. 1.

d'une procédure de contrefaçon²⁴⁰⁴. La production de ces copies permettra d'apporter la preuve de la mise en ligne d'une contrefaçon.

1326. Les moteurs de recherche s'avéreront particulièrement utiles car ils ont largement recours au stockage d'informations relatives aux internautes. Ils sont donc en mesure de déterminer quelle adresse IP est utilisée pour mettre en ligne une contrefaçon. Ils peuvent ainsi enregistrer des informations utiles afin de déterminer l'identité d'un contrefacteur et lutter plus efficacement contre les contrefaçons²⁴⁰⁵. Cependant, étant donné que les créateurs automatiques de liens sont amenés à stocker des données personnelles, les droits américain et français ont prévu des règles précises afin de préserver la vie privée des internautes (Paragraphe 1).

1327. Ces règles relatives au stockage pèsent sur la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens. Cette lourdeur constitue cependant un rééquilibrage du régime en faveur des ayants droit qui pourront solliciter la communication d'informations relatives aux contrefacteurs en recourant à la procédure d'injonction (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le stockage de données

1328. Les moteurs de recherche présentent l'intérêt pour les ayants droit de stocker des informations concernant les internautes. Cela leur permet d'obtenir des preuves contre les contrefacteurs allégués. Cette capacité des moteurs de recherche a inquiété le groupe de

²⁴⁰⁴ Union Européenne : GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 » SUR LA PROTECTION DES DONNÉES, « Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liées aux moteurs de recherche », 4 avril 2008, 00737/FR WP 148, p. 3.

Etats-Unis : *Columbia Pictures, Inc. v. Bunnell*, 245 F.R.D. 443, 2007 U.S. Dist. LEXIS 63620 (C.D. Cal. 2007) ; *Recording Indus. Ass'n of Am., Inc. v. Verizon Internet Servs.*, 351 F.3d 1229, 359 U.S. App. D.C. 85, 2003 U.S. App. LEXIS 25735, 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1075, Copy. L. Rep. (CCH) P28,734, 31 Comm. Reg. (P & F) 438 (D.C. Cir. 2003), 1237 ; I.C. BALLON, 1 E-Commerce and Internet Law 4.12[9][E].

²⁴⁰⁵ *Recording Indus. Ass'n of Am., Inc. v. Verizon Internet Servs.*, 351 F.3d 1229, 359 U.S. App. D.C. 85, 2003 U.S. App. LEXIS 25735, 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1075, Copy. L. Rep. (CCH) P28,734, 31 Comm. Reg. (P & F) 438 (D.C. Cir. 2003), 1232.

travail international sur la protection des données dans les télécommunications²⁴⁰⁶. Une résolution sur la protection de la vie privée et les moteurs de recherche a été prise les 2 et 3 novembre 2006 par la conférence internationale des commissaires à la protection des données et à la vie privée. Les moteurs de recherche ont ainsi été appelés à respecter les réglementations en vigueur en matière de protection de la vie privée. Cette recommandation est en phase avec les droits européen²⁴⁰⁷ et américain²⁴⁰⁸ qui protègent la vie privée.

1329. Le stockage d'informations constitue donc d'un moyen de lutte contre la contrefaçon qui doit être encadré (I) pendant la période de conservation jusqu'à la suppression des données (II). Étant donné que le droit à la vie privée, la liberté d'entreprendre et le droit d'auteur se confrontent et que les deux systèmes perçoivent ces intérêts de façons très différentes, les droits américain et européen ont adopté des approches mesurées et proportionnées.

I) Le stockage et la conservation des données

1330. Les droits français et américain divergent sur l'existence d'une obligation de collecter les données pesant sur les créateurs automatiques de liens (A). Néanmoins, les deux systèmes convergent sur le principe de règles strictes relatives à la conservation (B).

A) L'obligation de collecter les données

1331. Aucune norme internationale ne vient réglementer l'obligation de collecter les données des internautes par les créateurs automatiques de liens. Il n'y a donc pas d'harmonisation

²⁴⁰⁶ Surveillance Studies Network, « *A Report on the Surveillance Society* », septembre 2006, 2.4, accessible à http://www.cnpd.public.lu/fr/commission-nationale/activites-eur-inter/conference-internationales/conf-2006/surveillance_society_full_report_2006.pdf (dernier accès: 20/09/2016).

²⁴⁰⁷ Article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

²⁴⁰⁸ Quatrième et Cinquième Amendements de la Constitution américaine ; Electronic Communications Privacy Act, Pub.L. 99-508.

internationale. Les Etats-Unis et l'Union Européenne ont néanmoins convergé car le législateur européen s'est inspiré des dispositions du DMCA.

1332. Le DMCA n'a introduit aucune obligation pour les *service providers* - et notamment pour les créateurs automatiques de liens - de collecter les informations relatives aux internautes. L'Union Européenne a adopté une solution similaire en ne mentionnant aucune obligation de collecter des informations dans la directive e-commerce. Les deux droits convergent donc sur l'absence d'obligation pour les créateurs automatiques de liens de collecter des informations concernant les internautes utilisant leurs réseaux. Ils assurent ainsi non seulement la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens, mais aussi l'anonymat des internautes qui participe de l'effectivité de leur liberté d'expression.

1333. Cependant, la directive e-commerce n'a pas interdit aux États membres d'introduire une obligation de collecter des données des internautes par les créateurs automatiques de liens. En outre, si la directive 2002/58/CE se contente de viser à l'article 15 des hypothèses concernant la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique - ce qui exclut par conséquent le droit d'auteur - cet article se réfère à l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46. Ce dernier autorise les États membres à prendre des mesures « limitant l'obligation de confidentialité des données personnelles lorsque cette limitation est nécessaire notamment pour la protection des droits et libertés d'autrui²⁴⁰⁹ ». La liste de ces droits et libertés n'étant pas exclusive, il y a lieu d'y inclure le droit d'auteur²⁴¹⁰. Le droit européen autorise par conséquent le stockage de données afin de protéger le droit d'auteur.

1334. Le législateur français a par conséquent pu encadrer la collecte des données privées des internautes. Ainsi, l'article 6-II de la LCEN fait obligation aux créateurs automatiques de liens de conserver les données permettant d'identifier les internautes ayant contribué à la création de contenus en ligne ou d'un contenu ou d'un service dont ils sont prestataires. Alors que les informations collectées par les créateurs automatiques de liens ne sont que celles enregistrées pour le fonctionnement du service du créateur de liens, le droit français fait peser une obligation plus large de collecte qui non seulement pèse sur la liberté d'entreprendre des

²⁴⁰⁹ CJCE, 29 janvier 2008, C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU, 53.

²⁴¹⁰ CJCE, 29 janvier 2008, C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU, 53.

prestataires de service - bien que dans une mesure limitée - et limite en outre la vie privée des internautes.

1335. En l'absence de décret d'application de la LCEN, il y a eu une période de flou juridique - que le droit américain n'a pas connu - où les juges n'avaient pas de critères à respecter lors de la communication d'informations. Il s'en est donc suivi une période de flottement - peu favorable à la liberté d'entreprendre - où les positions étaient divergentes non seulement entre les différents tribunaux, mais également au sein d'un même tribunal. Le Conseil d'État²⁴¹¹ avait pourtant prévenu que l'adresse IP constitue une donnée particulièrement importante car elle permet d'obtenir des informations précises sur les internautes. La position du rapport du Conseil d'État français tranchait sur ce point avec celle de l'arrêt américain *Columbia Pictures Industries v. Bunnell*²⁴¹² qui considérait que l'adresse IP est liée à un ordinateur et non pas à une personne et qu'elle ne permet donc pas d'identifier un internaute. La position américaine était en partie justifiée car l'adresse IP ne concerne que le titulaire de l'abonnement qui peut n'avoir aucun lien avec l'acte de contrefaçon²⁴¹³. Il nous semble cependant que la position du rapport du Conseil d'État s'avère plus juste aujourd'hui étant donné que la majorité des internautes se connecte à partir d'un téléphone portable ou d'un ordinateur personnel - ce qui n'était pas le cas à l'époque de l'arrêt *Brunnel*. Dès lors que les internautes utilisent des terminaux personnels il s'avère relativement aisé de les tracer - à moins qu'ils n'utilisent certaines techniques comme le logiciel Tor. Nous sommes donc passés d'un paradigme reposant sur l'idée que les données ne constituent pas, par principe, des preuves en puissance au paradigme inverse sur internet.

1336. Eu égard à la dangerosité de la collecte des données pour le droit à la vie privée, il s'avérait nécessaire de réagir. Pourtant les juges français n'ont pas tout de suite compris le problème que posait la collecte de données par les créateurs automatiques de liens. En effet, le TGI de Paris a reproché le 14 novembre 2008²⁴¹⁴ à la société Youtube de ne pas stocker l'adresse IP, l'adresse email ainsi que les pseudonyme d'un internaute alors que le décret d'application de la LCEN n'avait toujours pas été publié. Les juges s'étaient fondés sur les

²⁴¹¹ Conseil d'État, « *Internet et les réseaux numériques* », Juillet 1998, coll. Études du Conseil d'État, p. 21-22, accessible à <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/984001519.pdf> (dernier accès: 20/09/2016).

²⁴¹² *Columbia Pictures Industries v. Bunnell*, 69 Fed. R. Serv. 3d 173 (C.D. Cal. August 24, 2007).

²⁴¹³ A. CHÉRON, « *De la preuve à l'action en contrefaçon, le regard de l'avocat* », in *Contrefaçon sur internet, les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Litec, p. 81.

²⁴¹⁴ TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 14 novembre 2008, Jean-Yves L. et autres c. Youtube et autres, Legalis.

dispositions de la LCEN imposant aux internautes de communiquer leurs noms, prénoms, domicile et numéros de téléphone. Ils avaient ainsi retenu qu'en l'absence de décret la société défenderesse devait collecter ces informations. La juridiction parisienne a cependant retenu la solution inverse dans une ordonnance²⁴¹⁵ de la Cour d'appel ainsi que dans un jugement du TGI²⁴¹⁶ en date du 7 janvier 2009. Elle n'a imposé à la société Youtube que la communication des documents qu'elle proposait²⁴¹⁷ - ce qui consistait à laisser juger des informations pertinentes les créateurs automatiques de liens comme cela est le cas en droit américain en l'absence d'obligation de stocker des données. Les juges parisiens se sont ainsi attachés à une approche purement légaliste considérant que dès lors qu'une limite à une liberté n'est pas écrite, elle n'est pas opposable. Cette seconde conception s'avère beaucoup plus protectrice de la vie privée et plus conforme au principe de l'État de droit. En effet, quoi que l'on pense du bien fondé du droit d'auteur et de sa nécessité pour la stimulation de la culture, il est impérieux que les juridictions fassent prévaloir l'État de droit sur des conceptions philosophiques et politiques. Le revirement de la juridiction parisienne devait donc être approuvé, bien qu'il ait ouvert une période de très faible protection pour les auteurs qui obtenaient uniquement les informations que les créateurs automatiques de liens voulaient bien leur communiquer.

1337. Le gouvernement français s'est finalement²⁴¹⁸ emparé de cette question avec le décret n°2011-219 du 25 février 2011²⁴¹⁹. Il précise notamment quelles données doivent être stockées. La liste est particulièrement longue²⁴²⁰, ce qui pourrait laisser planer un doute sur le

²⁴¹⁵ CA Paris, 1^{re} ch., sect. P, ordonnance du 7 janvier 2009, Raphaël Mezrahi et autres c. Youtube Inc, Legalis.

²⁴¹⁶ TGI Paris, ord. de référé, 7 janvier 2009, Jean-Yves Lafesse et autres c. Youtube, Legalis.

²⁴¹⁷ « Hébergeur : les juges du fond et des référés en désaccord sur l'obligation de collecte de données d'identification des contributeurs », Legalis, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=imprimer&id_article=2527 (dernier accès : 3/09/2016).

²⁴¹⁸ S. Grégoire, « *Le décret du 25 février 2011... Premières lectures d'un décret attendu six ans...* », RLDI 2011/70, n° 2324, p. 86.

²⁴¹⁹ Décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

²⁴²⁰ « Les données mentionnées au II de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 susvisée, que les personnes sont tenues de conserver en vertu de cette disposition, sont les suivantes :

1° Pour les personnes mentionnées au 1 du I du même article et pour chaque connexion de leurs abonnés : a) L'identifiant de la connexion ; b) L'identifiant attribué par ces personnes à l'abonné ; c) L'identifiant du terminal utilisé pour la connexion lorsqu'elles y ont accès ; d) Les dates et heure de début et de fin de la connexion ; e) Les caractéristiques de la ligne de l'abonné ;

2° Pour les personnes mentionnées au 2 du I du même article et pour chaque opération de création : a) L'identifiant de la connexion à l'origine de la communication ; b) L'identifiant attribué par le système d'information au contenu, objet de l'opération ; c) Les types de protocoles utilisés pour la connexion au

caractère proportionné de l'atteinte à la vie privée. Il nous semble que cette liste ne dépasse cependant pas une limite raisonnable dans la mesure où elle permet de communiquer des informations identifiantes nécessaire afin de déterminer le plus précisément possible l'identité de l'internaute. Le décret oblige également à collecter des informations au moment de la connexion de l'internaute. Cela permettra de préciser l'étendue de la responsabilité des internautes et, ainsi, de ne pas engager leur responsabilité au-delà de l'acte de contrefaçon. Dès lors, la liste des informations collectées ne servira pas qu'à incriminer un internaute et permettra d'établir avec la plus grande précision possible l'étendue de sa responsabilité. L'atteinte apparaît donc juridiquement proportionnée.

1338. Il n'est cependant pas évident qu'une telle atteinte s'avère proportionnée. En effet, la possibilité de collecte des données - et donc la remise en cause de l'anonymat sur internet - a tendance à dissuader les internautes présentant des opinions minoritaires à les exprimer²⁴²¹. La solution française présente donc le défaut de s'être contentée d'une analyse uniquement juridique du régime instauré sans prendre en considération le risque que cela fait peser *de facto* sur la liberté d'expression. Elle ne prend donc pas en compte la différence entre le droit et le *law in action*. Eu égard à la liberté de ton qui prévaut sur de nombreux *fora* en ligne, il apparaît néanmoins que la majorité des internautes - et parmi eux des personnes exprimant des opinions minoritaires - ne se sent pas véritablement inquiété par cette possibilité de stockage. En effet, même si des informations personnelles sont stockées et peuvent permettre de relier un internaute à une opinion, la protection de la liberté d'expression est telle en

service et pour le transfert des contenus ; d) La nature de l'opération ; e) Les date et heure de l'opération ; f) L'identifiant utilisé par l'auteur de l'opération lorsque celui-ci l'a fourni ;

3° Pour les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I du même article, les informations fournies lors de la souscription d'un contrat par un utilisateur ou lors de la création d'un compte : a) Au moment de la création du compte, l'identifiant de cette connexion ; b) Les nom et prénom ou la raison sociale ; c) Les adresses postales associées ; d) Les pseudonymes utilisés ; e) Les adresses de courrier électronique ou de compte associées ; f) Les numéros de téléphone ; g) Le mot de passe ainsi que les données permettant de le vérifier ou de le modifier, dans leur dernière version mise à jour ;

4° Pour les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I du même article, lorsque la souscription du contrat ou du compte est payante, les informations suivantes relatives au paiement, pour chaque opération de paiement : a) Le type de paiement utilisé ; b) La référence du paiement ; c) Le montant ; d) La date et l'heure de la transaction.

Les données mentionnées aux 3° et 4° ne doivent être conservées que dans la mesure où les personnes les collectent habituellement ».

²⁴²¹ S. LIBERATORE, « *The 'Chilling Effect' of Mass Surveillance Revealed : Study Shows How Monitoring People Online Silences Minorities* », Dailymail, 28 mars 2016, accessible à <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3513034/The-chilling-effect-mass-surveillance-revealed-Study-shows-monitoring-people-online-silences-minorities.html> (dernier accès: 20/09/2016).

France et aux États-Unis que les internautes ne seront pas inquiétés²⁴²². L'atteinte à la vie privée s'avère donc proportionnée.

1339. Le droit américain²⁴²³ convergera cependant vers le droit français lorsqu'un créateur automatique de liens a reçu une injonction lui demandant de communiquer des informations relatives à un internaute. Le créateur automatique de lien se verra dans ce cas opposer le devoir de stocker des informations concernant l'internaute. Les informations sont ainsi requalifiées en informations stockées électroniquement au sens de la Règle 34²⁴²⁴ des *Federal Rules of Civil Procedure*. Elles peuvent par conséquent être communiquées à un ayant droit selon des règles très précises. Les deux systèmes divergent cependant sur une ligne de principe. Alors que le droit français adopte le principe de la conservation, le droit américain a embrassé le paradigme inverse en limitant l'obligation de stockage aux injonctions. Le droit américain apparaît ainsi bien plus protecteur de la vie privée des internautes.

1340. Dans les deux pays les régimes juridiques relatifs au stockage de données visent à établir un équilibre entre les intérêts des auteurs, des internautes et des créateurs automatiques de liens. Or, afin de faire respecter les intérêts des auteurs, il était nécessaire d'introduire des sanctions. Le droit français condamne à une peine d'un an d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende²⁴²⁵ le prestataire de service qui n'aurait pas stocké les informations demandées. Le droit américain en revanche condamne simplement à prendre des dispositions proportionnées²⁴²⁶ afin de palier au préjudice subi²⁴²⁷. Le régime est donc particulièrement favorable aux créateurs de liens aux Etats-Unis alors qu'il s'avère plus équilibré en France entre les intérêts des auteurs et des créateurs de liens.

1341. Les données conservées permettent donc de retracer le parcours numérique d'un internaute. Elles s'avèrent par conséquent particulièrement intrusives et doivent être manipulées avec soin. La gestion des données est donc réglementée de façon stricte.

²⁴²² En dehors des hypothèses intéressant les lois de renseignement anti-terroriste qu'il n'y a pas lieu de traiter dans nos développements.

²⁴²³ *Columbia Pictures, Inc. v. Bunnell*, 245 F.R.D. 443, 2007 U.S. Dist. LEXIS 63620 (C.D. Cal. 2007).

²⁴²⁴ USCS Fed. Rules Civ. Proc. R. 34.

²⁴²⁵ L. 39-3 du Code des postes et communications électronique.

²⁴²⁶ « *No greater than necessary* » (traduction libre).

²⁴²⁷ 37(e)(1) of the *Federal Rules of Civil Procedure*.

B) La gestion des données

1342. Il est fait obligation aux créateurs automatiques de liens de respecter des conditions précises dans la gestion des données. Les deux droits ont introduit des réglementations spécifiques concernant leur gestion.

1343. Les Etats-Unis ont ainsi voté le *Stored Communications and Transactional Records Act*²⁴²⁸ de 1986 qui assure un régime plus protecteur que le Quatrième Amendement de la Constitution²⁴²⁹. Le problème des données communiquées en ligne est en effet qu'elles perdent leur caractère privé²⁴³⁰. La communication d'information à un *service provider* - et *a fortiori* à un créateur automatique de lien - fait donc obstacle à la protection du Quatrième Amendement²⁴³¹. Enfin, le Quatrième Amendement n'est opposable qu'aux gouvernements fédéral²⁴³² et fédéré²⁴³³ et non pas aux commerçants et *a fortiori* aux créateurs automatiques de liens²⁴³⁴. L'Union Européenne place quant à elle la réglementation de la conservation des données sous la protection des directives 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et à la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

1344. En Europe et aux Etats-Unis, les créateurs automatiques de liens devront veiller à ce que les données soient préservées, c'est à dire qu'elles ne soient pas déformées ni

²⁴²⁸ *Stored Communications and Transactional Records Act*, Pub. L. 99-508.

²⁴²⁹ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 31 (2001).

²⁴³⁰ *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 743-44 (1979); *United States v. Miller*, 425 U.S. 435, 443 (1976); *Couch v. United States*, 409 U.S. 322, 335 (1973); *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293, 302 (1966); *United States v. Bach*, 310 F.3d 1063, 1066-68 (8th Cir. 2002), *cert. denied*, 123 S. Ct. 1817 (2003).

²⁴³¹ *Guest v. Leis*, 255 F.3d 325, 335-36 (6th Cir. 2001); *United States v. Kennedy*, 81 F. Supp. 2d 1103, 1110 (D. Kan. 2000); *United States v. Hambrick*, 55 F. Supp. 2d 504, 508-09 (W.D. Va. 1999); *aff'd*, 225 F.3d 656 (4th Cir. 2000).

²⁴³² *United States v. Steiger*, 318 F.3d 1039, 1046 (11th Cir. 2003).

²⁴³³ *Wolf v. Colo.*, 338 U.S. 25, 69 S. Ct. 1359 (1949).

²⁴³⁴ O.S. KERR, « *A User's Guide To The Stored Communications Act, And A Legislator's Guide To Amending It* », August 2004, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1208.

endommagées²⁴³⁵. Cela permettra de cibler le véritable contrefacteur. En effet, si un doute devait surgir sur la véracité des données communiquées, elles devraient être écartées des débats judiciaires.

1345. En outre, les créateurs automatiques de liens devront veiller à ce que des tiers n'aient pas accès sans autorisation aux données²⁴³⁶. Cette obligation ne peut constituer qu'une obligation de moyen - ce qui est particulièrement protecteur de la liberté d'entreprendre - étant donné qu'aucune protection numérique n'est infaillible. Elle permet néanmoins de respecter le droit à la vie privée des internautes dans des proportions raisonnables.

1346. Les deux droits divergent sur les sanctions concernant la violation des réglementations relatives aux données privées. Le droit français se montre beaucoup plus sévère que le droit américain. En effet, si les données ne sont pas utilisées dans le cadre légal ou qu'elles sont détournées de leurs finalités, les créateurs automatiques de liens encourront une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende²⁴³⁷. La communication des données à un tiers est punie de la même peine. Néanmoins, si elle a été faite par imprudence ou par négligence, la peine est réduite à 1 an de prison et 100.000 euros. Le droit américain²⁴³⁸ condamne simplement à prendre des dispositions proportionnées²⁴³⁹ afin de palier au préjudice subi. Il n'y a donc pas de sanction de la violation des règles sur la conservation des données aux Etats-Unis. Le droit français se montre en revanche particulièrement sévère en la matière.

1347. Les sanctions obligent à remettre en cause l'analyse initiale sur la protection de la vie privée en France et aux Etats-Unis. Les règles sont plus protectrices des données personnelles aux Etats-Unis, mais elles ne sont pas accompagnées de sanctions dissuasives. La France a adopté une solution opposée qui oblige les créateurs automatiques de liens à plus de vigilance et donc à une meilleure protection des données personnelles. Le droit français s'avère *in fine* plus protecteur des données personnelles que le droit américain.

²⁴³⁵ France : article 6 de la directive 95/46/CE ; article 34 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, modifiée par la loi 2004-801 du 6 août 2004.

Etats-Unis : 18 U.S.C. §2701.

²⁴³⁶ France : article 34 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, modifiée par la loi 2004-801 du 6 août 2004.

Etats-Unis : 18 U.S.C. §2701.

²⁴³⁷ Article L. 226-21 du Code pénal.

²⁴³⁸ 37(e)(1) of the *Federal Rules of Civil Procedure*.

²⁴³⁹ « *No greater than necessary* » (traduction libre).

1348. Lorsque les données ont été utilisées ou qu'elles sont supposées ne plus être pertinentes, les deux droits font obligation aux créateurs de liens de les supprimer.

II) L'obligation de supprimer les données

1349. Les deux droits divergent sur la question de l'obligation de l'effacement des données. En effet, la directive 95/46/CE impose à l'article 6 que les données ne soient pas conservées pendant une durée n'excédant « pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement ». L'article 6 de la directive 2006/24/CE²⁴⁴⁰ a par la suite précisé que les données devaient être conservées « pour une durée minimale de six mois et maximale de deux ans à compter de la date de la communication ». Cette approche est très souple et ne correspond pas à la tradition relativement rigide du droit français. Le législateur français a par conséquent introduit un délai précis. L'article 3 du décret d'application n° 2011-219 du 25 février 2011²⁴⁴¹ impose ainsi aux créateurs automatiques de liens de supprimer les données au bout d'un an. Ce délai est particulièrement long et le groupe de travail dit « Article 29 » avait préconisé un maximum de 6 mois²⁴⁴² qui semble plus raisonnable. Il nous semble que le délai pourrait effectivement être réduit car obliger les créateurs de liens à conserver les données pendant un an signifie que les internautes pourront saisir le juge de façon efficace pendant un an alors que la vélocité des procédures est particulièrement importante pour les litiges relatifs à l'internet. En effet, les délais de prescription ont été pensés pour le monde analogique et non pas pour le monde numérique. Or, sur l'internet, la vélocité des ayants droit constitue un élément fondamental de la lutte contre la contrefaçon. Dès lors, lutter contre une contrefaçon un an après sa mise en ligne s'avère inutile pour les ayants droit car elle aura déjà fait l'objet de nombreuses copies. Un délai de prescription plus court sur l'internet correspondrait ainsi aux spécificités du réseau. Il inciterait également les ayants droit à saisir plus rapidement le juge.

²⁴⁴⁰ Directive 2006/24/CE du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.

²⁴⁴¹ Article 3 du décret d'application n° 2011-219 du 25 février 2011.

²⁴⁴² Union Européenne : Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, « Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liées aux moteurs de recherche », 4 avril 2008, 00737/FR WP 148, p. 21.

Il a ainsi été démontré que des délais plus longs poussent souvent les bénéficiaires à la procrastination et *in fine* à ne pas jouir effectivement de leurs droits²⁴⁴³. Il s'en suit que l'introduction de délais plus courts ne constitue pas toujours, dès lors qu'ils sont compatibles avec l'exigence d'accès au juge²⁴⁴⁴, un obstacle à la saisine du juge mais plutôt une incitation à agir. Cela réduirait en outre la charge que constitue la conservation des données pour les créateurs automatiques de liens.

1350. Il faut voir dans cette différence d'approche non seulement la frilosité de l'Union Européenne à donner des indications précises aux États membres, mais également une divergence culturelle entre le droit français d'une part et le droit européen d'autre part qui naît d'une dialectique entre les différentes traditions juridiques européennes²⁴⁴⁵.

1351. Le droit américain en revanche ne prévoit pas de délai au-delà duquel les créateurs de liens auraient l'obligation d'effacer les données. Ce dernier a opté pour un système plus souple faisant dépendre la possibilité d'effacer les données de la saisine d'un juge²⁴⁴⁶. Cette obligation se trouvait limitée aux parties aux procès déjà initiés²⁴⁴⁷ et les tiers ne pouvaient que rarement avoir l'obligation de maintenir des preuves²⁴⁴⁸. Étant donné qu'il n'y a pas de délai de stockage les ayants droit auront tout intérêt à agir le plus rapidement possible avant que les données ne soient effacées. Le droit américain incite à agir dans les plus brefs délais et s'avère par conséquent plus en phase avec les spécificités de la contrefaçon sur internet.

1352. Les ayants droit auront donc intérêt à demander au juge d'ordonner une injonction - ou *subpoena* aux États-Unis - afin d'obtenir judiciairement les données personnelles des internautes que les créateurs de liens stockent.

²⁴⁴³ M. MATUSCHEK, « *Actualité de la doctrine juridique allemande - quelle place pour l'analyse économique du droit, l'économie comportementale et le Nudging* », 11 février 2016, conférence à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

²⁴⁴⁴ Article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme ; Voir notamment A.P., 21 décembre 2006, n°00-20493.

²⁴⁴⁵ P. LEGRAND, « *Le droit comparé* », *op. cit.*, p. 4-6.

²⁴⁴⁶ S.A. SCHEINDLIN, D.J. CAPRA, « *Electronic Discovery and Digital Evidence in a Nutshell* », West, 2009, p. 36.

²⁴⁴⁷ *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004).

²⁴⁴⁸ Pour un exemple où un tiers n'avait pas une telle obligation à cause de l'absence de relation entre le tiers et les parties : *MetLife Auto & Home v. Joe Basil Chevrolet, Inc.*, N.Y.3d 478 (2004).

Paragraphe II : La procédure d'injonction

1353. La procédure d'injonction constitue une limite à la liberté d'entreprendre des prestataires de service²⁴⁴⁹, et notamment des créateurs automatiques de liens, car elle réduit la possibilité de « librement disposer [...] de [ses] ressources économiques, techniques et financières ». Elle n'a pas fait l'objet d'une harmonisation internationale. En effet, si les articles 41, 42 et 47 de l'accord ADPIC imposent une protection effective du droit d'auteur et l'existence de recours juridictionnels pour le protéger, ils ne prennent pas position sur la question de la communication de données personnelles dans le cadre d'une procédure relative à la violation d'un droit d'auteur²⁴⁵⁰.

1354. Les Etats-Unis ont été les premiers à introduire une procédure d'injonction de communiquer les données concernant les contrefacteurs à la section 512(h) du *Copyright Act*. Le mécanisme était déjà connu sous le nom de *injunction*. Cette procédure permet d'obtenir des informations protégées²⁴⁵¹. Il s'est pourtant avéré nécessaire d'introduire une procédure *ad hoc* pour les *service providers* et notamment pour les créateurs automatiques de liens afin de mettre à la disposition des auteurs une procédure rapide leur permettant de solliciter la communication de données permettant d'identifier le contrefacteur. Cette procédure *ad hoc* est radicalement opposée à celle en vigueur en France. En effet, alors que les Etats-Unis ont déjudiciarisé la procédure d'injonctions via les *subpoenas*, la LCEN dispose à l'article 6-II que « l'autorité judiciaire peut requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I des données » qui sont « de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ». Il y a donc lieu de saisir le juge en France alors que la procédure est aux mains des parties aux Etats-Unis étant donné que le contrôle judiciaire est très léger.

1355. Les droits français et américain sont radicalement opposés sur la question du contrôle judiciaire de l'injonction. Ainsi aux États-Unis, si la notification est conforme aux dispositions de la section 512(c)(3)(A) - dont les dispositions sont applicables aux créateurs

²⁴⁴⁹ CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, 48.

²⁴⁵⁰ CJCE, 29 janvier 2008, C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU, 60.

²⁴⁵¹ *In re Subpoena Duces Tecum*, 228 F.3d 341, 346-49 (4th Cir. 2000).

automatiques de liens - que le *subpoena* proposé respecte les conditions mentionnées ci-dessus, et que la déclaration est correcte, le *clerk* du tribunal saisi - c'est à dire son greffier - signera et délivrera le *subpoena*²⁴⁵². Il n'est donc pas nécessaire qu'un juge contrôle le contenu *subpoena* dès lors que les trois conditions sont respectées. Ce recours au *clerk* permet certes d'alléger la charge de travail des juges, mais elle ne permet pas d'assurer une protection judiciaire satisfaisante. En effet, les greffiers américains peuvent être recrutés directement à la sortie du lycée et disposent d'une formation juridique limitée²⁴⁵³. Par ailleurs, si certains d'entre eux sont de brillants étudiants fraîchement diplômés, ils manquent encore d'expérience et de connaissances pour effectuer un travail d'une même qualité que celle d'un juge. Le travail des *clerks* s'avère donc principalement administratif car ils doivent contrôler que les conditions des section 512(h) et 512(c)(3)(A) sont bien respectées. Il existe par conséquent un risque que certaines personnes abusent de cette procédure afin d'obtenir des informations auxquelles elles n'avaient pas accès²⁴⁵⁴. Le juge français devra en revanche prendre en compte le respect à la vie privée en ayant à l'esprit que les traitements de données sont au service de l'Homme et qu'ils doivent respecter la vie priver et contribuer au progrès économique et social, au développement des échanges ainsi qu'au bien être des individus²⁴⁵⁵. Le juge devra par conséquent effectuer un contrôle de proportionnalité entre plusieurs intérêts afin de trouver une solution d'équilibre entre le droit à la vie privée, la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens et les intérêts des auteurs et des internautes, conformément aux directives 2000/31/CE, 2001/29/CE et 2004/48²⁴⁵⁶. Les paradigmes sont donc opposé, même s'il n'est pas demandé au juge français de se prononcer sur l'existence d'une contrefaçon, ce qui permet aux deux procédures de converger partiellement. Il converge en cela également vers le droit belge qui a introduit un contrôle judiciaire de la demande de communication d'informations²⁴⁵⁷ n'exigeant pas qu'un juge se soit prononcé sur l'existence

²⁴⁵² 17 U.S.C. 512(h)(4).

²⁴⁵³ Criminal Justice USA, « *How to Become a Court Clerk* », 2015, accessible à <http://www.criminaljusticeusa.com/court-clerk/> (dernier accès : 10/11/2015).

²⁴⁵⁴ Hearing Before the Subcommittee on Telecommunications, Trade, and Consumer Protection, Serial No. 105-102 (5 juin 1998), à 16. (statement on Electronic Privacy Information Center) ; M.B. NIMMER, « Nimmer on Copyright », §12B.09[A].

²⁴⁵⁵ Considérant 2 de la directive 95/46/CE.

²⁴⁵⁶ CJCE, 29 janvier 2008, C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU, 57 et 68-70.

²⁴⁵⁷ Doc. Parl., 512943/001, p. 33.

d'une contrefaçon²⁴⁵⁸. Les procédures d'injonctions aux créateurs automatiques de liens sont donc indépendantes de la question de l'effectivité de la présence d'une contrefaçon.

1356. Les procédures requérant la communication de données personnelles soulève de véritables difficultés en ce qu'elles limitent le droit à la vie privée²⁴⁵⁹. La possibilité offerte par les injonctions a donc soulevé des doutes quant à leur constitutionnalité. En effet, la personne ne sera considérée comme contrefactrice qu'à l'issue du procès alors que ses données auront été communiquées en amont. En outre, l'absence d'intervention d'un magistrat serait contraire aux dispositions de l'article 3 de la Constitution américaine relatif aux compétences du pouvoir judiciaire²⁴⁶⁰. De plus, il aurait été possible de satisfaire les intérêts des titulaires de *copyright* et des internautes en communiquant à ces derniers l'existence d'un *subpoena* et en leur permettant d'intervenir de façon anonyme devant le tribunal en se faisant représenter par un avocat²⁴⁶¹. Il existait donc des moyens moins intrusifs et moins liberticides pour obtenir la communication des données personnelles des internautes. Néanmoins, l'arrêt *RIAA v. Verizon*²⁴⁶² a retenu que le système des *subpoenas* est constitutionnel. Le Conseil Constitutionnel français n'a pas été saisi de la question mais étant donné que le régime reste proportionné il y a peu de chance qu'il le considère comme étant anticonstitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité.

1357. À réception d'un *subpoena*²⁴⁶³ ou d'une injonction²⁴⁶⁴ le créateur automatique de liens devra dévoiler promptement les informations requises au titulaire des droits ou à son représentant. Les communications de données constituent des charges pour les créateurs automatiques de liens qui doivent investir dans des capacités de stockage et sont tenues de payer des collaborateurs pour répondre aux demandes. La charge est plus lourde en France qu'aux Etats-Unis car la durée de stockage minimum est d'un an. Le législateur français a

²⁴⁵⁸ B. MICHAUX, « *Les nouvelles dispositions procédurales relatives aux injonctions à l'encontre des intermédiaires (articles 8, 9 et 11 de la directive 2004/48)* », in *Sanctions et procédures en droits intellectuels*, Larcier, 2008, p. 278.

²⁴⁵⁹ Union Européenne : GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 » SUR LA PROTECTION DES DONNÉES, « *Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liées aux moteurs de recherche* », 4 avril 2008, 00737/FR WP 148, p. 8.

²⁴⁶⁰ M. RIMMER, « *Agent Smith And The Matrix : Copyright Law And Intermediary Liability* », in *Digital Copyright and the Consumer Revolution*, Edward Elgar, 2007, p. 193

²⁴⁶¹ J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « *Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium* », Law Journal Press, 2015, §6.05[1].

²⁴⁶² *RIAA v. Verizon Internet Services*, 257 F Supp. 2d 244 (2003).

²⁴⁶³ 17 US.C. 512(h)(5).

²⁴⁶⁴ Article 6-I-8 de la LCEN.

donc souhaité rééquilibrer la balance des intérêts et impose aux personnes sollicitant la communication de données de s'acquitter des frais mentionnés dans l'arrêté du 22 août 2006²⁴⁶⁵ pris en application de l'article R. 213-1 du Code de procédure pénale²⁴⁶⁶. Les communications sont ainsi soumises à une grille tarifaire et, en cas d'absence de la nomenclature, l'acte sera établi sur devis. Le droit américain²⁴⁶⁷ n'impose pas une telle obligation et les charges restent donc entièrement supportées par les créateurs automatiques de liens. Il nous semble que le droit français parvient ainsi à décourager les demandes fantaisistes ou injustifiées qui pourraient ne viser qu'à l'obtention de données personnelles indues. Le droit américain réussit quant à lui à repousser les demandes fantaisistes grâce aux prix de saisine d'une juridiction pour le *subpoena* qui s'élèvent à 400 dollars²⁴⁶⁸ et aux frais d'avocats. Cependant, les deux systèmes ont introduit des limites à l'entrée sur le marché de nouveaux auteurs qui ne pourront pas solliciter d'injonction tant qu'ils n'auront pas atteint une surface financière suffisante.

1358. Un député américain avait proposé que le *service provider* aurait l'obligation d'informer la personne faisant l'objet du *subpoena* que ses données ont été communiquées à un tiers²⁴⁶⁹. Cette approche aurait introduit plus de transparence sur l'internet et aurait permis aux parties intéressées de s'impliquer dans la réglementation du réseau. Cependant, le Congrès a rejeté cette suggestion. Les législateurs européen et français ne l'ont pas introduite. Les personnes dont les données ont été communiquées peuvent donc ne pas en avoir connaissance car les créateurs automatiques de liens n'ont aucune obligation de les informer. Cela n'aura pas de conséquences dans de nombreux cas dans la mesure où les personnes dont les données auront été communiquées recevront par la suite une lettre de mise en demeure et auront ainsi connaissance de la communication de leurs données. Cependant, il est possible

²⁴⁶⁵ Arrêté du 22 août 2006 pris en application de l'article R. 213-1 du code de procédure pénale fixant la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet la production et la fourniture des données de communication par les opérateurs de communications électroniques.

²⁴⁶⁶ « Les tarifs relatifs aux frais mentionnés au 23° de l'article R. 92 correspondant à la fourniture des données conservées en application du II de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques sont fixés par un arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du garde des sceaux. Cet arrêté distingue les tarifs applicables selon les catégories de données et les prestations requises, en tenant compte, le cas échéant, des surcoûts identifiables et spécifiques supportés par les opérateurs requis par les autorités judiciaires pour la fourniture de ces données ».

²⁴⁶⁷ *Recording Industry Association of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc.*, 240 F.Supp.2d 24, 36, 65 U.S.P.Q.2d (BNA) 1574 (D.D.C.).

²⁴⁶⁸ US District Court For The Southern District of Florida, « *Fee Schedule* », June 1, 2016, accessible à http://www.flsd.uscourts.gov/?page_id=2396 (dernier accès : 4/09/2016).

²⁴⁶⁹ Hearing Before the Subcommittee on Telecommunications, Trade, and Consumer Protection, Serial No. 105-102 (5 juin 1998), à 16. (statement on Electronic Privacy Information Center)

que certaines injonctions n'aient pas pour objectif de lutter contre la contrefaçon mais par exemple de censurer une idée comme cela a pu être le cas pour les notifications. Certains auteurs²⁴⁷⁰ ont en outre souligné que la procédure de communication de données pouvait constituer un risque pour les sources journalistiques. Certains pourraient en effet y trouver un moyen d'obtenir des informations normalement couvertes par le secret professionnel. En matière de liens automatiques des tiers ne pourraient obtenir qu'indirectement des informations mais cela pourrait s'avérer suffisant pour révéler l'identité des sources journalistiques. Le système pouvant être perverti, il serait de bonne justice d'informer les intéressés que leurs données ont été communiquées afin de dissuader, par la possibilité d'une action en justice, toute injonction infondée. De plus, outre le problème fondamental de liberté de la presse que cela poserait, une telle violation du secret des sources n'inciteraient pas les journalistes - qui sont des auteurs - à créer. Les systèmes français et américain s'avèrent donc trop peu protecteurs de la vie privée des internautes.

1359. L'anonymat devrait être régulée de la façon la plus protectrice possible pour les internautes restent sur l'internet ouvert et n'utilisent pas le logiciel TOR. Ce dernier rend en effet impossible le traçage des internautes et permet de s'adonner à des activités illicites et dangereuses. Cette partie de l'internet - dit l'internet profond ou *darkweb* - se développera si l'anonymat n'est pas correctement protégé, avec les risques de dérive que cela comporte. Un juste équilibre doit donc être respecté afin que l'internet ne devienne pas une zone de non-droit.

1360. Dès lors que les ayants droit auront obtenu les preuves nécessaires, ils pourront initier une procédure contre le contrefacteur original et, lorsque cela sera pertinent, contre le créateur de liens.

Section 2 : La procédure et les sanctions

²⁴⁷⁰ P. Auvret, « *Commentaire de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes* », *Comm. com. électr.* 2010, n° 4, pp. 7-15 ; E. Derieux, « *Secret des sources des journalistes. A propos de la loi du 4 janvier 2010* », *JCP G* 2010, n° 3, 40, pp. 9-11.

1361. La liberté d'entreprendre des créateurs de liens pourra être limitée, dans l'intérêt des auteurs et du public des internautes, par des règles de procédures extra-judiciaires ou judiciaires (Sous-Section 1), ainsi que par les sanctions qui pourront résulter de la violation d'une disposition du droit d'auteur ou du *copyright* (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 : La procédure

1362. Le droit français est passé d'un modèle de régulation uniquement étatique effectué par le juge appliquant la règle, à un modèle impliquant les acteurs privés chargés de faire respecter la norme. Il s'agit d'une nouveauté moindre aux Etats-Unis où, lors de la conquête de l'Ouest, une partie de la gestion des litiges se produisant dans la *frontier* était confiée à des entités privées²⁴⁷¹. Cette convergence du droit français vers cette philosophie libertaire - voire anarchisante - américaine s'est avérée nécessaire. En effet, l'internet a marqué le recul des États qui rencontrent encore des difficultés à y appliquer leurs règles, que ce soit en matière pénale, fiscale ou de droit d'auteur. Les relations entre les internautes sont par conséquent réglementées principalement par des contrats et de façon marginale par la Nétiquette.

1363. Cette situation est nouvelle car les États se sont constitués sur l'idée d'application territoriale de leurs normes²⁴⁷² et ils n'avaient jamais été confrontés à des espaces immatériels. Le droit a donc perdu les repères qu'il avait dans le monde matériel²⁴⁷³, notamment lorsqu'il cherche à s'appliquer aux hyperliens car il n'existe pas de copies des œuvres que le droit puisse saisir. Les moyens de lutte contre la contrefaçon et les systèmes juridictionnels n'apportent donc pas de réponse pleinement satisfaisantes que pour les litiges relevant du monde matériel et ne s'avèrent pas pleinement pertinents pour résoudre les litiges sur internet.

²⁴⁷¹ A. KASPI, F. DURPAIRE, H. HARTER, A. LHERM, « *La civilisation américaine* », *op. cit.*, p. 241 et p. 571.

²⁴⁷² L. DUGUIT, H. KELSEN, « *Préface au premier numéro de la Revue internationale de la théorie du droit* », 1926-1927, vol. 1, p. 3.

²⁴⁷³ P. CAYE, « *La condition immatérielle du monde et la question du droit* », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, tome 43, Sirey, p. 226.

1364. Les États européens avaient connu une évolution similaire à l'époque médiévale où les monarques contrôlaient mal leurs territoires. La faiblesse de l'État a ainsi conduit à confier une partie de la résolution des litiges à l'Église²⁴⁷⁴. L'État confiait donc à des entités ne relevant pas du pouvoir national la charge d'appliquer ses décisions. Ainsi, lorsque l'État se trouve en situation de faiblesse et rencontre des difficultés à appliquer ses règles, il en confie l'application à des tiers. Ces systèmes ont créé des problèmes d'objectivité dans l'application de la règle. Ils ont également favorisé l'émergence de potentats. Il semble donc que toute faiblesse de l'État implique un transfert de pouvoir vers une entité qui ne sera *de facto* que partiellement soumise au contrôle du pouvoir central. Eu égard aux défis que pose l'internet aux États, il existe un risque que l'histoire se répète et que les prestataires de services - et notamment les créateurs automatiques de liens - deviennent les potentats du 21^e siècle. Les États rencontrent d'ores et déjà des difficultés dans leurs relations avec les GAFA²⁴⁷⁵ avec lesquelles ils préfèrent souvent négocier plutôt que de leur imposer des règles²⁴⁷⁶.

1365. Dès lors, l'appropriation par des entités privées de la régulation des comportements répond à une nécessité, mais elle risque de déboucher sur l'affirmation de nouveaux corps intermédiaires que la révolution française²⁴⁷⁷ a voulu abolir. La révolution libérale de l'internet risque donc de se transformer en contrôle des populations par des sociétés privées. Les décisions prises par les entités privées contrôlant l'internet doivent par conséquent pouvoir être soumises à des juges étatiques.

1366. Il y a donc lieu de respecter une méthodologie en deux temps, l'une rapide avec les procédures extra-judiciaires (Paragraphe 1), l'autre plus lente mais assurant le respect des règles étatiques avec les procédures judiciaires (Paragraphe 2).

²⁴⁷⁴ C. JALLAMION, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XIII au XIXe siècle », Rev. arb. 2005-1.3.

²⁴⁷⁵ M. VESTAGER, « Régulation des GAFA », 3 janvier 2016, France culture, accessible à <http://www.franceculture.fr/emissions/l-alphabet-numerique/regulation-des-gafa-0> (dernier accès: 20/09/2016).

²⁴⁷⁶ E. RENAULT, « Accord entre les éditeurs français et Google », Le Figaro, 1^{er} février 2013, accessible à <http://www.lefigaro.fr/medias/2013/02/01/20004-20130201ARTFIG00613-presse-accord-entre-les-editeurs-francais-et-google.php> (dernier accès: 20/09/2016).

²⁴⁷⁷ A. DE TOCQUEVILLE, « L'Ancien Régime et la Révolution », Folio Histoire, 1856.

Paragraphe 1 : Les procédures extra-judiciaires

1367. La France et les Etats-Unis ont hérité d'une régulation statocentriste²⁴⁷⁸. Habermas a relevé que les sociétés post-modernes sont arrivées à un paradigme de judiciarisation généralisée des règlements des litiges²⁴⁷⁹. François Ost affirme que cette surinflation juridique est le résultat du caractère démesurément rationnel, centralisé et hiérarchisé de nos systèmes juridiques²⁴⁸⁰.

1368. Les États occidentaux ont donc initié un mouvement reflex²⁴⁸¹ afin d'éviter le recours au juge civil. La post-modernité requiert ainsi le développement de nouveaux modèles de résolution des conflits basés sur la décentralisation et la déjudiciarisation²⁴⁸². Ces modalités sont en phase avec la recherche d'un mode de règlement des litiges à la fois souple, rapide, informel et fondé sur l'échange²⁴⁸³. Ce nouveau paradigme correspond aux valeurs de l'internet. En outre, une étude commandée par la Commission a relevé que les parties ont tendance à ne pas initier une procédure lorsque l'enjeu est inférieur à 2.000 euros car la somme de dommages et intérêts espérée ne permet pas de couvrir les frais²⁴⁸⁴. Ce seuil est particulièrement important car il arrivera souvent que les enjeux financiers d'un litige portant sur un hyperlien ne dépassent pas la somme de 2.000 euros. Dès lors que des modes alternatifs de résolution des conflits sont mis en place et permettent de solutionner des litiges d'ampleur limitée, les créateurs de liens risquent d'engager plus souvent leur responsabilité. Les contrefaçons, qui étaient anodines en pratique à cause des frais de procédure, pourront avoir des conséquences sur la liberté d'entreprendre des créateurs de liens. Nous nous

²⁴⁷⁸ T. SCHULTZ, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne », L.G.D.J. 2005, p. 11.

²⁴⁷⁹ J.P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? », in Droit négocié, Droit imposé ? », sous la direction de P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, 1996, p. 419.

²⁴⁸⁰ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in La force du droit, sous la direction de P. BOURETZ, Esprit, 1991, p. 241 s.

²⁴⁸¹ G. TEUBNER, « Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive », in ARSP, 1983, vol. 68, p. 13 s.

²⁴⁸² A.-J. ARNAUD, J.P. BONAFÉ-SCHMITT, « Alternatif (Droit) – Alternative (Justice) », in dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit', sous la direction de A. J. ARNAUD, LGDJ, 1993, n°576, p. 11 s.

²⁴⁸³ T. SCHULTZ, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne », Bruylant, 2005, p. 279.

²⁴⁸⁴ Report for the European Commission, « DG Consumer Policy and Consumer Health Protection », juin 1998.

intéresserons à l'arbitrage qui présentera des intérêts particuliers en matière de résolution des conflits en matière d'hyperliens.

1369. L'arbitrage constitue un « mode parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité qui tient son pouvoir de juger (...) de la convention des parties²⁴⁸⁵ ». Ce mode de résolution des litiges trouve son origine dans les limites de la justice étatique²⁴⁸⁶.

1370. Les auteurs peuvent y recourir en France comme aux Etats-Unis. En effet, l'article 2061 du code civil dispose que l'arbitrage est valide pour un professionnel. Or, l'auteur est un professionnel²⁴⁸⁷. En outre, l'article L. 331-1 code de la propriété intellectuelle réaffirme ce principe en matière de propriété intellectuelle et énonce que les auteurs peuvent avoir recours à l'arbitrage. Aux Etats-Unis, les auteurs ont largement recours aux modes alternatifs de résolution des conflits et notamment à l'arbitrage. En droit américain, la résolution des litiges de *copyright* par recours à l'arbitrage a été tardive par rapport à d'autres domaines. Le Congrès ne s'en était pas préoccupé et la jurisprudence²⁴⁸⁸ a dû chercher dans le droit des brevets²⁴⁸⁹ l'autorisation de reconnaître la validité des arbitrages en matière de *copyright*. Passée cette difficulté initiale, le législateur a partiellement systématisé le recours à l'arbitrage. En effet, les litiges concernant les licences obligatoires ont été résolus par une procédure d'arbitrage devant les *Copyright Royalty Arbitration Panels* qui remplaçait le *Copyright Royalty Tribunal* qui avait été fortement critiqué²⁴⁹⁰ pour son manque d'efficacité. Cependant, le recours à l'arbitrage n'est pas en soi gage d'une meilleure justice et le système a été abandonné car il reproduisait une partie des problèmes antérieurs²⁴⁹¹. Conformément à cette ouverture, la jurisprudence américaine²⁴⁹² a eu l'occasion de retenir que le *copyright*

²⁴⁸⁵ G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 2009.

²⁴⁸⁶ B. DE LOYNES DE FUMICHON, M. HUMBERT, « *L'arbitrage à Rome* », Rev. arb. 2003. 285.

²⁴⁸⁷ P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, p. 856, 814.

²⁴⁸⁸ *Kamakazi Music Corp. v. Robbins Music Corp.*, 522 F. Supp. 125, 131, 214 U.S.P.Q. 149 (S.D.N.Y. 1981), order aff'd, 684 F.2d 228 (2d Cir. 1982) ; Comment, Arbitration and Intellectual Property: A Survey of Arbitration in Patent, Trademark and Copyright Cases, 48 ALB. L. REV. 797, 816-19 (1984).

²⁴⁸⁹ Le recours à l'arbitrage était initialement interdit en matière de propriété intellectuelle. Il a donc fallu une autorisation expresse du Congrès pour présenter un litige relevant du droit des brevets ou du *copyright* à une juridiction arbitrale. L. MISTELS, L. SHORE, « *National Arbitration Laws* », 2nd edition, vol. 3, 2015, USA-24.

²⁴⁹⁰ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », *op. cit.*, p. 304.

²⁴⁹¹ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », *ibidem.*, p. 305.

²⁴⁹² *NCR Corp. v. Korala Associates, Ltd.*, 85 U.S.P.Q.2d 1481, (6th Cir. 2014).

peut faire l'objet d'un arbitrage dès lors qu'un accord en ce sens existe. Le recours à l'arbitrage est donc reconnu dans les deux systèmes. Il existe par conséquent un terreau fertile permettant à l'arbitrage de se développer pour régler les litiges relevant du droit d'auteur. En effet, dans l'affaire *X/Open Company Limited v. Marshall Sorenson*²⁴⁹³, le défendeur a été condamné par le collège arbitral de l'OMPI à cause de l'utilisation de mauvaise foi des liens. Le recours à l'arbitrage devrait continuer à se développer. En effet, l'OMPI²⁴⁹⁴ projette d'introduire une procédure d'arbitrage en ligne. Cette procédure pourra servir de modèle pour les arbitrages en ligne - ou influencer les sites²⁴⁹⁵ proposant déjà ce service - notamment lorsqu'il s'agira de régler un conflit relatif à un hyperlien ou à une notification²⁴⁹⁶. Il y a donc une convergence internationale sur le principe de l'arbitrabilité du droit d'auteur. Cependant, en l'absence d'accord sur la procédure d'arbitrage - ce qui serait sans doute un non sens - il n'y a pas eu de processus d'harmonisation.

1371. En outre, la différence structurelle entre l'État unitaire français et l'État fédéral américain a pour conséquence une approche divergente de la réglementation de l'arbitrage. Le droit français le régleme par des dispositions réparties dans le Code civil²⁴⁹⁷ ainsi que dans le Code de procédure civile²⁴⁹⁸. Le droit fédéral américain régleme la matière arbitrale par le *Federal Arbitration Act*. Ce dernier n'a cependant pas vocation à s'appliquer en matière de liens dans la mesure où il concerne uniquement les transactions maritimes ainsi que les relations commerciales. Dans les autres domaines, la réglementation dépend donc des lois des États fédérés qui ont été partiellement harmonisées par le *Uniform Arbitration Act*²⁴⁹⁹. Néanmoins, moins de la moitié des États fédérés²⁵⁰⁰ a introduit la loi modèle qui est dénuée de valeur obligatoire. En particulier, l'absence des États de New-York et de la Californie limite

²⁴⁹³ No. D2002-0287.

²⁴⁹⁴ OMPI, « L'arbitrage en ligne », accessible à <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/online/> (dernier accès : 20/09/2016).

²⁴⁹⁵ Voir notamment www.resolveyourdispute.com; www.clicknsettle.com; www.onlineresolution.com; www.resolutionforum.org; www.webmediate.com.

²⁴⁹⁶ S. HONG, « *The Digital Millennium Copyright Act and Protecting Individual Creative Rights : A Proposal for On-Line Copyright Arbitration* », 2 *Cardozo Online J. Confl. Resol.* 110, février 2001, 118.

²⁴⁹⁷ Articles 1165 et suivants ainsi que les articles 2059 à 2061.

²⁴⁹⁸ Articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile.

²⁴⁹⁹ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, « *Uniform Arbitration Act* », 29 juillet - 4 août 2000, accessible à http://www.uniformlaws.org/shared/docs/arbitration/arbitration_final_00.pdf (dernier accès : 20/09/2016).

²⁵⁰⁰ Uniform Law Commission, « *Arbitration Act (2000)* », accessible à [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration%20Act%20\(2000\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Arbitration%20Act%20(2000)) (dernier accès : 20/09/2016).

considérablement sa portée pratique. Enfin, les États ayant introduit la loi modèle sont libres d'écarter certaines dispositions, ce qui limite considérablement le processus d'harmonisation. Il s'avère par conséquent impossible de comparer le droit français avec le droit américain dans la mesure où les Etats-Unis ont adopté plusieurs réglementations. Notre comparaison s'effectuera donc entre le droit français et la loi modèle - dont nous avons souligné les limites - car elle permet d'indiquer des tendances des droits des États fédérés, ainsi qu'avec le droit de Californie étant donné que la majorité des créateurs automatiques de liens américains y ont leurs sièges. Il y aura donc lieu de prendre acte des méthodologies différentes, qui ont amené le droit français à appliquer le régime du droit commun des contrats en lui apportant des modifications, alors que le droit américain a introduit un régime juridique *ad hoc*²⁵⁰¹.

1372. Malgré cette ouverture, l'arbitrage constitue une liberté encadrée reposant notamment sur l'accord des parties conforme à l'idéal libertaire de l'internet (I). Cependant, des limites au paradigme libertaire ont été imposées (II).

I) Une réglementation en phase avec l'idéal libertaire de l'internet

1373. La structure de l'internet est réfractaire à toute idée de réglementation. En effet, au lieu de la structure verticale qui caractérisait le minitel et reflétait la structure du pouvoir en France tel qu'il a été hérité de l'empire romain et de l'Église catholique, l'internet a adopté une structure horizontale moins encline à recevoir des réglementations issues d'une entité supérieure.

1374. L'idéal libertaire de l'internet et de la création de liens épouse donc en partie la philosophie de l'arbitrage. En effet, ce mode alternatif de résolution des conflits est fondé sur la volonté (A) et offre une grande liberté aux parties (B).

²⁵⁰¹ En effet, même dans les droits des États fédérés, des législations *ad hoc* existent. Voir notamment le Arbitration Act de l'État de Californie.

A) La volonté de recourir à un arbitrage

1375. L'arbitrage est un contrat entre les parties. Or, étant donné que les droits français et américain ont adopté des paradigmes libertaires en matière contractuelle, le recours à l'arbitrage dépendra dans les deux systèmes de la volonté des parties.

1376. La jurisprudence française s'était ainsi initialement montrée favorable à la clause compromissoire avant de retenir sa nullité dans un arrêt du 10 juin 1843²⁵⁰² - ce qui était surprenant alors que la Révolution industrielle nécessitait plus que jamais le recours à l'arbitrage - craignant qu'elle ne devienne qu'une clause de style²⁵⁰³. Le droit américain avait adopté la même solution²⁵⁰⁴. Les deux systèmes convergeaient donc initialement sur le principe du refus de l'arbitrage. Cependant, le *Uniform Arbitration Act*²⁵⁰⁵ de 1995 - et repris sur ce point en 2000²⁵⁰⁶ - a renversé la solution traditionnelle²⁵⁰⁷ en intégrant la possibilité d'introduire une clause compromissoire. Le législateur français est également intervenu avec la loi sur les nouvelles régulations économiques²⁵⁰⁸ de 2001 afin d'autoriser l'introduction de clauses d'arbitrage dans les contrats entre professionnels. Dès lors, un auteur pourra introduire une clause compromissoire dans une convention concernant un lien entre toutes les parties en droit américain et entre professionnels aux États-Unis. Les droits français²⁵⁰⁹ et américain²⁵¹⁰ reconnaissent donc la validité des clauses compromissoires. La clause compromissoire permet de faire échapper *ab initio*²⁵¹¹ le litige à l'emprise du juge et permet donc de recourir à l'arbitrage lorsque les parties s'accordent sur le principe.

1377. La différence entre les droits français et américain se trouve nuancée car certains États fédérés ont introduit le critère de l'accessibilité économique. La clause compromissoire ne

²⁵⁰² D. 1843. 1. 343 ; DP 1843. 1. 34, concl. HELLO ; S. 1843 1. 562.

²⁵⁰³ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, « *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union Européenne* », précis Dalloz, 32^e édition, 2014, p. 1476, 2271.

²⁵⁰⁴ A.S. GUTTERMAN, « §101.60 : *Uniform Arbitration Act* », Business Transactions Solutions, October 2015.

²⁵⁰⁵ § 1 du *Uniform Arbitration Act* 1955.

²⁵⁰⁶ §6(a) of the *Uniform Arbitration Act*.

²⁵⁰⁷ *Uniform Arbitration Act* 1925.

²⁵⁰⁸ Loi 2001-420 du 15 mai 2001.

²⁵⁰⁹ Cass. civ. 1^e, 16 mars 2016, n°14-23699.

²⁵¹⁰ § 6(a) du *Uniform Arbitration Act*.

²⁵¹¹ Article 1448 du Code de procédure civile.

sera en effet opposable aux parties que si elle apparaît économiquement accessible²⁵¹². Ainsi, la Cour d'appel du premier District de Californie²⁵¹³ - compétente en appel pour les questions relevant du droit californien - a retenu qu'une clause compromissoire n'est pas opposable si elle induit des coûts inabordables. Il n'en va pas de même en droit français car il ne s'avère pas nécessaire de contrôler la question des coûts étant donné que l'arbitrage est limité aux parties ayant qualité de commerçants²⁵¹⁴. Ces derniers sont en effet supposés être en mesure de connaître et d'assumer les coûts d'un arbitrage. Le droit californien s'avère donc plus souple que le droit français dans la mesure où il permet à un commerçant - et donc à un auteur - de sortir de la clause compromissoire dès lors que les coûts sont inabordables. Cela pourra s'avérer particulièrement utile pour les auteurs disposant de faibles revenus qui sont traités par le droit français à égalité avec de riches sociétés, alors que certains disposent de surface financières souvent plus similaires à celles de consommateurs. Pourtant, la clause compromissoire est inopposable²⁵¹⁵ aux consommateurs et opposable aux artistes pauvres. La rigidité du droit français est d'autant moins compréhensible qu'il ne distingue pas selon l'activité commerciale ou non de l'auteur²⁵¹⁶. L'approche américaine étant plus souple elle permettra une meilleure adaptation du droit aux situations particulières des auteurs.

1378. L'accord peut donc intervenir avant même l'émergence d'un conflit, mais également à la suite de son avènement. Les parties pourront en effet saisir un tribunal arbitral même lorsqu'une instance est en cours devant les juridictions étatiques²⁵¹⁷. À l'inverse, lorsque le tribunal arbitral est saisi avant le juge étatique, ce dernier devra se déclarer incompétent²⁵¹⁸. La possibilité de saisir une juridiction arbitrale reste donc toujours ouverte alors que le droit de saisir un juge étatique peut être limité. Le droit américain a adopté une solution divergente par rapport au droit français en retenant que la détermination du caractère arbitral²⁵¹⁹ d'un

²⁵¹² T. SCHULTZ, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne », Bruylant, 2005, p. 411.

²⁵¹³ *Gutierrez v. Autowest, Inc.*, 114 Cal. App. 4th 77, 7 Cal. Rptr. 3d 267, 2003 Cal. App. LEXIS 1817, 2003 Cal. Daily Op. Service 10633, 2003 Daily Journal DAR 13405 (Cal. App. 1st Dist. 2003).

²⁵¹⁴ Article 2061 du Code civil.

²⁵¹⁵ Article R 132-2-10° du Code de la consommation.

²⁵¹⁶ CA Paris, 1^e ch., 16 janvier 1992 : RIDA 2/1992, p. 204.

²⁵¹⁷ France : article 1446 du Code de procédure civile ;

Etats-Unis : § 7(f) du Uniform Arbitration Act.

²⁵¹⁸ France : article 1448 du Code de procédure civile ;

Etats-Unis : § 7(e) du *Uniform Arbitration Act*.

²⁵¹⁹ Le caractère arbitral d'un litige se limite à sa capacité à être décidé *in abstracto* par un arbitre. L'arbitre reste compétent pour déterminer si le litige *in concreto* est recevable. Voir *Uniform Arbitration Act* §6(c).

litige doit être déterminée par le juge et non pas par un arbitre²⁵²⁰, à moins que la volonté des parties de soumettre leur litige à un arbitre ne fasse aucun doute²⁵²¹. Néanmoins, lorsque l'accord présente une ambiguïté, elle devra être résolue en faveur de l'arbitrage²⁵²². Il existe donc une présomption *in favor arbitrati*²⁵²³ dans les deux systèmes, bien qu'à des degrés divers, limitant partiellement la divergence entre les deux systèmes. Il y a une montée en puissance de l'individualisme et du libéralisme qui constituent deux valeurs fondamentales de la post-modernité²⁵²⁴ que l'internet ne fait que renforcer. L'arbitrage correspond donc aux valeurs véhiculées par l'internet et correspond donc tout particulièrement aux litiges concernant des hyperliens.

1379. Les parties jouissent donc dans les deux systèmes d'une grande liberté leur permettant d'opter facilement pour l'arbitrage. Ils pourront également décider de la procédure à suivre.

B) Le choix de la procédure d'arbitrage

1380. Les parties sont libres de déterminer les modalités de la procédure d'arbitrage afin qu'elle corresponde le mieux aux besoins d'un litige portant sur des hyperliens (1). Cependant, il arrive que l'accord relatif à l'arbitrage ne précise pas les modalités de la procédure et se contente simplement d'acter l'accord du recours à l'arbitre. Dans ce cas les législateurs français et américain ont introduit des procédures par défaut opposables aux parties (2).

1) Le choix des parties

²⁵²⁰ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995) ; *Sleeper Farms v. Agway, Inc.*, 506 F.3d 98 (1st Cir. 2007).

²⁵²¹ *AT&T Techs., Inc. v. Commc'ns Workers*, 475 U.S. 643, 649 (1986) ; *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995) ; *Gay v. CreditInform*, 511 F.3d 369 (3d Cir. 2007).

²⁵²² *PowerShare, Inc. v. Syntel, Inc.*, 597 F.3d 10 (1st Cir. 2010).

²⁵²³ M. FRIOCOURT, « Arbitrage et propriété intellectuelle », in Archives de Philosophie du Droit, 52, 2009, p. 240.

²⁵²⁴ Y. BONNY, « L'individualisme, de la modernité à la post-modernité - Contribution à une théorie de l'intersubjectivité », 1989, Thèse, Université McGill, Montréal.

1381. L'arbitrage s'inscrit dans l'approche philosophique du droit des contrats en France et aux Etats-Unis. Il constitue ainsi une expression de la liberté contractuelle²⁵²⁵.

1382. Or, les années 1980 ont marqué un tournant libéral dans le monde occidental et notamment aux Etats-Unis²⁵²⁶. Le droit français est également marqué, depuis la réforme de 1981²⁵²⁷, par une idéologie libérale et autonomiste²⁵²⁸. Ainsi, la volonté des parties détermine les modalités de l'arbitrage, notamment dans le cadre d'un arbitrage international. Le Code de procédure civile pose peu de règles et ses articles 1492 à 1497 renvoient à la libre volonté des parties. Il y a donc une convergence sur le principe de la liberté laissée aux parties de déterminer les règles applicables à leurs litiges en matière d'hyperlien. Cela leur permettra notamment d'imposer le recours à des experts. Ce mouvement libertaire a donc préparé le droit à accueillir l'internet - et donc aux litiges techniques - et notamment les litiges portant sur les hyperliens.

1383. Les parties ont ainsi le droit de sélectionner les arbitres en charge de leur litige²⁵²⁹. Le droit français et le droit américain divergent sur les personnes pouvant faire office d'arbitre. En effet, en droit français, un arbitre ne peut être qu'une personne physique²⁵³⁰ pour les arbitrages nationaux alors que le droit américain ne prend pas position et autorise donc la nomination d'une personne morale²⁵³¹. Le droit américain rejoint ainsi la solution que le droit français a adoptée en matière d'arbitrage international²⁵³². Si la convention d'arbitrage ne désigne qu'une personne morale celle-ci aura la charge de nommer des personnes

²⁵²⁵ T.E. CARBONNEAU, « *The Law and Practice of Arbitration* », Jurisnet, 3rd edition, 2009, p. 41 ; H.-J. NOUGEIN, Y. REINCHARD, P. ANCEL, M.-C. RIVIER, P. GENIN, « *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale* », Litec, 2004, p. 85 ; T.E. CARBONNEAU, « *The Law and Practice of Arbitration* », Jurisnet, 3rd edition, 2009, p. 229 s.

²⁵²⁶ E.G. SPITKO, « *Federal Arbitration Act Preemption of State Public-Policy-Based Employment Arbitration Doctrine: An Autopsy and an Argument for Federal Agency Oversight* », 20 Harv. Negotiation L. Rev. 1, 3.

²⁵²⁷ Décret n°81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres iii et iv du nouveau Code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code.

²⁵²⁸ P. MAYER, « *Rapport de synthèse* », in le nouveau droit français de l'arbitrage, sous la direction de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 223.

²⁵²⁹ Article 1444 du Code de procédure civile ; § 11(a) du *Uniform Arbitration Act*.

²⁵³⁰ Article 1451 du Code de procédure civile.

²⁵³¹ La section 11 du *Uniform Arbitration Act* (2000) ne précise pas qu'un arbitre doit être une personne physique.

²⁵³² Article 1450 du Code de procédure civile non repris en matière internationale par l'article 1506.

physiques²⁵³³. Leur nombre devra être impair²⁵³⁴. Le droit français est par conséquent plus marqué par l'*intuitu personae* que le droit américain qui adopte une approche plus institutionnalisée. Le droit américain présente ainsi l'avantage de la souplesse en laissant la possibilité aux parties de ne désigner qu'une personne morale et s'avère par conséquent plus conforme aux principes libertaires qui irriguent l'internet.

1384. Malgré les limites à l'arbitrage, ce mode de résolution des conflits présente un certain nombre d'intérêts. En effet, en choisissant les arbitres, les parties peuvent sélectionner des experts de l'internet qui seront plus à même de comprendre les enjeux des litiges²⁵³⁵. Si les justiciables français n'y trouvent qu'un intérêt limité par rapport à la saisine d'une juridiction de droit commun, dans la mesure où les tribunaux sont spécialisés en matière de droit d'auteur, il n'en va pas de même aux Etats-Unis où le juge reste généraliste et peut ne pas maîtriser les tenants et les aboutissants d'une question. Il sera donc plus facilement influencé par les *amicus curiae* qu'un arbitre expert de la matière. Les justiciables américains auront par conséquent l'avantage, en recourant à l'arbitrage, de présenter leur litige à un spécialiste de la matière.

1385. En outre, les deux droits permettent aux parties de choisir la règle applicable à leur litige.

2) Le choix de la règle applicable

1386. Outre la possibilité de choisir les arbitres, les parties ont la possibilité d'établir les règles applicables à leur litige. Les deux droits permettent aux parties de demander que le droit d'un État soit appliqué, ou ils peuvent opter pour les principes de l'équité²⁵³⁶.

²⁵³³ Article 1450 alinéa 2 du Code de procédure civile.

²⁵³⁴ Article 1451 du Code de procédure civile.

²⁵³⁵ A. STORK, « *The Use of Arbitration in Copyright Disputes : IBM v. Fujitsu* », 3 High Tech. L.J. 241, fall 1988, 250.

²⁵³⁶ France : Article 1478 du Code de procédure civile. Cette possibilité n'est pas propre à l'arbitrage car l'article 12 du Code de procédure civile autorise les parties à demander au juge étatique de statuer en équité.

Etats-Unis : *Brown v. Coleman Co., Inc.*, 220 F.3d 1180, 1183, 16 I.E.R. Cas. (BNA) 966, 141 Lab. Cas. (CCH) P 58980 (10th Cir. 2000).

1387. Le droit français introduit néanmoins une limite par rapport au droit américain. Les arbitres doivent en effet justifier dans quelle mesure l'application de la loi aboutirait à une situation inéquitable²⁵³⁷. Cette solution peut s'avérer particulièrement pertinente pour les litiges naissant sur l'internet car les règles de droit risquent de devenir rapidement obsolètes en matière de nouvelles technologiques. Le recours à l'équité permettra d'adapter les règles aux situations nouvelles et d'offrir aux parties des solutions innovantes et adaptées, comme ont pu le faire les tribunaux d'*Equity* en Angleterre lorsque le droit commun est devenu partiellement obsolète²⁵³⁸.

1388. En outre, le recours à l'équité peut s'avérer pertinent pour les parties lorsque la solution d'un litige n'est pas évidente, ce qui est encore le cas dans certains domaines du droit d'auteur appliqué aux hyperliens. La résolution du litige par recours à l'arbitrage entre IBM et Fujitsu au sujet d'un logiciel a ainsi été motivée par l'incertitude de l'application du *copyright* aux logiciels²⁵³⁹. L'arbitrage pourrait donc s'avérer attrayant pour les parties ayant un litige en matière d'hyperliens lorsque la règle applicable est incertaine.

1389. Le recours à l'équité s'avérera en outre particulièrement utile pour régler les litiges impliquant des étrangers²⁵⁴⁰. En effet, venant de systèmes juridiques différents, l'application d'un droit plutôt qu'un autre pourrait laisser un sentiment d'injustice à la partie dont le système juridique a été écarté et ce, malgré l'harmonisation des règles en matière de *copyright*. L'arbitrage permet de se libérer des règles étatiques de droit international privé et d'appliquer une norme plus universelle²⁵⁴¹ - qui s'avérera plus conforme aux idéaux libertaires des Pères Fondateurs de l'internet car il ne s'agira pas d'une réglementation étatique mais du résultat d'une dialectique mondiale sur l'internet. L'arbitrage permet ainsi

²⁵³⁷ D. VIDAL, « *Droit français de l'arbitrage commercial international* », Gualino, 2004, p. 249.

²⁵³⁸ W.H. BRYSON, « *Equity and Equitable Remedies* », 1987, *Encyclopedia of American Judicial System*, p. 545.

²⁵³⁹ A. STORK, « *The Use of Arbitration in Copyright Disputes : IBM v. Fujitsu* », 3 *High Tech. L.J.* 241, fall 1988, 254.

²⁵⁴⁰ F. GALGANO, « *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)* », in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, 384, 1999.

²⁵⁴¹ T. MANN, « *La montagne magique* », 1924 ; B. OPPETIT, « *Teoría del arbitraje* », *Legis*, 2006, p. 28.

l'émergence d'une *lex communis*²⁵⁴² bien que fortement limitée par l'impossibilité d'établir une *Common Law* de l'arbitrage car les décisions restent secrètes.

1390. La règle étatique perd donc de son caractère impératif et devient supplétive. L'État se trouve réduit à un simple choix et ne s'impose donc plus de lui-même. Il doit convaincre les parties de sa pertinence, ce qui ne manque pas d'encourager une concurrence des systèmes juridiques. Cependant, la remise en cause de l'autorité de l'État n'est qu'apparente car, si les parties disposent de telles libertés, ce n'est que par autorisation de l'État qu'il demeure libre de supprimer. La France et les Etats-Unis ont par ailleurs limité la liberté des parties à un arbitrage, circonscrivant ainsi les espoirs libertaires de certains internautes.

II) Les limites du paradigme libertaire

1391. L'État demeure la source du droit et l'élément de cohésion des sociétés française et américaine. Il ne peut donc pas permettre aux parties de statuer en dehors de la vue d'un juge dans tous les domaines (A). Il leur assure également une protection minimale marquant la recherche d'équilibre entre la libre volonté des parties et la nécessité d'assurer des procédures équitables (B).

A) Les domaines arbitrables

1392. Le Digeste²⁵⁴³ interdisait de déroger à l'ordre public par des conventions. Cet interdit s'est transmis dans les droits modernes. Or, étant donné que l'arbitrage est le fruit d'une convention, tous les litiges ne peuvent être résolues par un arbitrage. La convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 a repris

²⁵⁴² M. FRIOCOURT, « Arbitrage et propriété intellectuelle », in Archives de Philosophie du Droit, 52, 2009, p. 242.

²⁵⁴³ « *Privatorum pactio juri publico non derogat* ». Les projets de Code civil de l'an IV et de l'an XII se sont inscrits dans cette tradition. Voir D. ALLAND, S. RIALS, « *Ordre public*, Dictionnaire de la culture juridique », LAMY-PUF, 2003, p. 1119.

ce principe à l'article V(2)²⁵⁴⁴ et les droits français²⁵⁴⁵ et américain²⁵⁴⁶ ont adopté cette approche. Il y a donc lieu de parler d'un libéralisme et d'un individualisme sous contrôle. Cela permet aux droits français²⁵⁴⁷ et américain²⁵⁴⁸ de préserver les valeurs fondamentales de chaque société. Les procédures d'arbitrage sont particulières et les droits français et américain ont par conséquent adopté une conception restreinte de l'ordre public.

1393. Ainsi, depuis l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation dit Tissot²⁵⁴⁹, les parties peuvent compromettre dans des matières relevant de l'ordre public, dès lors que seuls des intérêts privés sont en jeu²⁵⁵⁰. L'ordre public ne fera pas obstacle à la tenue de l'arbitrage - étant donné qu'une réunion privée et généralement secrète ne peut en soi violer l'ordre public - mais à l'opposabilité de la sentence arbitrale. Les Etats-Unis ont emprunté une voie convergente. En effet, depuis l'arrêt *United Paperworkers Int'l Union v. Misco*²⁵⁵¹, l'ordre public fait obstacle à l'opposabilité des décisions arbitrales violant l'ordre public. Cependant, les droits constitutionnels n'y sont pas opposables dans le cadre d'un arbitrage²⁵⁵². Il est en effet considéré que les parties ont décidé, par le recours à l'arbitrage, de sortir du système judiciaire et qu'elles ont par conséquent écarté l'application des droits constitutionnels. L'ordre public est ainsi limité aux intérêts de l'État et écarte les droits constitutionnels des citoyens. L'ordre public est en outre réduit aux « *clear statutory or case law*²⁵⁵³ », ce qui incite à une lecture restrictive et donc moins ouverte qu'en France. L'allègement du contrôle

²⁵⁴⁴ « La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

- a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différent n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage,
- b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

²⁵⁴⁵ Article 2060 du Code civil.

²⁵⁴⁶ 9 U.S.C.A. §§ 201 qui dispose que la convention de New York sur la reconnaissance des arbitrages est applicable en droit interne.

²⁵⁴⁷ Article 1488 du Code de procédure civile.

²⁵⁴⁸ C.M. HUGGINS, « *The Judge's Order And The Rising Phoenix : The Role Public Interests Should Play In Limiting Author Copyrights In Derivative-Work Markets* », Iowa Law Review, février 2010.

²⁵⁴⁹ Cass. civ., 28 novembre 1950 : D. 1951, p. 170 ; S. 1951, p. 120, note J. ROBERT ; RTD civ. 1951, p. 106, obs. P. HÉBRAUD et P. RAYNAUD.

²⁵⁵⁰ M. FRIOCOURT, « *Arbitrage et propriété intellectuelle* », in Archives de Philosophie du Droit, 52, 2009, p. 253.

²⁵⁵¹ *United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc.*, 484 U.S. 29 (1987).

²⁵⁵² E. BRUNET, « *Arbitration and Constitutional Rights* », 71 N.C. L. Rev. 81, November 1992, 81 ; C. William Fletcher III, « *Privatizing Securities Disputes Through the Enforcement of Arbitration Agreements* », 71 MINN. L. REV. 393, 454 (1987).

²⁵⁵³ P. BROIDA, « *A Guide to Federal Labor Relations Authority Law & Practice* », FED. LAB. REL. AUTH. L. & PRAC. Ch. 6, II, E (Grounds For Review.) (1995).

de l'ordre public²⁵⁵⁴ est donc, bien que dans des proportions différentes, commun aux deux systèmes.

1394. En effet, en matière de détermination de l'existence d'un droit, la différence de conception de l'ordre public a eu des conséquences importantes qui ont amené les deux systèmes à diverger. Le droit américain écartait traditionnellement l'arbitrabilité de la question de la validité du *copyright* car il s'agit d'une question relevant de l'intérêt public²⁵⁵⁵. En effet, tout litige en la matière pourrait porter atteinte au fonctionnement du *Copyright Office* car il s'agit d'un service public en charge de délivrer les titres²⁵⁵⁶. Le Septième Circuit a renversé cette solution dans l'arrêt *Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc.*²⁵⁵⁷ car aucune disposition légale n'interdit à un arbitre de statuer sur cette question. L'arrêt *Spinelli v. NFL*²⁵⁵⁸ a retenu en 2015 que les domaines ne faisant pas l'objet d'une interdiction expresse par le législateur peuvent être soumis à un arbitrage. Le droit français adopte la même solution et n'interdit pas la résolution d'un litige portant sur l'existence du droit. Il sera par conséquent possible de saisir un arbitre de l'intégralité d'un litige portant sur l'application du droit d'auteur français et du *copyright* américain à un hyperlien.

1395. La question des droits moraux constitue en revanche une ligne de divergence entre les deux ordres publics. Le droit français interdit en effet la saisine d'une juridiction arbitrale pour résoudre une question portant sur un droit moral²⁵⁵⁹ car il constitue un droit inaliénable de l'auteur²⁵⁶⁰. La question se posera rarement aux Etats-Unis et le fait d'écarter les dispositions éparses - telles que le VARA ou la section 43(a) du *Lanham Act* - assurant une équivalence fonctionnelle au droit moral ne constituera pas une violation de l'ordre public. Les arbitres pourront donc statuer sur les équivalents fonctionnels du droit moral en droit américain. Le droit français implique par conséquent une démarche en deux temps requérant la saisine du juge pour les questions de droits moraux, et autorisant le recours à un arbitre

²⁵⁵⁴ R. DI BROZOLO, « *Arbitrage commercial international et lois de police* », Académie de droit international La Haye, Recueil de cours 355, 2005, p. 289.

²⁵⁵⁵ *Kamakazi Music Corp. v. Robbins Music Corp.*, 684 F.2d 228 (2d Cir.1982).

²⁵⁵⁶ M. FRIOCOURT, « *Arbitrage et propriété intellectuelle* », in Archives de Philosophie du Droit, 52, 2009, p. 255.

²⁵⁵⁷ *Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc.*, 816 F.2d 1191, 1987 U.S. App. LEXIS 5059, 2 U.S.P.Q.2D (BNA) 1499, Copy. L. Rep. (CCH) P26,092, 1987-1 Trade Cas. (CCH) P67,537 (7th Cir. Ind. 1987).

²⁵⁵⁸ *Spinelli v. NFL*, 96 F. Supp. 3d 81, 2015 U.S. Dist. LEXIS 40716, Copy. L. Rep. (CCH) P30,747, 2015-1 Trade Cas. (CCH) P79,121 (S.D.N.Y. 2015).

²⁵⁵⁹ J.B. RACINE, « *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* », LGDJ, 1999, n°98.

²⁵⁶⁰ Article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle.

pour les questions relevant des droits patrimoniaux. Cette complexité risque de dissuader les parties de saisir un arbitre lorsque leurs droits sont violés si la contrefaçon implique un droit moral, car il sera impératif de saisir un juge étatique. Le recours à l'arbitrage n'est donc véritablement pertinent que lorsque la contrefaçon implique uniquement des droits patrimoniaux. Cependant, une fois la violation des droits moraux établie par le juge étatique, l'arbitre peut établir les conditions de la réparation du préjudice à cette prérogative²⁵⁶¹. La complexité induite par cette division aura souvent pour conséquence d'inciter les parties à ne pas recourir à un arbitrage lorsque le litige porte notamment sur une violation des droits moraux.

1396. Enfin, il est possible de statuer sur les questions relevant du droit pénal par le recours à un arbitre. À défaut, l'arbitre serait considéré comme complice de l'infraction²⁵⁶² en France. Le droit américain ne s'oppose pas au recours à l'arbitrage en matière pénale²⁵⁶³. Cependant, les sanctions pénales américaines sont restreintes en matière de *copyright*. Il est donc peu probable qu'elles aient vocation à s'appliquer. En France en revanche, les contrefaçons sont punies pénalement et il sera par conséquent possible de recourir à un arbitrage pour statuer en la matière. Cette possibilité n'aura généralement pas de véritable conséquence car, comme nous le verrons ci-dessous, les juges ne condamnent pas les contrefaçons commises par des hyperliens par des peines de prison ferme²⁵⁶⁴. En matière de contrefaçons commises par des hyperliens cette solution doit être approuvée car elle permet aux arbitres de statuer sur l'intégralité du préjudice et donne à l'arbitrage toute sa pertinence.

1397. Les deux systèmes protègent donc les intérêts de l'État mais la France va plus loin en assurant également le respect des intérêts des parties. Cette recherche du respect des intérêts des parties doit être comprise de façon plus globale encore.

B) La protection des parties

²⁵⁶¹ B. OPPETIT, « *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur* », in Arbitrage et propriété intellectuelle, IRPI, Litec, 1994, p. 130.

²⁵⁶² D. CHILSTEIN, « *Arbitrage et droit pénal* », Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage, 1, 19 mai 2009.

²⁵⁶³ *Int'l Union of Elec. Workers v. Otis Elevator Co.*, 314 F.2d 25 (2d Cir.).

²⁵⁶⁴ Voir ci-dessous n°1449 s.

1398. Le recours à la procédure d'arbitrage assure en principe une protection des parties (1), mais elle présente des défauts limitant son intérêt (2).

1) Le principe de la protection des parties

1399. L'arbitrage permet de retirer des tribunaux étatiques les conflits relevant de l'internet et permet aux internautes de réguler eux-mêmes l'internet et d'assurer la liberté du réseau²⁵⁶⁵. Ces avantages, qui participent au succès de l'arbitrage, sont renforcés par l'obligation de respecter certaines garanties des parties que sont la rapidité et la flexibilité.

1400. Tout d'abord, les arbitres sont tenus de résoudre le conflit dans un délai rapide. Cette règle est conforme au principe de l'article 22(1) de la Chambre de Commerce Internationale. Il s'agit de l'un des intérêts principaux amenant à recourir à un arbitrage pour un litige portant sur un hyperlien. Les droits français et américains se conforment à ce principe mais ils adoptent des méthodes différentes afin d'inciter les arbitres à statuer rapidement.

1401. Le délai est fixé par défaut à six mois en droit français²⁵⁶⁶ et il peut être prorogé par un accord des parties²⁵⁶⁷. Les parties doivent participer à l'effort en agissant avec célérité²⁵⁶⁸. Le droit américain en revanche n'a pas introduit de principe général de vélocité dans le *Uniform Arbitration Act*. Le principe de vélocité irrigue cependant la loi uniforme américaine. Ainsi, la procédure de *discovery* - c'est à dire de recherche des preuves - est limitée²⁵⁶⁹ et la question de la validité de l'accord portant sur l'arbitrage doit être résolue rapidement²⁵⁷⁰. En outre, les parties peuvent demander un *expedited order*²⁵⁷¹ obligeant les arbitres à statuer rapidement. Les philosophies des deux droits convergent donc sur le principe de vélocité de l'arbitrage,

²⁵⁶⁵ S. HONG, « *The Digital Millenium Copyright Act and Protecting Individual Creative Rights : A Proposal for On-Line Copyright Arbitration* », 2 Cardozo Online J. Conf. Res. 110, décembre 2000.

²⁵⁶⁶ Article 1463 du Code de procédure civile.

²⁵⁶⁷ Civ. 2^e, 1^{er} juin 1994, D. 1994.50, note CHARTIER.

²⁵⁶⁸ Article 1464 alinéa 3 du Code de procédure civile.

²⁵⁶⁹ *Uniform Arbitration Act* (2000) Section 17(c).

²⁵⁷⁰ *Grad v. Wetherholt Galleries*, 660 A.2d 903 (D.C. 1995); *Wallace v. Wiedenbeck*, 251 A.D.2d 1091, 674 N.Y.S.2d 230, 231 (N.Y. App. Div. 1998); *Burke v. Wilkins*, 507 S.E.2d 913 (N.C. Ct. App. 1998); *In re MHI P'ship, Ltd.*, 7 S.W.3d 918 (Tex. Ct. App. 1999).

²⁵⁷¹ *Uniform Arbitration Act* (2000) section 22.

mais le droit français l'encadre de façon plus rigide que le droit américain. L'approche américaine est intéressante car elle permet d'adopter des délais raisonnables selon les spécificités de chaque litige, alors que le délai de 6 mois pour un litige concernant un hyperlien pourrait dans certaines hypothèses apparaître démesurément long.

1402. En outre, face à l'urgence²⁵⁷² qui caractérisera souvent les litiges concernant les hyperliens, la loi modèle UNCITRAL²⁵⁷³ - qui est dénuée de valeur obligatoire - suggère que les arbitres prennent des mesures provisoires afin de limiter le préjudice. Les droits français et américain ont adopté la même solution. L'article 1468 du Code de procédure civile adopte en effet une approche libérale laissant les arbitres décider *in concreto* de la nécessité de recourir à une telle mesure. La loi modèle américaine adopte une solution similaire à la section 8(b) en laissant aux arbitres la possibilité d'ordonner des mesures provisoires. En général les arbitres prononcent des mesures provisoires ou conservatoires lorsqu'il existe un risque de réalisation d'un dommage significatif imminent et irréparable²⁵⁷⁴. Une telle mesure pourra s'avérer pertinente en matière d'hyperliens car il y a lieu d'agir rapidement afin de ne pas compromettre définitivement le marché de l'ayant droit.

1403. Une fois la sentence rendue, le juge arbitral pourra prendre des mesures pour que sa sentence soit applicable immédiatement afin de limiter le plus vite possible l'accès à une œuvre et éviter la disparition de l'état de rareté artificielle. La sentence arbitrale est assortie de l'exécution provisoire²⁵⁷⁵ conformément aux règles régissant le droit commun étatique français²⁵⁷⁶. Ces mesures seront particulièrement pertinentes en droit français. En effet, l'exécution provisoire est conditionnée en France à l'exequatur du premier président ou du conseiller de la mise en l'état de la Cour d'appel qui peut l'arrêter, l'aménager ou l'ordonner²⁵⁷⁷. En outre, les mesures d'exécution forcées ne pourront être effectuées qu'après

²⁵⁷² Civ. 2e, 13 juin 2002, no 00-20.077 ; § 8(b)(2) du Uniform Arbitration Act.

²⁵⁷³ Article 17 de la loi modèle de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985).

²⁵⁷⁴ H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRÉ, « Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso, 2012, p. 262.

²⁵⁷⁵ Article 1484 du Code de procédure civile.

²⁵⁷⁶ Article 1479 du Code de procédure civile pour les arbitrages nationaux et article 1500 du Code civil pour les arbitrages internationaux.

²⁵⁷⁷ Article 1497 du Code de procédure civile ; H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRÉ, « Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso, 2012, p. 327.

exequatur devant le Tribunal de Grande Instance²⁵⁷⁸. Aux Etats-Unis en revanche le contrôle du juge n'est pas obligatoire, mais il est possible notamment pour les mesures temporaires²⁵⁷⁹.

1404. Enfin, l'arbitrage s'avère efficace car la convention de New York du 10 juin 1958 harmonise la reconnaissance des sentences dans 146 États²⁵⁸⁰, dont les États de l'Union Européenne et les Etats-Unis. Cette possibilité est particulièrement pertinente pour les ayants droit. En effet, le caractère ubiquitaire de l'internet requiert une facilité de reconnaissance des sentences arbitrales qui permettra d'assurer le respect du droit d'auteur et du *copyright* dans la très grande majorité des États. Il est encore plus facile d'obtenir la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère que d'un jugement d'un tribunal étranger²⁵⁸¹, ce qui facilite la coordination internationale en matière de droit d'auteur. Le recours à l'arbitrage permettra en outre de résoudre plus simplement les litiges impliquant des étrangers²⁵⁸². Cela permet notamment de prendre en compte les différences juridiques inhérentes aux systèmes d'origine des parties²⁵⁸³.

1405. L'arbitrage sera donc souvent bénéfique et protecteur des parties. Cependant, ce type de procédure, s'il se développe, reste encore d'usage relativement circonscrit à cause des limites qui lui sont inhérentes.

2) Les limites à la protection des parties

1406. Les intérêts des parties sont tout d'abord limités par le coût de l'accès à l'arbitrage et par le manque de contrôle étatique sur les décisions. En effet, l'arbitrage ne constitue pas un mode gratuit de résolution des conflits. Les parties sont ainsi tenues de rémunérer les arbitres et, si besoin est, des experts ainsi que leurs conseils. Ainsi, alors que la saisine d'un juge

²⁵⁷⁸ Article 1487 du Code de procédure civile.

²⁵⁷⁹ §18 *Uniform Arbitration Act* (2000).

²⁵⁸⁰ H.-J. NOUGEIN, Y. REINCHARD, P. ANCEL, M.-C. RIVIER, P. GENIN, « *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale* », Litec, 2004, p. 33.

²⁵⁸¹ H.-J. NOUGEIN, Y. REINCHARD, P. ANCEL, M.-C. RIVIER, P. GENIN, « *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale* », *ibidem.*, p. 34.

²⁵⁸² OMPI, « *Why Arbitration in Intellectual Property ?* », accessible à <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/why-is-arb.html> (dernier accès: 6 novembre 2015).

²⁵⁸³ Résolution A/31/98, Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

étatique est gratuite en France²⁵⁸⁴ et constitue un coût raisonnable aux Etats-Unis²⁵⁸⁵, la saisine d'une juridiction arbitrale pourra coûter entre 500 et 10.000 dollars²⁵⁸⁶, voire plus. L'arbitrage n'assure donc pas un libre accès à toutes les parties, et de tels coûts risquent de dissuader les parties de recourir à un arbitrage pour des litiges concernant des hyperliens.

1407. Enfin, en introduisant des mécanismes arbitraux d'exécutions des décisions, les procédures arbitrales retirent les solutions des litiges des contrôles étatiques²⁵⁸⁷. Des solutions illégales risquent ainsi d'être prises et peuvent créer une pratique qui sera suivie jusqu'à la saisine d'un juge. Cette situation a été rencontrée aux Etats-Unis, notamment pendant les années 1990, car certains litiges concernant des hyperliens ont été résolus par des accords entre les parties. Or, ces accords s'avéraient particulièrement favorables aux ayants droit car ils conféraient des prérogatives que les juges étatiques n'auraient pas reconnu. Ainsi, la première affaire américaine en matière d'hyperliens, *The Washington Post Company v. Total News*²⁵⁸⁸, les parties ont conclu un accord transactionnel largement favorable à l'auteur qui lui permettait d'interdire la création de liens cadres vers ses œuvres²⁵⁸⁹. Or, un juge étatique - comme l'a démontrée la jurisprudence ultérieure - n'aurait pas interdit la création de liens cadres sur le fondement du *Copyright Act*. Il ne s'agit en l'espèce pas d'un arbitrage mais d'un accord, mais la problématique se vérifie en cas d'arbitrage à défaut de contrôle par un juge. Le recours à l'arbitrage pourra donc déboucher sur des décisions contraires à ce que les juges auraient retenu.

1408. L'arbitrage présente en outre deux limites qui risquent de dissuader les ayants droit et les internautes d'y recourir. Tout d'abord, les arbitres ont tendance à statuer en faveur de la partie qui les a saisis, et ils condamnent généralement au paiement de dommages et intérêts à

²⁵⁸⁴ Services du Premier Ministre, « *Saisine du Tribunal de grande instance (TGI)* », Service-public.fr, accessible à <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F20851> (dernier accès: 20/09/2016).

²⁵⁸⁵ La saisine d'un juge fédéral en matière civile s'élève à 400 dollars. Voir « *Fee Schedule* », USDC Southern District of California, accessible à : <https://www.cacd.uscourts.gov/court-procedures/filing-procedures/schedule-fees> (dernier accès : 20/09/2016).

²⁵⁸⁶ « *Alternative Dispute Resolution Techniques* », Business Laws, Inc., May 2003, 2.005.

²⁵⁸⁷ T. SCHULTZ, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne* », Bruylant, 2005, p. 524.

²⁵⁸⁸ *Washington Post Company v. Total News, Inc.*, 97 Civ. 1190 (S.D.N.Y., plainte enregistrée le 20 février 1997) ; F.C. GOMEZ, « *Washington Post Company v. Total News, Inc.* », Berkeley Tech. L.J., janvier 1998.

²⁵⁸⁹ Ce litige n'a pas été résolu par arbitrage mais par un accord transactionnel qui fait également partie de la catégorie des modes alternatifs de résolutions des conflits. Le même risque pèse donc également sur l'arbitrage.

hauteur de la moitié de ce qui était demandé²⁵⁹⁰. Les arbitres sont donc particulièrement conditionnés et rencontrent des difficultés à se défaire de l'accroche qui leur a été proposée - c'est à dire des éléments qui leur ont été communiqués en premier. Il ne s'agit donc pas d'une méthode de résolution des conflits pleinement satisfaisante.

1409. En outre, l'arbitrage risque de ne pas être toujours pertinent en matière de droit d'auteur. En effet, le droit d'auteur est avant tout un droit *erga omnes*²⁵⁹¹ visant à assurer le maintien d'un monopole artificiel. Il a donc besoin de décisions publiques afin de dissuader les tiers de commettre des contrefaçons. La dimension *inter partes* de l'arbitrage - ainsi que le caractère secret des sentences arbitrales - ne sera donc pas toujours pertinente pour les ayants droit.

1410. Eu égard aux limites que nous venons d'exposer, il y a lieu d'approuver les contrôles de la légitimité des décisions arbitrales²⁵⁹². Il est possible d'étendre la possibilité, offerte en droit européen et américain, de recourir à des questions préjudicielles aux juges. En effet, les tribunaux arbitraux européens peuvent déjà saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne²⁵⁹³ d'une question préjudicielle dans la mesure où elles constituent des juridictions des États membres. Ainsi, les parties ne se verraient pas opposés des solutions *contra legem*. La majorité des États américains connaît un mécanisme similaire appelé *certified questions*²⁵⁹⁴. Il nous paraît souhaitable qu'en cas de doute, comme cela peut être le cas sur certains points en matière de liens, les arbitres puissent poser des questions aux juridictions étatiques.

1411. En outre, bien que l'arbitrage soit une justice s'élaborant en dehors d'une juridiction, la valeur de la sentence arbitrale dépend d'une sentence exécutoire prononcée par la justice étatique²⁵⁹⁵. Cela assure un contrôle par une entité étatique d'une décision déléguée à des entités privées, comme cela est le cas pour les notifications aux créateurs automatiques de

²⁵⁹⁰ S. FRANCK, « *Inside the Arbitral Mind* », conférence à Columbia University, 27 octobre 2015.

²⁵⁹¹ M. FRIOCOURT, « *Arbitrage et propriété intellectuelle* », in *Archives de Philosophie du Droit*, 52, 2009, p. 246.

²⁵⁹² T. SCHULTZ, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne* », Bruylant, 2005, p. 520 s.

²⁵⁹³ CJUE, réf., 13 févr. 2014, aff. C-555/13.

²⁵⁹⁴ J.I. BRAUN, « *A Certification Rule for California* », 36 *Santa Clara L. Rev.* 935, 1996.

²⁵⁹⁵ France : M. FRIOCOURT, « *Arbitrage et propriété intellectuelle* », in *Archives de Philosophie du Droit*, 52, 2009, p. 223.

Etats-Unis : §19 *Uniform Arbitration Act* (2000).

liens dont les décisions sont susceptibles de recours - et donc de contrôle - devant les autorités étatiques. Ce recours au contrôle étatique nous semble relever d'une bonne justice.

1412. Les faiblesses de l'arbitrage peuvent être contournées par le recours à d'autres moyens alternatifs de résolution des conflits. Les Etats-Unis ont ainsi introduit un système de médiation en ligne dès 1996²⁵⁹⁶. L'internaute peut contacter le *Online Ombuds Office* créé par l'Université du Massachusetts. L'organisme a ainsi servi de médiateur dans le litige en procédant à des échanges par emails²⁵⁹⁷. Cette médiation permet de résoudre un litige en un mois. En dehors de l'espace occidental, Singapour a été le premier pays à développer ce système baptisé e@dr en 2000. Un juge ou une personne nommée par le tribunal endosse le rôle de médiateur et aide à la résolution du litige en ligne. La France reste en retrait en la matière bien que le Tribunal de Grande Instance de Paris notamment développe la médiation.

1413. Les modes alternatifs de résolution des conflits pourront être pertinents mais il est nécessaire, afin que l'État de droit soit préservé, que des procédures judiciaires restent accessibles et puissent contrôler ces décisions prises hors la vue du juge.

Paragraphe 2 : Les injonctions

1414. L'article 44 de l'accord ADPIC, que les Etats-Unis et l'Union Européenne ont ratifié, introduit la possibilité de recourir à des injonctions. Cependant, cette disposition se trouve limitée à l'importation de contrefaçons matérielles et n'a donc pas vocation à s'étendre aux injonctions concernant des contrefaçons en ligne et notamment aux hyperliens. Il n'y a donc aucune harmonisation internationale de la réglementation des injonctions appliquées aux créateurs d'hyperliens. Les droits européen et américain ont ainsi pu adopter des méthodologies convergentes afin de protéger les auteurs contre les contrefaçons.

²⁵⁹⁶ G. KAUFMAN-KOHLER, « *Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice* », Kluwer Law, 2004, p. 21.

²⁵⁹⁷ Online Ombuds Narrative I, 1996, www.ombuds.org/narrative1.html.

1415. Le législateur américain a été le premier à introduire des injonctions contre les *service providers* avec le DMCA. Alors que les *injunctions* existaient déjà aux Etats-Unis²⁵⁹⁸, le Congrès a établi des règles *ad hoc* en matière d'*injunctions* visant les créateurs automatiques de liens. Malgré l'existence du précédent américain, le législateur européen n'a pas pris position sur les modalités des injonctions. Les États membres de l'Union Européenne avancent par conséquent en ordre dispersé.

1416. Le droit américain a donc introduit différents types d'injonctions alors que le droit européen a adopté une approche unique (I). Malgré les divergences de méthodes, les deux systèmes se rejoignent dans la mesure où les juges sont tenus par des conditions relativement strictes (II).

I) Les différents types d'injonction

1417. Le droit américain a introduit une dichotomie inconnue des droits européen et français, en distinguant entre les injonctions de droit commun envoyées aux créateurs de liens manuels (A), et les injonctions envoyées aux créateurs de liens automatiques (B).

A) Les injonctions aux créateurs de liens manuels

1418. Les créateurs de liens manuels ne jouissent pas de régimes *ad hoc* relatifs aux injonctions et sont donc placés sous le régime de droit commun. Les modalités selon lesquelles les juges européens et américains peuvent prononcer de telles mesures varient.

1419. La différence entre les deux systèmes n'est pas importante en ce qui concerne le principe des injonctions. En effet, la section 502 du *Copyright Act* dispose que les juges peuvent prononcer des *injunctions* permanentes ou temporaires selon les modalités qu'ils estiment raisonnables. L'objectif des *injunctions* est de prévenir ou de limiter la contrefaçon

²⁵⁹⁸ 17 U.S.C. 502(a).

d'une œuvre protégée. Le droit européen est en revanche assez confus sur la question. En effet, le considérant 45 de la directive 2000/31/CE dispose dans la version anglaise que les États membres doivent prévoir des *injunctions* afin de lutter contre les actes illicites. Les actes de contrefaçon sont donc inclus, permettant aux deux droits de converger. Il s'agit d'ordres pouvant être prononcés par des juges ou par une administration, permettant d'obtenir l'arrêt ou que soit prévenue une contrefaçon, notamment par le blocage de l'accès à un contenu. Une injonction peut donc être envoyée à un créateur de liens. La directive ne précise cependant pas de procédures à suivre pour ordonner les injonctions alors même que les rédacteurs européens se sont inspirés du DMCA américain pour rédiger la directive. Il est donc surprenant que le législateur européen n'ait pas précisé les dispositions à suivre pour prononcer une injonction. La version française traduit cette notion par des « actions en cessation », alors que la version italienne parle de *azioni inibitorie* - c'est à dire d'actions dissuasives - et la version croate a opté pour une terminologie très vague (*sudskog naloga*) laissant les juges libres de suivre la procédure qu'ils estiment la plus adaptée. Les différentes versions contiennent des conceptions différentes de l'action offerte par le législateur européen.

1420. Les juges américains ont un pouvoir discrétionnaire pour prononcer les *injunctions*. Cependant, les juges ordonnent généralement les *injunctions* lorsqu'il existe un dommage irréparable et que l'ayant droit a agi rapidement²⁵⁹⁹. Le droit américain a donc introduit un seuil particulièrement élevé pour les auteurs bloquant en partie l'accès au juge. L'article 18 de la directive 2001/29/CE précise quant à lui que les États membres doivent assurer aux auteurs des mesures d'injonctions afin de protéger leurs droits. Il n'a pas précisé de seuil de tolérance ni de pouvoir discrétionnaire des juges. Cette solution est inspirée notamment du droit allemand qui connaissait déjà un mécanisme similaire avant l'entrée en vigueur de la directive²⁶⁰⁰. L'article 9 de la directive 2004/48/CE n'est pas plus précis et se contente d'enjoindre les États membres de prévoir des mesures d'injonctions « à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin sont couvertes par la directive 2001/29/CE²⁶⁰¹ ». L'article 11 de la directive 2004/48/CE dispose que les États membres doivent permettre aux juges d'ordonner

²⁵⁹⁹ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », Lexisnexis, 6^e édition, 2014, p. 462.

²⁶⁰⁰ P. SIRINELLI, « *Propos introductifs, synthèse des contributions internationales* », in *L'internet et le droit français, européen et comparé de l'internet*, acte du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris 1 les 25 et 26 septembre 2000, Légipresse, 2001, p. 224.

²⁶⁰¹ Article 9-1(a) de la directive 2004/48/CE.

une injonction à l'égard d'un contrefacteur afin d'interdire la poursuite d'une contrefaçon. L'injonction doit pouvoir être demandée à l'égard des « intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, sans préjudice de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE ». Étant donné que les critères ne sont pas précis, l'Union Européenne a pris le risque que les États adoptent des solutions peu harmonisées. En droit français, les procédures de requête et d'ordonnance de droit commun auront vocation à s'appliquer.

1421. Cependant, la procédure d'injonction française - constituée par la requête - diverge profondément de l'*injunction* américaine. En effet, une procédure sur requête constitue avant tout une décision provisoire²⁶⁰². Cette approche s'avère conforme à la jurisprudence de la CJUE²⁶⁰³ qui a interdit les mesures sans limite dans le temps. La mesure d'*injunction* américaine peut en revanche être une mesure définitive. Madame Mireille Imbert-Quaretta a proposé, dans son rapport sur les Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne²⁶⁰⁴, d'introduire une injonction de retrait prolongé d'une durée maximale de 6 mois. Cette proposition va dans le même sens que le rapport publié par le Conseil d'État en septembre 2014²⁶⁰⁵ - qui cite par ailleurs le rapport de Madame Imbert-Quaretta - mais elle n'a toujours pas été formellement introduite en droit français. Le droit français n'a donc pas introduit d'injonction au sens du droit américain. Il connaît en revanche des procédures permettant d'assurer un haut niveau de protection des auteurs. L'objectif du législateur est donc atteint, mais il aurait été plus efficace d'adopter des règles communes afin de faciliter la saisine d'autres juges en Europe.

1422. L'article 8.3 de la directive 2001/29/CE a en outre fait l'objet d'une seconde transposition en droit français à l'occasion de laquelle a été introduit l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle²⁶⁰⁶. La particularité de l'injonction introduite par la loi de 2009 - qu'elle partage avec la section 512(j) du *Copyright Act* - est qu'elle peut être opposée à

²⁶⁰² Article 493 du Code de procédure civile. Elle avait une durée de 12 mois dans l'affaire *Allostreaming* (Voir Cass. civ. 1^e, 19 juin 2008 : JCP G 2008, II, 10171, note Ch. HUGON ; Comm. com. électr. 2008, comm. 99).

²⁶⁰³ CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. SABAM, BEA Video, BEA Music, ISPA* ; CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal SA c. Ebay Int. AG*.

²⁶⁰⁴ M. IMBERT-QUARETTA, « *Rapport sur les Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne* », Rapport à la Ministre de la culture et de la communication, mai 2014, 6.

²⁶⁰⁵ Conseil d'État, « *Rapport annuel 2014 : Le numérique et les droits fondamentaux* », 2014, p. 304.

²⁶⁰⁶ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », *op. cit.*, n°1105 et 1106.

une personne tierce à l'acte contrefaisant²⁶⁰⁷. L'action est en outre plus largement ouverte qu'une action en contrefaçon. En effet, l'action en injonction peut être exercée par une entité ne pouvant saisir un juge d'une action en contrefaçon. Une organisation professionnelle peut ainsi avoir recours à une injonction²⁶⁰⁸. Une partie de la doctrine²⁶⁰⁹ a fait remarquer que cette ouverture pouvait avoir pour conséquence d'entrer en conflit avec le principe selon lequel nul ne plaide par procureur. Cette critique apparaît cependant faible étant donné que ce principe n'interdit pas d'être représenté, mais uniquement de plaider par un intermédiaire sans révéler son identité. Au contraire, l'implication des organisations professionnelles doit être encouragée car elle permet aux auteurs de se focaliser sur la création et non pas sur la gestion de leur rente. La procédure d'injonction française devra en outre être contradictoire²⁶¹⁰ comme la procédure américaine²⁶¹¹.

1423. Le manque d'harmonisation européen en matière d'*injunction* est, paradoxalement, partagé avec les Etats-Unis malgré l'existence d'une loi unique. Il existe en effet une divergence entre les différents *Circuits*, c'est à dire les différentes Cours d'appel fédérales²⁶¹². Devant les Deuxième et Neuvième *Circuits*, les *preliminary injunctions* peuvent être prononcées dès lors que le titulaire de droits apporte la preuve qu'il est probable que sa demande soit acceptée par un tribunal. Il en ira de même s'il existe des questions assez sérieuses sur le mérite de l'affaire pour qu'il s'agisse d'un fondement juste²⁶¹³ pour une audience, et qu'un examen du dossier tendrait vers son accueil²⁶¹⁴. Les autres *Circuits* appliquent d'autres tests, mais ils se rejoignent tous sur le critère du dommage irréparable. Ce critère sera généralement rempli dès lors que l'ayant droit démontre qu'il a une réelle chance

²⁶⁰⁷ C. CARON, « Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur », in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Lexisnexis, 2014, p. 107.

²⁶⁰⁸ Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012 : Légipresse 2012, n°298, p. 560, note C. ALLEAUME ; TGI Paris, 28 novembre 2013, n°11/60013.

²⁶⁰⁹ C. CARON, « Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur », in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Lexisnexis, 2014, p. 113.

²⁶¹⁰ Cons. const., déc. 10 juin 2009, n°2009-580 DC, 38.

²⁶¹¹ Cinquième Amendement de la Constitution américaine.

²⁶¹² M.A. LEAFFER, « Copyright Law », *op. cit.*, p. 463.

²⁶¹³ « Fair ground » (traduction libre).

²⁶¹⁴ *Paramount Pictures Corp. v. Carol Pub'l Group*, 11 F.Supp. 2d 329 (2d Cir. 1998), aff'd 181 F.3d 83 (2nd Cir. 1999).

de succès de sa demande²⁶¹⁵. Ce critère est beaucoup moins protecteur que celui adopté par la directive 2001/29/CE qui permet aux juges d'ordonner une injonction dès lors que les droits des auteurs sont lésés. Le seuil européen sera beaucoup plus facilement atteint que celui du dommage irréparable. Le droit européen permet aux États membres d'introduire des mesures de requête,²⁶¹⁶ mais il ne requiert pas des États membres qu'ils introduisent des mesures spécifiques pour les créateurs de liens manuels.

1424. La divergence entre les deux systèmes s'élargit encore à l'analyse des exceptions. En effet, le dommage irréparable ne sera pas retenu en droit américain lorsque l'ayant droit a toléré la contrefaçon pendant une durée prolongée²⁶¹⁷, ou lorsque le dommage est simplement *de minimis*²⁶¹⁸, ou encore lorsque le défendeur n'avait pas conscience de commettre une contrefaçon à cause de l'absence de notice de *copyright*²⁶¹⁹. Les droits européen et français ne connaissent pas l'exception *de minimis* et ne tiennent pas compte, conformément à la convention de Berne, d'une notice de droit d'auteur²⁶²⁰. La question de la durée prolongée est également indifférente²⁶²¹ étant donné que les ayants droit disposent d'un délai de prescription de 10 ans²⁶²² au cours duquel ils sont libres de saisir le juge. La pratique converge cependant partiellement vers le droit américain car les juges français ont tendance à se montrer plus sévères avec les demandeurs peu réactifs.

1425. Enfin, les deux droits divergent sur la prise en compte de conceptions holistes lors du prononcé d'une mesure visant à lutter contre la contrefaçon. En effet, les juges américains pourront refuser l'*injunction* s'ils estiment que cela aurait des effets négatifs sur la société. Il en est allé ainsi dans l'arrêt *Betamax*²⁶²³ car il a été retenu qu'une *injunction* priverait le

²⁶¹⁵ *Educ. Testing Serv. v. Katzman*, 793 F.2d 533, 543-44 (3rd Cir. 1986) ; *Hasbro Bradley, Inc. v. Sparkle Toys, Inc.*, 780 F.2d 189, 192 (2d Cir. 1985) ; *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 1254 (3rd Cir. 1983) ; M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », *op. cit.*, p. 462.

²⁶¹⁶ C. CARON, « *Le blocage de sites contrefaisants une nouvelle fois devant la Cour de Justice de l'Union Européenne* », *Communication commerce électronique* n°5, mai 2014, com. 43.

²⁶¹⁷ *Bourne Co. v. Tower Records*, 976 F.2d 99 (2d Cir. 1992) ; *Feiner & Co., Inc. v. Turner Entm't Co.*, 98 F.3d 33 (2d Cir. 1996).

²⁶¹⁸ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », *ibidem.*, p. 463.

²⁶¹⁹ *Belushi v. Woodward*, 598 F. Supp. 36, 37 (D.D.C. 1984).

²⁶²⁰ Article 5(2) de la convention de Berne.

²⁶²¹ CA Paris, ch. corr., 22 décembre 1977 : *Gaz. Pal.* 1978, 1, jurispr. P. 123 ; CA Paris, 4^e ch., 26 juin 1996 : *RIDA* oct. 1997, p. 250.

²⁶²² Article 2270-1 du Code civil ; P.-Y. Gautier, « *Propriété littéraire et artistique* », PUF, 3^e édition, 1999, n° 434.

²⁶²³ 480 F. Supp. 429, 464 (C.D. Cal. 1979), *rev'd*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981, *rev'd*, 464 U.S. 417 (1984)).

public d'une technologie susceptible d'utilisations licites. Il serait dès lors possible qu'un juge refuse l'*injunction* à un nouveau type de lien en retenant qu'il risquerait de priver le public d'une technologie susceptible d'utilisations licites. Les juges européens ne se sont pas reconnus une telle liberté. La jurisprudence européenne sera donc plus prévisible qu'elle ne pourra l'être aux Etats-Unis, mais elle s'adaptera de façon moins satisfaisante aux contingences sociales.

1426. La difficulté à obtenir une *injunction* en droit américain est patente face à la facilité d'obtenir son équivalent fonctionnel en droit français. Cela permet néanmoins d'ajouter un autre niveau de protection inconnu du droit français en limitant les *remedies* - c'est à dire les recours judiciaires - afin de mieux protéger les créateurs automatiques de liens. Il nous semble que l'équilibre se trouve néanmoins rompu en faveur des créateurs automatiques de liens à cause des difficultés trop nombreuses pour que soit prononcée une *injunction*.

1427. Les *injunctions* constituent le dernier remède des ayants droit. En effet, elles ne sont prononcées que lorsque les dommages et intérêts ne s'avèrent pas pertinents²⁶²⁴. Elles jouent en revanche un rôle de premier plan pour les liens automatiques.

B) Les injonctions aux créateurs de liens automatiques

1428. Les créateurs automatiques bénéficient de régimes de responsabilité *ad hoc* aux Etats-Unis ainsi qu'en Europe. Le législateur américain renforce leur liberté d'entreprendre par un système dual en matière d'injonctions qu'a rejeté le législateur européen. Le droit américain limite en effet les *injunctions* si les créateurs automatiques de liens respectent les dispositions de la section 512(d) (1). En revanche, s'ils s'écartent du *safe harbor*, un autre régime leur sera applicable (2).

1) Les créateurs de liens bénéficiant des régimes de responsabilité limité

²⁶²⁴ M.A. LEAFFER, « *Copyright Law* », *ibidem.*, p. 463.

1429. Les droits américains et européen s'accordent pour autoriser les juges à prononcer des injonctions aux créateurs automatiques de liens bien que les deux systèmes protègent tout particulièrement leur liberté d'entreprendre. Cependant, alors que le droit européen - et notamment le droit français - n'introduisent pas de procédure *ad hoc* pour les injonctions adressées aux créateurs automatiques de liens, le droit américain pousse la logique entrepreneuriale à son terme en assurant un régime spécial des *injunctions* pour les créateurs automatiques de liens respectant les dispositions de la section 512 du *Copyright Act*.

1430. La section 512(j)(1)(B) du *Copyright Act* américain introduit en effet un type d'*injunction* particulière applicable aux *service providers* bénéficiant des *safe harbors* de la section 512. Ces injonctions sont par conséquent applicables aux créateurs automatiques de liens²⁶²⁵. Le considérant 45 de la directive e-commerce ne suggère pas l'introduction d'une procédure *ad hoc* pour les créateurs automatiques de liens. Il n'y a donc pas d'obligation en droit européen d'adopter une injonction particulière pour les créateurs automatiques de liens respectant les dispositions de la directive e-commerce. Cette absence de *summa divisio* est cohérente car le législateur européen n'avait pas prévu de régime *ad hoc* de responsabilité pour les créateurs automatiques de liens. La loi française a pris acte de cette absence. L'article 6-I-8 de la LCEN française permet ainsi aux ayants droit de saisir le juge en référé ou sur requête, afin qu'il prenne « toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ». Il s'agit certes d'une disposition spéciale qui aura vocation à déroger aux règles de droit commun conformément à l'adage *specialia generalibus derogant*. Cependant, cette règle ne constitue qu'un rappel des règles du droit commun. Il y a donc une règle spéciale reprenant la règle de droit commun. Le droit français diverge donc du droit américain dans la mesure où il ne limite les injonctions lorsque les créateurs de liens ont respecté les dispositions de la LCEN.

1431. Pour les *service providers* bénéficiant des dispositions du *safe harbor* du DMCA, les juges sont limités à deux possibilités pour les *injunctions*. La première²⁶²⁶ ne concerne que les sessions d'utilisateurs contrefaisant et n'est donc pas applicables aux liens automatiques. La

²⁶²⁵ La section 512(j)(1)(A)(ii) est relative à la fermeture du compte d'un internaute coupable de contrefaçon et n'est donc pas applicable aux liens.

²⁶²⁶ 17 U.S.C. 512(j)(1)(B).

seconde trouve en revanche à s'appliquer aux créateurs automatiques de liens qui auront respecté les conditions de la section 512(d) du *Copyright Act*. Les juges pourront ordonner au créateur automatique de liens de mettre un terme à l'accès au contenu contrefaisant. Le créateur automatique de liens pourra donc recevoir l'ordre de prendre des mesures raisonnables pour bloquer l'accès à un site précis²⁶²⁷ et identifié. Ce critère de précision est partagé avec le droit européen. En effet, dans l'arrêt *Scarlet*²⁶²⁸, les juges ont retenu qu'une mesure générale violerait « l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part ». Dès lors, même si les deux droits n'adoptent pas la même méthode, ils se rejoignent sur le principe de la précision de l'injonction.

1432. En revanche, la section 512(j)(1)(B) du *Copyright Act* limite les *injunctions* aux sites internet se trouvant en dehors du territoire des Etats-Unis²⁶²⁹. En effet, il n'est pas possible de requérir d'un juge américain de bloquer un site internet étranger²⁶³⁰. La *foreign site provision* permet donc de limiter l'accès à une contrefaçon située sur un site étranger en imposant au créateur automatique de liens de ne pas offrir l'accès au site visé. Ainsi, un site se trouvant sur un serveur situé à l'étranger est hors de portée pour le juge américain, qui ne pourra donc pas demander sa suppression, et sera limité à la possibilité d'ordonner une *injunction* afin d'interdire l'accès depuis le territoire américain. Les droits européen et français ne connaissent pas cette limitation. Le droit français sera cependant confronté aux mêmes difficultés mais la LCEN ne prend pas expressément position sur la question. Elle aura cependant souvent l'occasion d'opter pour un mécanisme similaire à celui prévu par le DMCA à cause du principe d'effet territorial des décisions judiciaires. Les deux droits convergent sur ce point mais, alors que le droit américain explique expressément que les décisions judiciaires ne peuvent avoir d'effet extraterritorial, le droit français le sous-entend.

1433. Les régimes applicables sont donc largement protecteurs des créateurs automatiques de liens. Le droit américain se montrera cependant plus sévère avec les créateurs

²⁶²⁷ « *Specific* » (traduction libre).

²⁶²⁸ CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. SABAM, BEA Video, BEA Music, ISPA*, 49.

²⁶²⁹ 17 U.S.C. 512(j)(1)(B)(ii).

²⁶³⁰ T.R. HAMBIDGE, « *Containing Online Copyright Infringement : Use of the Digital Millenium Copyright Act's Foreign Site Provision to Block U.S. Access to Infringing Foreign Websites* », 60 *Van. L. Rev.* 905, Avril 2007, 908.

automatiques de liens qui n'auront pas respecté les dispositions de la section 512(d) du *Copyright Act*.

2) Les créateurs de liens ne bénéficiant pas des régimes de responsabilité limité

1434. La section 512(j)(1)(A) prévoit, à l'inverse de la LCEN française, un régime spécial applicable aux *service providers* ne bénéficiant pas des *safe harbors* de la section 512 du *Copyright Act*. Il y a donc l'idée d'appliquer un régime plus dur aux créateurs automatiques de liens n'ayant pas respecté les dispositions de la section 512(d) sans pour autant peser trop lourdement sur leur liberté d'entreprendre.

1435. Les juges pourront interdire aux créateurs automatiques de liens de fournir l'accès aux contenus contrefaisants se trouvant à un emplacement précis sur le réseau du *service provider*²⁶³¹. Cette disposition est d'application plus large que celle réservée aux créateurs automatiques de liens ayant respecté les dispositions du *safe harbor*. En effet, le critère des mesures raisonnables pour empêcher l'accès est écarté, ce qui signifie que des mesures non raisonnables pourront être ordonnées. En outre, le critère de la précision d'un site internet identifié localisé en dehors des Etats-Unis a été écarté. Les juges pourront ainsi interdire l'accès à un contenu situé sur un site particulier en ligne, indépendamment de sa localisation. Cette mesure permet de rééquilibrer la balance des intérêts entre les auteurs et les créateurs automatiques de liens. En effet, si les *service providers* ne respectent pas les dispositions du *safe harbor*, cela signifie que la balance des intérêts a trop penché en leur faveur et que les ayants droit sont lésés. Il convient par conséquent de prendre les dispositions nécessaires, même si elles s'avèrent lourdes pour les créateurs automatiques de liens, afin de rétablir l'équilibre. Le droit français ne prévoit pas une telle mesure de rééquilibrage car les créateurs automatiques de liens jouent un rôle dans la lutte contre la contrefaçon et sont des quasi-juges. La conception française est plus dure avec les créateurs automatiques de liens et ne reconnaît pas le statut de contrefacteur innocent ou négligent. La dichotomie américaine, qui a par ailleurs sa pertinence, n'aurait donc pas eu de sens dans le système français.

²⁶³¹ 17 U.S.C. 512(j)(1)(A)(i).

1436. En outre, les juges pourront également prononcer toutes les mesures nécessaires pour prévenir ou limiter la contrefaçon d'œuvres protégées, permettant au droit américain de converger partiellement vers le droit français. Il s'agit d'un véritable renversement par rapport au régime applicable aux créateurs automatiques de liens ayant respecté les dispositions du *safe harbor* qui bénéficient de mesures édictées limitativement. Le législateur américain a cependant introduit un contrôle des *injunctions*. Ces mesures devront ainsi être précisées dans l'acte judiciaire et ne seront valables que pour un emplacement précis en ligne. En outre, la mesure imposée devra être la moins *burdensome* - qui peut être traduit par pénible ou onéreux - pour le créateur automatique de liens parmi les différentes mesures efficaces pour lutte contre la contrefaçon litigieuse²⁶³². Cette souplesse du droit américain rejoint celle du droit français²⁶³³. Le juge français pourra en effet prescrire en référé ou sur requête « toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ». Les deux droits laissent par conséquent le juge relativement libre afin qu'il puisse apporter la réponse la plus adaptée à chaque situation, et que les moyens à disposition des parties ne deviennent pas obsolètes.

1437. Chacun système, avec sa logique et sa cohérence, vise donc à assurer un équilibre entre la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens et les intérêts des ayants droit. Le rééquilibrage s'avère plus ou moins dur pour les créateurs automatiques de liens selon la violation des intérêts des auteurs. Les droits français et américain ont pris en compte l'évolution permanente des techniques de l'internet et des variations de sa perception par les sociétés américaines et européennes. Ils ont par conséquent établi des critères souples permettant aux juges de s'adapter de la façon la plus satisfaisante possible aux situations auxquelles sont confrontées les créateurs automatiques de liens.

II) Le contrôle des injonctions

1438. Les deux droits contrôlent le respect de l'équilibre des intérêts en présence (A), qui doivent en outre se conformer au principe de proportionnalité (B).

²⁶³² 17 U.S.C. 512(j)(1)(A)(iii).

²⁶³³ Article 6-I-8 de la LCEN.

A) L'équilibre des intérêts

1439. La section 512(j) du *Copyright Act* américain précise explicitement les intérêts que les juges devront prendre en compte. Le législateur européen n'a pas établi de liste aussi explicite - la rendant moins prévisible que le droit américain - mais la jurisprudence a permis une convergence des deux droits.

1440. Il sera ainsi nécessaire de contrôler que l'*injunction* ne soit pas trop pénible ni trop onéreuse²⁶³⁴ pour le créateur de lien. Le DMCA adopte explicitement cette règle²⁶³⁵. Cela permet en effet d'assurer le respect de la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens. La CJUE²⁶³⁶ s'est placée dans une perspective similaire en retenant qu'une injonction doit se concilier avec le respect des droits et libertés fondamentaux²⁶³⁷. Ainsi, l'arrêt eBay²⁶³⁸ a retenu sur le fondement de l'article 3 de la directive 2004/48 que les mesures de lutte contre la contrefaçon doivent être équitables, proportionnées, et ne doivent pas être excessivement coûteuses²⁶³⁹. Elle a également retenu que les injonctions ne peuvent établir d'obstacle au commerce légitime²⁶⁴⁰ et à la liberté d'entreprendre²⁶⁴¹. La jurisprudence européenne a ainsi précisé le régime applicable aux injonctions et impose ainsi aux juges de respecter la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens en évitant, comme le droit américain, les mesures trop pénibles. Il en ira ainsi²⁶⁴² notamment lorsque l'injonction se trouve limitée à une obligation de moyen²⁶⁴³. Les moteurs de recherches doivent donc avoir le « soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé de sorte que celui-ci peut choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose ». Le champ d'application des injonctions devra ainsi s'avérer

²⁶³⁴ « *Burdensome* » (traduction libre).

²⁶³⁵ 17 U.S.C.(j)(2)(A).

²⁶³⁶ CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10, Scarlet c. SABAM, BEA Video, BEA Music, ISPA ; CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, L'Oréal SA c. Ebay Int. AG.

²⁶³⁷ CJUE, 29 janvier 2008, aff. 275/06, Promusicae : Propr. Intell. 2008, n°27, p. 239, obs. V.L. BÉNABOU.

²⁶³⁸ CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, L'Oréal SA c. Ebay Int. AG.

²⁶³⁹ E. TREPPOZ, « *Précisions sur le champs spatial et substantiel des injonctions en matière de propriété intellectuelle* », RTD eur. 2012, 957.

²⁶⁴⁰ CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, L'Oréal SA c. Ebay Int. AG.

²⁶⁴¹ CJUE, 24 novembre 2011, CJUE, 16 février 2012.

²⁶⁴² CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12.

²⁶⁴³ Prop. intell., 2014, n°52, p. 290, obs. J.-M. BRUGUIÈRE.

respectueux de la liberté d'entreprendre des moteurs de recherches auxquels elles sont opposées²⁶⁴⁴.

1441. L'allocation des coûts de procédures, et notamment ceux relatifs aux injonctions, constitue un fardeau potentiellement lourd et impactant la liberté d'entreprendre des créateurs de liens. En France²⁶⁴⁵ - à l'inverse des Etats-Unis - il revient non pas à l'intermédiaire tel que le créateur automatique de liens, mais à l'ayant droit, de supporter les coûts de l'injonction²⁶⁴⁶. Le demandeur a par conséquent dû supporter les frais de déréférencement induits par l'injonction. L'approche américaine nous paraît favorable étant donné que certains auteurs ne disposent pas des moyens suffisants pour assurer de tels frais. Le droit français n'est pas pragmatique lorsqu'il traite tous les auteurs de la même façon, c'est à dire comme des commerçants disposant de la surface financière nécessaire pour affronter les dépenses nécessaires au respect de leurs droits, alors que les professions artistiques sont parmi les plus inégalitaires²⁶⁴⁷. Cette allocation des coûts sur les auteurs dissuadera les moins riches de solliciter une injonction. Dès lors, l'état de rareté artificiel de leurs œuvres ne sera pas respecté et leurs créations perdront toute valeur commerciale. Les auteurs n'obtiendront donc pas de revenus et ne seront par conséquent pas incités à créer. Le droit français introduit ainsi un obstacle à l'entrée sur le marché de la création que n'oppose pas le droit américain. Cependant, les frais d'avocats sont particulièrement élevés aux Etats-Unis. L'allocation des frais sur les créateurs automatiques de liens au lieu des ayants droit n'empêche donc pas le droit français d'opposer moins de barrière à l'entrée sur le marché que le droit américain.

1442. Il sera également nécessaire, dans le cadre d'une injonction américaine²⁶⁴⁸, de prendre en considération le dommage subi par l'ayant droit si aucune mesure n'est prise pour empêcher ou limiter la contrefaçon. Cela risque d'inciter les auteurs à attendre que le

²⁶⁴⁴ C. CARON, « *Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur* », in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Lexisnexis, 2014, p. 114.

²⁶⁴⁵ TGI Paris, ord. réf., 28 novembre 2013, n°11/60013.

²⁶⁴⁶ E. TREPPOZ, « *Précisions sur le champs spatial et substantiel des injonctions en matière de propriété intellectuelle* », RTD eur. 2012, 957.

²⁶⁴⁷ P.-M. MENGER, « *Les professions artistiques et leurs inégalités* », in Sociologie des groupes professionnels, La Découverte, 2009, p. 355 s.

²⁶⁴⁸ 17 U.S.C. 512(j)(2)(B).

préjudice soit important avant de saisir le juge²⁶⁴⁹, alors que les auteurs pourront saisir le juge français dès l'apparition de la contrefaçon. En n'adoptant pas cette solution, le régime français incite les ayants droit à être réactifs. Le critère américain devrait être supprimé car il décourage les auteurs à agir rapidement alors même que le droit américain, à l'inverse du droit français, connaît le principe de la *mitigation of damages*²⁶⁵⁰ - c'est à dire l'obligation de prendre des dispositions adéquates afin de minimiser son dommage. De plus, le test risque d'amener les juges à mieux protéger les œuvres ayant la plus grande valeur commerciale²⁶⁵¹ au détriment des autres²⁶⁵². Ce critère pèse indubitablement en faveur de la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens en établissant des barrières trop importantes à l'entrée sur le marché de nouveaux auteurs dont la liberté d'entreprendre se trouve ainsi violée.

1443. De plus, les juges américains devront contrôler que les dispositions de l'*injunction* sont techniquement faisables et efficaces²⁶⁵³ - ce qui protège la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens. Ce critère n'a pas été repris explicitement en droit français. Mais était-il vraiment nécessaire de préciser aux juges qu'ils ne doivent pas ordonner des mesures impossibles et inefficaces ? Le Conseil Constitutionnel²⁶⁵⁴ est venu préciser cette absence et a retenu qu'une injonction sur le fondement de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle ne pouvait prévoir que des mesures « strictement nécessaires à la préservation des droits²⁶⁵⁵ » des auteurs, c'est à dire uniquement des mesures efficaces. La Cour de cassation²⁶⁵⁶ a cependant procédé à une lecture souple de ce critère en retenant que

²⁶⁴⁹ T.R. HAMBIDGE, « *Containing Online Copyright Infringement : Use of the Digital Millennium Copyright Act's Foreign Site Provision to Block U.S. Access to Infringing Foreign Websites* », 60 Van. L. Rev. 905, Avril 2007, 919.

²⁶⁵⁰ L. KING FORSTMAN, « *Mitigating Damages : Reasonable Versus Unreasonable Actions* », février 2004, Winter 2004 ATLA-CLE 269.

²⁶⁵¹ H.R. 2180, The On-line Copyright Liability Limitation Act and H.R. 2281, The WIPO Copyright Treaties Implementation Act: Hearing Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property, 105th Cong. (1997) (statement of Michael K. Kirk, Executive Director, American Intellectual Property Law Association) (*The proportionality test compares the ISP costs to block an infringing site with the copyright holders expected losses, with more valuable works therefore being more worthy of an injunction.*).

²⁶⁵² T.R. HAMBIDGE, « *Containing Online Copyright Infringement : Use of the Digital Millennium Copyright Act's Foreign Site Provision to Block U.S. Access to Infringing Foreign Websites* », 60 Van. L. Rev. 905, Avril 2007, 919.

²⁶⁵³ 17 U.S.C. 512(j)(2)(C).

²⁶⁵⁴ Cons. Const., déc. 10 juin 2009, n°2009-580 DC : JO 13 juin 2009, p. 9675 ; D. 2009, 2045, note L. MARINO.

²⁶⁵⁵ 38.

²⁶⁵⁶ Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n°11-15165 et 11-15188 : à défaut l'obligation de surveillance serait disproportionnée par rapport au but poursuivi.

l'efficacité pouvait ne pas être absolue dans le cas d'une injonction relative à l'arrêt de référencement.

1444. En outre, les juges américains doivent contrôler que leurs injonctions n'auront pas de conséquence sur l'accès à des contenus licites se trouvant à d'autres emplacements sur l'internet. Cela permet d'assurer le respect des intérêts des internautes. La jurisprudence européenne²⁶⁵⁷ s'est ainsi placée dans une perspective similaire à la solution américaine en retenant que les injonctions doivent être prononcées dans le respect de la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, c'est à dire la liberté d'information des internautes²⁶⁵⁸.

1445. Les deux systèmes ont donc en grande partie convergé sur l'établissement de régimes visant à respecter les intérêts des ayants droit, des créateurs automatiques de liens ainsi que des internautes. Cependant, des affirmations rigides ne permettraient pas à elles seules d'assurer un équilibre satisfaisant entre les trois intérêts. Les deux systèmes appliquent par conséquent un test de proportionnalité.

B) Le test de proportionnalité

1446. Le second ensemble est constitué par le critère de proportionnalité. En effet, les juges américains²⁶⁵⁹ devront contrôler qu'il existe d'autres moyens moins pénibles et moins onéreux pour les créateurs automatiques de liens et qui soient également efficaces afin d'empêcher ou de limiter l'accès aux contrefaçons. Une solution similaire est en vigueur au sein de l'Union Européenne. En effet, la jurisprudence de la CJUE a retenu, depuis l'arrêt *Promusicae*²⁶⁶⁰, une solution similaire²⁶⁶¹. En filigrane, c'est la liberté de l'article 16 de la Charte de Nice, c'est à

²⁶⁵⁷ CJUE, aff. C-360/10, 16 février 2012, *SABAM c. Netlog* ; CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. SABAM, BEA Video, BEA Music, ISPA* ; CJCE, aff. C-275/06, 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España SAU* ; CJUE, aff. C-324/09, 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*.

²⁶⁵⁸ CJUE, aff. C-314/12, 27 mars 2014, *UPC Telekabel wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktion*.

²⁶⁵⁹ 17 U.S.C. 512(j)(2)(D).

²⁶⁶⁰ CJCE 29 janv. 2008, *Promusicae*, C-275/06, D. 2008. 480, obs. J. Daleau.

²⁶⁶¹ CJUE, aff. C-360/10, 16 février 2012, *SABAM c. Netlog* ; CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *SABAM c. BEA Video, BEA music, ISPA* ; CJUE, aff. C-360/10, 16 février 2012, *SABAM c. Netlog* ; CJCE, 29 janvier 2008, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU* ; CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal SA c. Ebay Int. AG* ;

dire la liberté d'entreprendre, que visent les juges²⁶⁶². Les deux droits visent donc à protéger la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens.

1447. Le contrôle de proportionnalité s'avère nécessaire car les injonctions de bloquer des sites peuvent présenter des effets disproportionnés. L'exemple a été donné dans un autre domaine que celui du *copyright* - donc sur un autre fondement que le DMCA - mais le raisonnement pourrait être appliqué en la matière. Le *District Court* de Pennsylvanie a ainsi retenu l'illégalité d'une *injunction* dans l'arrêt *Democracy & Technology v. Pappert*²⁶⁶³ car elle avait pour effet de supprimer plus de contenus que nécessaire pour la protection de l'intérêt gouvernemental protégé²⁶⁶⁴. Il en résultait une violation de la liberté d'expression. L'arrêt *Pappert* a ainsi examiné le filtrage de l'adresse IP - qui est facile à effectuer mais risque de bloquer des sites licites²⁶⁶⁵ - de l'adresse URL - qui permet de ne bloquer que l'adresse URL spécifiée dans l'*injunction* mais constitue la méthode la plus onéreuse de blocage - ainsi que du DNS - qui permet de bloquer l'accès à un site mais s'avère très spécialisé et requiert la création de nouveaux systèmes ainsi que la configuration de nouveaux serveurs DNS. Il est nécessaire d'opter pour la méthode la moins lourde pour les créateurs automatiques de liens. La mesure s'avérait donc disproportionnée et ne pouvait donc pas être ordonnée. La jurisprudence française n'adoptera pas exactement le même raisonnement car les juges refusent de voir un conflit entre la liberté d'expression et le droit d'auteur. Cependant, une mesure pourrait s'avérer disproportionnée par rapport à d'autres intérêts, entraînant l'interdiction de prononcer une injonction.

1448. Les mesures offertes aux ayants droit sont donc relativement circonscrites afin d'assurer les intérêts de toutes les parties. Leur effet dissuasif se trouve donc partiellement limité, d'autant plus que les peines sont relativement clémentes.

CJUE, aff. C-314/12, 27 mars 2014, *UPC Telekabel wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktion*.

²⁶⁶² E. TREPPOZ, « *Précisions sur le champs spatial et substantiel des injonctions en matière de propriété intellectuelle* », RTD eur. 2012, 957.

²⁶⁶³ *Ctr. for Democracy & Tech. v. Pappert*, 337 F. Supp. 2d 606, 639-42 (E.D. Pa. 2004), 655.

²⁶⁶⁴ Il s'agissait en l'occurrence de la lutte contre les agressions sexuelles sur mineurs.

²⁶⁶⁵ Il peut en effet y avoir de nombreux sites référencés à une adresse IP en particulier. Voir *Ctr. for Democracy & Tech. v. Pappert*, 337 F. Supp. 2d 606, 639-42 (E.D. Pa. 2004) 639-641.

Paragraphe 2 : Les sanctions de la contrefaçon par les liens

1449. Le rôle des juges est d'appliquer, à partir des règles édictées par les pouvoirs législatifs et exécutifs, la justice à chaque cas qui leur est présenté. Or, la notion de justice est difficile à définir et le défi numérique ne peut que modifier la perception que l'on s'en fait. Aristote a réfléchi à cette question dans l'Éthique à Nicomaque où il instaure la figure du juge comme centrale à l'affirmation de la justice²⁶⁶⁶. La conception de la justice moderne tient ses racines de l'héritage grec mais elle a évolué. Ainsi, certains philosophes modernes²⁶⁶⁷ du droit ont noté que la justice contemporaine marque une « oscillation significative entre exigence d'humanité et souci d'utilité, éthique de la dignité et logique managériale ». Ces tensions se retrouvent dans les peines prononcées par les juges en matière d'hyperliens.

1450. Le *quantum* des peines, et notamment la valeur des amendes, constitue juridiquement une interdiction plus ou moins gravement sanctionnée par le juge. Il exprime la plus ou moins grande protection de l'intérêt. Économiquement, le *quantum* de la peine constitue un coût supplémentaire pour le contrefacteur²⁶⁶⁸. Ces différentes considérations ont pour conséquence d'établir, entre la peine encourue et la peine prononcée, la catégorie des sanctions prononçables²⁶⁶⁹. Le montant de la peine pénale ou civile participe donc de la dissuasion à commettre des contrefaçons (I).

1451. En outre, la régulation de l'outil nouveau qu'est l'internet ne se satisfait pas des sanctions traditionnelles. Il y aura par conséquent lieu de recourir également à des peines complémentaires (II).

I) Les peines principales

²⁶⁶⁶ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, « *Théorie générale du procès* », PUF, 2010, p. 54.

²⁶⁶⁷ F. OST, « *Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ?* », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, 2002, p. 15 s.

²⁶⁶⁸ R. WATT, « *Copyright and Economic Theory, Friends or Foes* », Edward Elgar Publishing Limited, 2000, p. 139.

²⁶⁶⁹ J. DANET, « *L'évolution des « alternatives aux poursuites » des réponses pénales sans peines ?* », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, vol. XXIV, PUAM, dossier : « *L'évolution de la justice* », p. 61.

1452. Les droits français et américain sanctionnent traditionnellement les contrefaçons par des peines pénales (A) et par des sanctions civiles (B). Cette convergence de principe n'a pas survécu à la rencontre avec les hyperliens.

A) Les peines pénales

1453. Le droit pénal vise à sanctionner les interdits fondamentaux d'une société²⁶⁷⁰. Cette branche du droit reflète donc la place que chaque système attribue aux auteurs. Le droit américain se place dans une perspective holiste et ne concède de droits aux auteurs non pas selon des considérations jusnaturalistes, mais comme accessoire d'une politique culturelle. Le droit français est plus nuancé dans la mesure où le droit d'auteur est né, comme aux États-Unis, comme un outil de stimulation de la création. Cependant, le mouvement romantique a fait émerger la figure de l'auteur et a fini par considérer que le droit d'auteur constitue un droit de l'Homme. Les sanctions pénales varient donc fortement entre les deux systèmes.

1454. Le droit français a rapidement introduit des sanctions pénales du droit d'auteur avec l'introduction du Code pénal de 1810²⁶⁷¹. Le législateur américain a en revanche attendu 1982²⁶⁷² pour introduire les premières sanctions pénales. Les deux droits convergent désormais sur le principe de l'application générale des sanctions pénales. En effet, et contrairement aux sanctions du droit *sui generis*, les sanctions pénales relatives au droit commun du droit d'auteur s'appliquent à toutes les violations en droit français²⁶⁷³ comme en droit américain²⁶⁷⁴.

1455. Cependant, le droit pénal américain est d'application plus restrictive que le droit pénal français. Le droit français sanctionne pénalement « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une

²⁶⁷⁰ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, « *Droit pénal général* », Economica, 16^e édition, 2009, p. 1.

²⁶⁷¹ Articles 425 à 429 du Code pénal de 1810.

²⁶⁷² Pub. L. 97-180, § 3, May 24, 1982, 96 Stat. 92.

²⁶⁷³ Article L. 335-2 du Code pénal.

²⁶⁷⁴ 18 U.S.C. §2319.

contrefaçon et toute contrefaçon est un délit ». L'article semble ainsi ne viser que les actes de contrefaçon par reproduction. Néanmoins, et malgré le principe d'interprétation stricte du droit pénal²⁶⁷⁵, cette disposition est d'application générale²⁶⁷⁶. Les contrefaçons des droits de reproduction et de représentation seront par conséquent sanctionnées pénalement. En revanche, la section 2319 du *Penal Code* établit des conditions strictes pour l'opposition de sanctions pénales. La section 2319(b) effectue un renvoi à la section 505(a)(1)(A) du *Copyright Act* qui limite les sanctions pénales aux personnes commettant volontairement des contrefaçons dans un objectif lucratif ou pour obtenir des gains financiers privés²⁶⁷⁷. Sera également pénalement sanctionné le fait de reproduire ou de distribuer, pendant une période de 180 jours, une ou plusieurs copies d'au moins une œuvre protégée par le *copyright*, dont la valeur globale est supérieure à 1.000 dollars²⁶⁷⁸. Le contrefacteur engage également sa responsabilité pénale lorsqu'il distribuera une œuvre protégée à destination d'un public dans un but lucratif pour l'ayant droit, en rendant l'œuvre accessible sur un réseau informatique pour les membres du public, si le défendeur savait ou avait des raisons de savoir que l'œuvre devait être distribuée dans un cadre commercial. En outre, l'œuvre créée dans un but de distribution commerciale est limitée aux programmes informatiques, aux œuvres musicales, aux films ou autres œuvres audiovisuelles, ainsi qu'aux enregistrements audio²⁶⁷⁹. Le droit américain limite donc fortement les sanctions pénales par rapport au droit français. En outre, alors que les sanctions pénales peuvent punir des contrefaçons des droits moraux, le *Copyright*²⁶⁸⁰ exclut expressément toute sanction des violations des droits moraux.

1456. Cette distinction est néanmoins cohérente. En effet, le droit d'auteur français s'inscrit dans une approche jusnaturaliste considérant que les prérogatives des auteurs sont sacrées. Il est par conséquent logique de sanctionner toutes les contrefaçons. Aux Etats-Unis en revanche l'objectif du *copyright* est uniquement d'inciter à la création. Le droit pénal se contente par conséquent d'interdire les actes de contrefaçon qui présentent le plus grand effet dissuasif pour la création. Il est donc logique que le droit pénal américain sanctionne pénalement uniquement les contrefaçons d'œuvres les plus onéreuses. En effet, si le marché d'un livre est

²⁶⁷⁵ L. THOMAS, « *L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l'aune des mutations de la légalité criminelle* », RSC 2014, 892.

²⁶⁷⁶ E. DREYER, « *Procédures et sanctions* », Lexisnexis, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1610, 15 mars 2015, 24 s.

²⁶⁷⁷ 17 U.S.C. §506(a)(1).

²⁶⁷⁸ 17 U.S.C. §506(a)(2).

²⁶⁷⁹ 17 U.S.C. §506(a)(3).

²⁶⁸⁰ 17 U.S.C. §506(f).

réduit à néant par la contrefaçon, l'auteur n'a perdu que des investissements relativement limités. En revanche, les budgets de développement d'un logiciel ou d'un film dépassent généralement le million de dollars. Le risque est donc plus grand en cas de disparition du marché et l'effet dissuasif de la contrefaçon sur ce type d'œuvre est particulièrement important. C'est cette logique que le législateur a suivie lorsqu'il a limité les sanctions pénales de la contrefaçon des autres œuvres à un montant de 1.000 dollars car, au-delà de ce seuil, l'effet dissuasif est considéré comme trop important. Le droit américain présente donc l'intérêt de prendre en considération les particularités des processus de création dans la sanction de la contrefaçon. Il y a cependant peu de chance qu'un ayant droit sollicite l'application des dispositions pénales en droit américain pour un hyperlien, et les juges américains - à la différence des juges français²⁶⁸¹ - n'ont jamais condamné pénalement l'établissement d'un lien vers une contrefaçon.

1457. La sévérité du champ d'application du droit pénal français est nuancée par le caractère plus doux de ses peines. En effet, l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle punie de 3 ans de prison et de 300.000 euros d'amende la contrefaçon. Aux Etats-Unis le contrefacteur encourt une peine de 5 ans de prison ainsi qu'une peine d'amende s'il est un primo-délinquant commettant une contrefaçon d'au moins 10 copies d'une œuvre protégée, pour une valeur d'au moins 2.500 dollars pendant une période de 180 jours. Le *quantum* de la peine sera de 10 ans de prison ainsi qu'une amende si le défendeur est en état de récidive ou s'il a commis une *felony* - c'est à dire le type d'infraction le plus grave²⁶⁸².

1458. L'application du droit pénal français est en outre adoucie par la circulaire de politique pénale en matière de contrefaçons²⁶⁸³. Elle encourage en effet à procéder à des mesures de compositions pénales. Cette procédure permet aux procureurs de ne pas être limités entre le choix d'un classement sans suite ou d'une procédure judiciaire²⁶⁸⁴. Ce choix permet par conséquent un renforcement de l'arsenal judiciaire. Le procureur pourra ainsi mettre un terme à la violation de l'ordre social en procédant notamment - avec l'accord des parties - à une médiation, ou en proposant des alternatives à la sanction pénale. Les sanctions pénales

²⁶⁸¹ TGI Saint-Étienne, 6 décembre 1999, 3561/1999 ; TGI Épinal, 24 octobre 2000, 1981/2000 ; CA Paris, 7 janvier 2003, RG :02/06470.

²⁶⁸² Voir notamment *Cal. Penal Code* §16 (puni de la peine de mort ou une peine d'emprisonnement) ; Connecticut : C.G.S.A. § 53a-25 (punissable d'au moins un an de prison).

²⁶⁸³ Bulletin Officiel du Ministère de la Justice, 95, CRIM 2004-09 G3/09/08/2004, 9 août 2004, accessible à <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/3-dacg95b.htm> (dernier accès: 19/09/2016).

²⁶⁸⁴ J.-P. CÉRÉ, « *Composition pénale* », D. droit pénal et procédure pénale, octobre 2014, 3.

françaises ont donc un effet dissuasif et auront rarement vocation à s'appliquer. Cette approche est sans doute préférable étant donné que les maisons d'arrêt françaises - dans lesquelles sont envoyés les personnes condamnées à une peine de moins de 2 ans de prison - sont surchargées²⁶⁸⁵. En outre, il n'est pas évident que l'opinion publique voit d'un bon œil l'enfermement de contrefacteurs lorsque certaines peines pour vol encourant également 3 ans d'emprisonnement ne sont pas effectuées. Dès lors, et eu égard à la nécessité d'allouer les ressources pénitentiaires françaises de la façon la plus efficace possible, nous considérons qu'il y a lieu d'adhérer à l'approche de la circulaire de politique pénale en matière de contrefaçons.

1459. La jurisprudence française a donc rarement prononcé des sanctions pénales en matière de contrefaçons par des hyperliens, et les juges américains n'y ont jamais eu recours. Les sanctions ont donc un effet avant tout dissuasif. La jurisprudence a, malgré les apparences, durci sa réponse pénale. En effet, le TGI de Saint Etienne²⁶⁸⁶ avait condamné en 1999 à des peines de 2 mois et 3 mois d'emprisonnement avec sursis pour l'établissement de liens vers des contrefaçons. La jurisprudence²⁶⁸⁷ postérieure a prononcé des peines de prison avec sursis jusqu'en 2003. Un seul arrêt²⁶⁸⁸ isolé a prononcé en 2011 une peine de prison avec sursis après cette date. Des peines d'amende ont également été prononcées²⁶⁸⁹ après 2003 pour des montants compris entre 5.000²⁶⁹⁰ et 6.000 euros²⁶⁹¹. Cette évolution n'a pas marqué un affaiblissement de la réponse pénale mais bien un durcissement. En effet, la peine avec sursis n'était pas appliquée dès lors que la personne condamnée ne réitère pas la même infraction pendant 5 ans pour une contrefaçon²⁶⁹². La peine d'amende a en revanche vocation à s'appliquer à la suite de la décision judiciaire. En appliquant une peine certaine, la jurisprudence se montre plus dure et plus dissuasive.

²⁶⁸⁵ Sénat, « *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France* », tome 1, n°499, 29 juin 2000.

²⁶⁸⁶ TGI Saint-Étienne, 6 décembre 1999, 3561/1999.

²⁶⁸⁷ TGI Épinal, 24 octobre 2000, 1981/2000 ; CA Paris, 7 janvier 2003, RG :02/06470.

²⁶⁸⁸ CA Paris, 22 mars 2011, SPPF, SCPP c. Mubility et autres, Legalis.

²⁶⁸⁹ AMENDE : CA Aix en Provence, 10 mars 2004, 04/192 ; TGI Paris, 31^e ch., 20 juin 2006, Emmanuel F. c. SACEM, SDRM, Legalis.

²⁶⁹⁰ CA Aix en Provence, 10 mars 2004, 04/192.

²⁶⁹¹ TGI Paris, 20 juin 2006, Emmanuel F. c. SACEM, SDRM, Legalis.

²⁶⁹² Article L. 132-29 et L. 132-35 du Code pénal.

1460. En effet, la peine doit être exemplaire ou apparente afin de dissuader les individus de commettre des infractions. Elle doit être certaine, sévère et prompte²⁶⁹³. La certitude et la célérité²⁶⁹⁴ de la peine ont plus d'influence sur le taux de criminalité que la sévérité de la peine²⁶⁹⁵. Le mouvement de la *deterrence theory* et du *rational choice theory* avec Gary S. Becker²⁶⁹⁶ ont repris ce postulat de Beccaria²⁶⁹⁷. La *deterrence theory* part de l'idée que plus la certitude, la célérité et la sévérité sont grandes et plus elles apparaissent subjectivement lourdes pour les délinquants, ce qui fait baisser le taux de criminalité. L'impression d'anonymat - et donc d'impunité - sur l'internet constitue cependant l'un des principaux freins à l'effet dissuasif des peines pénales car les internautes pensent ne pas pouvoir être retrouvés.

1461. Les droits français et américain ont adopté des méthodes de dissuasion de la contrefaçon très différentes, car le droit américain ne dissuadera pas l'établissement de liens illicites par l'application du droit pénal à l'inverse du droit français. En effet, le *copyright* américain ne dissuade pas les tiers par des sanctions pénales mais par les sanctions civiles.

B) Les peines civiles

1462. Alors que le droit d'auteur français limite les dommages et intérêts au dommage effectif, le droit américain²⁶⁹⁸ autorise l'ayant droit à obtenir non seulement la réparation du dommage subi, mais également des dommages et intérêts légaux et des bénéfices effectués par le contrefacteur. Les dommages et intérêts légaux²⁶⁹⁹ pourront être prononcés si l'œuvre a été enregistrée avant la contrefaçon ou dans les trois mois de la publication de l'œuvre²⁷⁰⁰. Le titulaire du *copyright* peut les demander à tout moment de la procédure à la place des *actual*

²⁶⁹³ P. MORWAN, « *La criminologie est-elle la grande oubliée ?* », in « Le nouveau Code pénal 20 ans après - État des questions », LGDJ, 2014, p. 231.

²⁶⁹⁴ R. PATERNOSTER, « *How much do we really know about criminal deterrence ?* », in *The Journal of criminal law and criminology* 2010, p. 765.

²⁶⁹⁵ BECCARIA, « *Dei delitti e delle pene* », 1764 ; P. MORWAN, « *La criminologie est-elle la grande oubliée ?* », in « Le nouveau Code pénal 20 ans après - État des questions », LGDJ, 2014, p. 231.

²⁶⁹⁶ G.S. BECKER, « *Crime and Punishment : An Economic Approach* », *Journal of Political Economy*, 1974, p. 9.

²⁶⁹⁷ C. BECCARIA, « *Dei delitti e delle pene* », 1764.

²⁶⁹⁸ 17 U.S.C. §504(a).

²⁶⁹⁹ 17 U.S.C. §504(c).

²⁷⁰⁰ 17 U.S.C. §412.

damages et des *profits*. Il peut obtenir entre 750 et 30.000 dollars par contrefaçon. Il obtiendra 150.000 dollars si la contrefaçon a été commise volontairement. Si le contrefacteur ne savait pas et n'avait pas de raison de croire que son acte constituait une contrefaçon, les dommages et intérêts légaux peuvent être d'un minimum de 200 dollars. Les dommages et intérêts sont légaux et ne visent donc pas à prendre concrètement en compte le dommage. Les montants des dommages et intérêts sont donc payés pour chaque œuvre contrefaite, indépendamment du nombre de contrefacteurs²⁷⁰¹. En effet, lorsque l'œuvre est présentée sur un nouveau medium il s'agit toujours de la même œuvre au sens de la section 504 du *Copyright Act*. Les dommages et intérêts punitifs peuvent désormais²⁷⁰² être prononcés lorsque le contrefacteur a commis sciemment une contrefaçon et avec malice. Le droit américain permet donc d'allouer des montants de dommages et intérêts bien supérieurs à ceux prononcés par les juges français et s'avère *a priori* bien plus dissuasif que le droit français.

1463. Cependant, malgré l'arsenal à la disposition des juges américains, les juges français ont prononcé des dommages et intérêts plus souvent que les juges américains. Ainsi, en dehors de l'arrêt *L.A. Times v. Free Republic*²⁷⁰³, les juges américains n'ont pas prononcé de dommages et intérêts mais des *injunctions*. Il est même arrivé, dans l'affaire *Universal Studios v. Reimerdes*²⁷⁰⁴, que les parties abandonnent leurs prétentions relatives aux dommages et intérêts en cours d'instance. La procédure américaine vise donc principalement à obtenir le déréférencement d'un contenu, alors que la procédure française vise également à obtenir un déréférencement, mais également à allouer des dommages et intérêts. Les juges français se sont donc montrés plus sévères. Deux grandes tendances se dégagent en France.

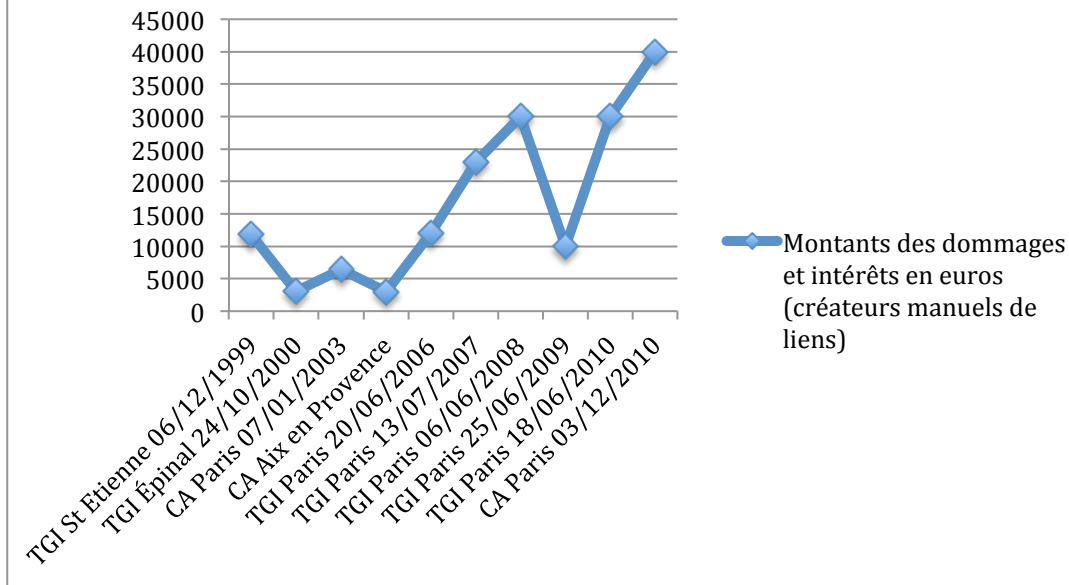
²⁷⁰¹ *Emi Christian Music Grp. v. MP3tunes, LLC*, Nos. 14-4369-cv(L), 14-4509-cv(XAP), 2016 U.S. App. LEXIS 19236 (2d Cir. Oct. 25, 2016), 28.

²⁷⁰² *Blanch v. Koons*, 329 F. Supp. 2d 568, 72 USPQ2d 1063 (S.D.N.Y. 2004).

²⁷⁰³ *L.A. Times v. Free Republic*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 20484, 29 Media L. Rep. 1028, 56 U.S.P.Q.2D (BNA) 1862 (C.D. Cal. Nov. 14, 2000).

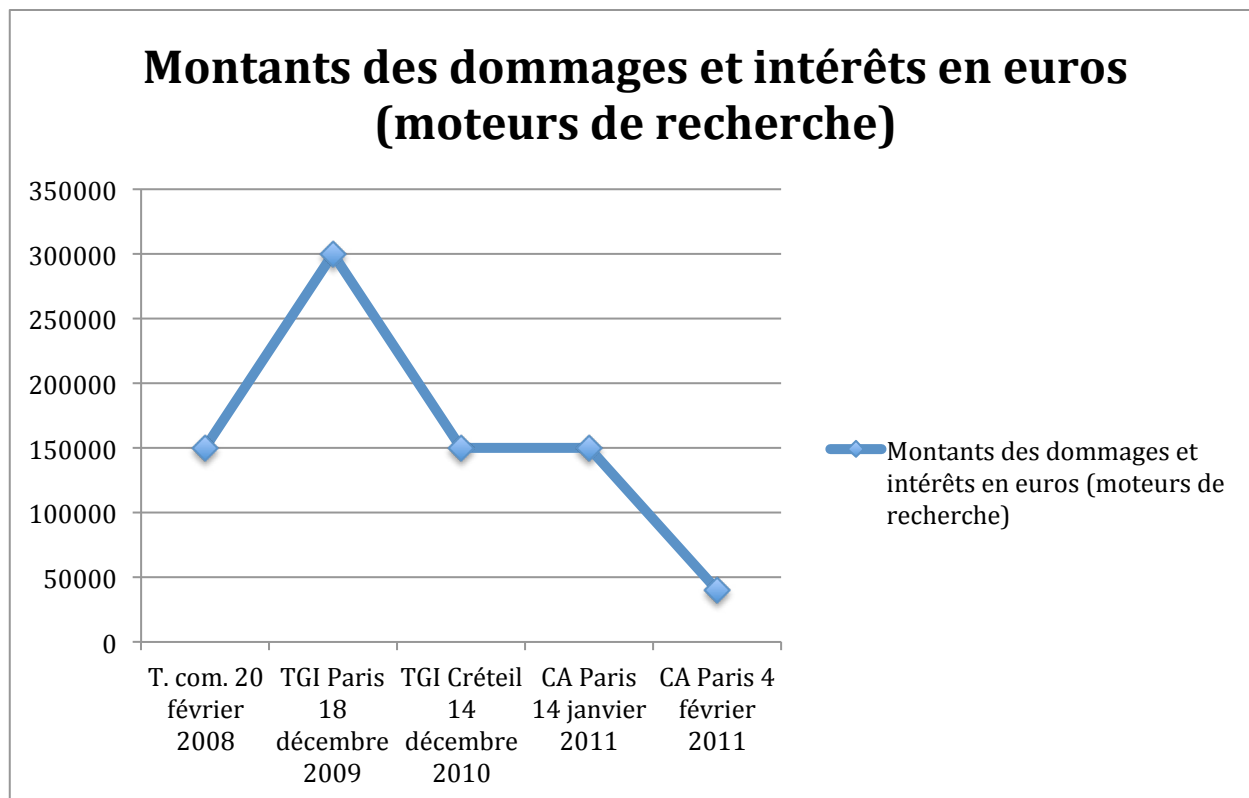
²⁷⁰⁴ *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 82 F. Supp. 2d 211, 2000 U.S. Dist. LEXIS 906, 53 U.S.P.Q.2D (BNA) 1780 (S.D.N.Y. 2000).

Montants des dommages et intérêts en euros (créateurs manuels de liens)



1464. La première est relative aux créateurs manuels de liens (voir graphique ci-dessus). Les montants des dommages et intérêts auxquels ils ont été condamnés se divisent en deux grandes périodes. Entre 1999 et 2006, le montant moyen des dommages et intérêts s'élève à 7.249,80 euros. Par la suite les montants ont fortement augmenté jusqu'à atteindre la somme de 40.000 euros²⁷⁰⁵ pour une moyenne de 26.600 euros sur la période sans que cela ne corresponde à l'inflation.

²⁷⁰⁵ CA Paris, 2^e ch., 3 décembre 2010, Dailymotion c. Zadig Productions et autres, Legalis.



1465. La seconde tendance est relative aux créateurs automatiques de liens (voir graphique ci-dessus). Le montant des dommages et intérêts auxquels ils ont été condamnés était initialement bien plus élevé que pour les créateurs manuels de liens. En effet, en dehors de l'arrêt Aufeminin.com²⁷⁰⁶ qui ne condamne qu'au paiement de la somme de 40.000 euros de dommages et intérêts pour la violation des droits moraux et patrimoniaux par un créateur automatique de liens, le montant des dommages et intérêts oscille entre 150.000 et 300.000 euros. La moyenne des dommages et intérêts se situe par conséquent à 158.000 euros pour les créateurs automatiques de liens. Il n'est pas évident de trancher la question de savoir si la chute du montant des dommages et intérêts avec l'arrêt Aufeminin.com marque une convergence vers le régime des créateurs manuels de liens ou s'il s'agit d'une solution isolée eu égard aux faits de l'espèce.

1466. Il nous semble que la première solution devrait être privilégiée étant donné que la LCEN - à l'inverse du DMCA - n'a pas prévu de condamner les créateurs automatiques de liens à des montants systématiquement plus importants que les créateurs manuels de liens. Le montant moyen des dommages et intérêts payés par les créateurs automatiques de liens devrait cependant rester plus élevés que ceux payés par les créateurs manuels de liens car l'impact sur

²⁷⁰⁶ Cass. civ. 1^e, 12 juillet 2012, n°11-15165 et 11-15188.

le marché de l'auteur est plus grave avec les moteurs de recherche qu'avec les liens manuels. Le préjudice étant plus important, il est cohérent que les juges condamnent à des montants plus élevés de dommages et intérêts.

1467. Le droit américain a adopté la solution inverse. Le DMCA a en effet prévu des sanctions pour les créateurs automatiques de liens inférieures au droit commun afin de les protéger des auteurs²⁷⁰⁷ et de soutenir le développement de l'internet en améliorant la qualité ainsi que la variété des services²⁷⁰⁸. La section 512 limite ainsi les dommages et intérêts au préjudice subi, aux coûts de procédures, aux frais d'avocats ainsi que d'autres formes de paiement²⁷⁰⁹. L'objectif est donc d'offrir une protection aux créateurs automatiques de liens contre le monopole des auteurs²⁷¹⁰. La jurisprudence a effectué une lecture très protectrice des intérêts des créateurs automatiques de liens en recourant aux *injunctons* plus qu'aux dommages et intérêt. Cela permet aux créateurs automatiques de liens de ne pas verser des dommages et intérêts et d'investir leur argent dans le développement d'autres services.

1468. La solution américaine présente le défaut d'offrir un droit de contrefaire à moindre coût aux créateurs automatiques de liens car les dommages et intérêts sont rarement prononcés et les frais relatifs aux *injunctons* restent raisonnables. Cette position se justifie néanmoins car les *service providers* constituent des cibles faciles pour les auteurs. Il s'agit donc d'une contre-réaction aux abus s'étant produits à cause de la théorie de la *deep pocket*²⁷¹¹ qui permet d'engager la responsabilité de l'entité la plus riche afin d'obtenir des dommages et intérêts. En effet, les créateurs automatiques de liens sont plus faciles à repérer et disposent souvent de capitaux supérieurs aux contrefacteurs initiaux. Le DMCA vise par conséquent à limiter les sanctions contre les *service providers*.

1469. Outre les sanctions de droit commun, les ayants droit pourront avoir intérêt à solliciter le prononcé de peines complémentaires.

²⁷⁰⁷ Nimmer, « *Nimmer on Copyright* », Lexisnexis, 2005, vol. 3, §12B.01[C][1].

²⁷⁰⁸ S. Rep. (DMCA), p. 8.

²⁷⁰⁹ 17 U.S.C. 512(k)(2).

²⁷¹⁰ Commerce Rep. (DMCA), p. 49.

²⁷¹¹ *Hearing Before the Subcommittee on Telecommunications, Trade and Consumer Protection*, Serial No. 105-102 (5 juin 1998), à 41.

II) Les peines complémentaires

1470. Il apparaît régulièrement aux juges que les peines relevant de la contrainte physique ou économique ne sont pas toujours les plus efficaces²⁷¹². Il pourra donc s'avérer plus pertinent de prononcer des peines complémentaires.

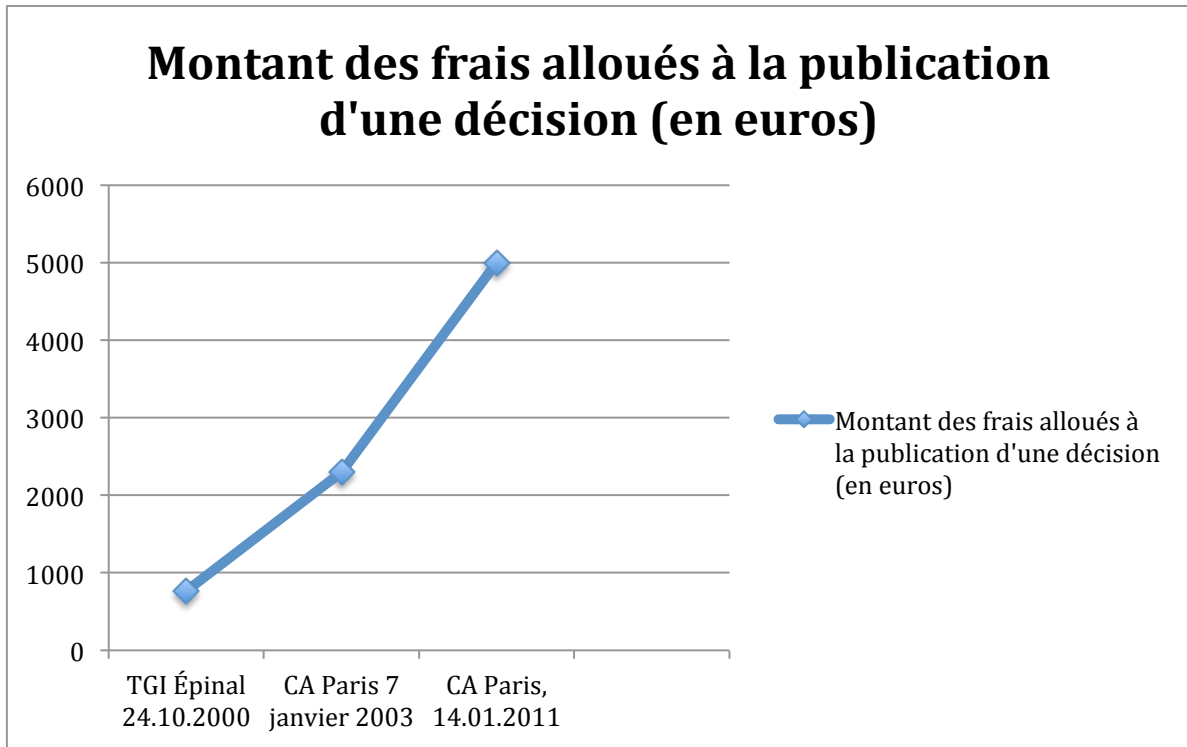
1471. Une peine complémentaire récurrente en droit français²⁷¹³ - et à laquelle les juges américains n'ont pas eu recours - est l'obligation de mentionner le dispositif de la décision les condamnant. Les juges ont régulièrement condamné les créateurs de liens à publier le dispositif dans trois journaux voire sur leurs sites. Une telle pratique est encouragée par une partie de la doctrine car certains auteurs considèrent que la pratique du « *namming and shamming*²⁷¹⁴ » s'avère efficace sur internet. Cette approche est fondée sur la contrainte sociale qui permet de réguler les comportements conformément à l'approbation ou au rejet par la société²⁷¹⁵. L'efficacité de cette méthode est limitée par le caractère anonyme de l'internet. Cependant, les juges ont régulièrement recours à cette méthode en ordonnant la publication de leur décision. Les juges établissent un plafond de dépense pour les publications. Les frais ont considérablement augmenté comme le montre le tableau suivant.

²⁷¹² T. SCHULTZ, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique », *op. cit.*, p. 324.

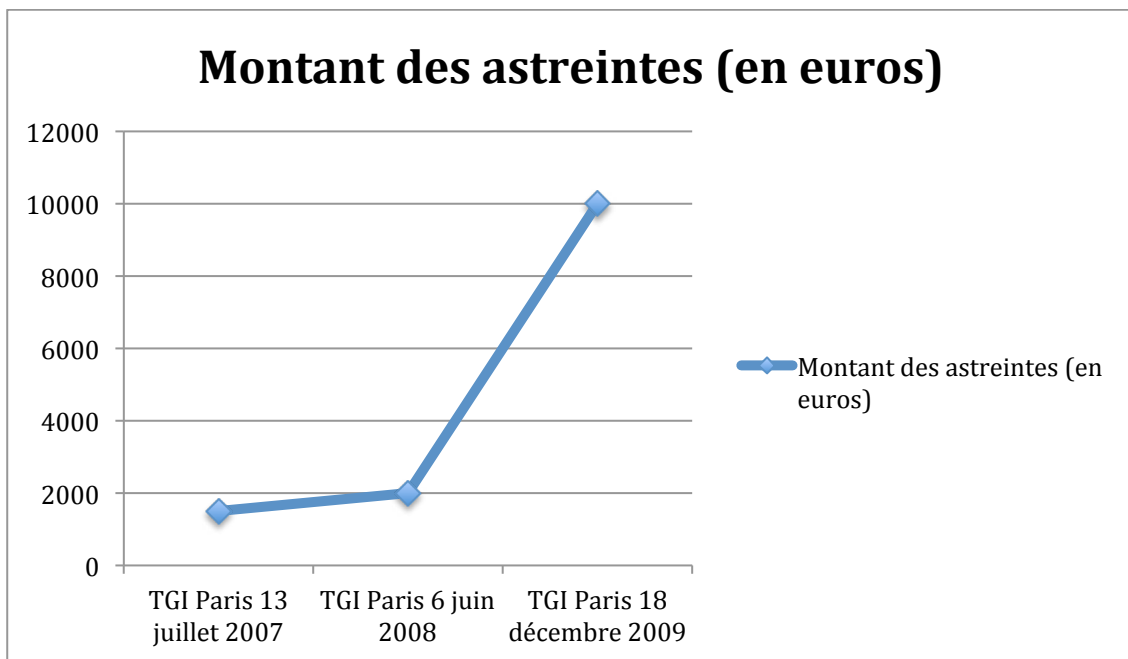
²⁷¹³ TGI Saint-Étienne, 6 décembre 1999, 3561/1999 ; TGI Épinal, 24 octobre 2000, 1981/2000.

²⁷¹⁴ Transatlantic Consumer Dialogue TACD, « *Alternative Dispute Resolution in the Contexte of Electronic Commerce* », Ecom-12-00, février 2000.

²⁷¹⁵ T. SCHULTZ, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique », *op. cit.*, p. 341 - 342.



1472. Les juges français ont également eu recours, à l'inverse des juges américains, à l'astreinte conformément à l'article 11 de la directive 2004/48. Les juges ont également augmenté les montants des astreintes.



1473. Bien que les données soient encore trop rares pour tirer des conclusions certaines, il apparaît qu'un renforcement de la lutte contre la contrefaçon en France est en cours alors que la jurisprudence américaine adopte une approche très favorable aux créateurs automatiques de liens en ne prononçant que rarement le paiement de dommages et intérêts ou de peines complémentaires. Cette solution penche de façon disproportionnée en faveur des créateurs automatiques de liens alors que certains sont devenus des entreprises florissantes n'ayant plus besoin de régimes aussi particuliers pour continuer à développer leurs activités. La liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens ne doit pas justifier, dans un État de droit, la budgétisation de l'illicite.

Conclusion de la seconde partie

1474. La liberté d'entreprendre constitue donc un fondement du droit d'auteur et du *copyright*. Le droit d'auteur français s'en est partiellement détaché avant que le droit de l'Union Européenne ne lui confère le statut de droit au même rang que la liberté d'entreprendre. Dès lors, il n'est plus interdit, comme en droit américain, de procéder à un équilibre entre le droit d'auteur et la liberté d'entreprendre.

1475. Le marché s'avérera généralement insuffisant à pourvoir aux besoins économiques des auteurs si ces derniers se contentent des revenus provenant de l'établissement de liens. Dans une logique de marché, il n'est dès lors pas impératif de renforcer les droits des auteurs face aux créateurs de liens - ce qui limiterait le développement de l'internet ainsi que la communication des idées - dès lors que les gains des auteurs seront limités. Il est en revanche nécessaire d'agir sur deux plans.

1476. Le premier est relatif aux liens illicites. Les droits américain puis européen ont introduit des réglementations particulièrement favorables aux créateurs automatiques de liens et ont exclu les créateurs manuels de liens. Il y aura lieu d'adopter une réponse plus stricte aux contrefaçons commises par les créateurs automatiques de liens étant donné que les algorithmes d'analyse juridique se perfectionnent. Les créateurs automatiques de liens ne pourront plus toujours se cacher derrière un voile d'ignorance. Il serait en outre pertinent d'obliger les créateurs automatiques de liens à adhérer à des mécanismes de financement de la culture tels que ceux existant déjà pour le cinéma, ce qui compenserait les conséquences négatives de liens. La procédure de notification devrait être harmonisée *a minima* au sein de l'Union Européenne et dans l'idéal avec les Etats-Unis et le Canada. Il n'y a en revanche pas lieu d'aboutir à un droit d'auteur universel car cela ne correspondrait à aucune culture et à aucun peuple. Les systèmes de droit international privé doivent donc être maintenus.

1477. Le second est la conséquence de la faiblesse de la rémunération des auteurs par les liens. Il apparaît souhaitable d'introduire une obligation de rémunération du propriétaire du site pointé lorsqu'un lien à but lucratif est établi. La rémunération pourra être effectuée par le

reversement d'une partie des bénéfices d'une publicité présentée à la suite du clic sur le lien. Cela inclurait notamment les principaux moteurs de recherche.

1478. Il y a en outre lieu de lutter contre l'un des principaux scandales de la situation des auteurs qui réside dans la faible rémunération. Il est inacceptable que les plateformes rémunèrent les auteurs, éditeurs et compositeurs environ 7 centimes²⁷¹⁶ une chanson qu'elles vendent 99 centimes. Les économies effectuées par la numérisation par rapport aux supports analogiques ont donc été absorbées par les plateformes. Il ne s'agit que d'un exemple qui nous amène à plaider pour une modification des conditions de marché plutôt que pour une extension infinie du droit d'auteur qui risque d'être sans effet comme a pu l'être le droit *sui generis* des bases de données. Il est donc nécessaire d'introduire plus de concurrence parmi les créateurs automatiques de liens²⁷¹⁷ et d'opter pour plus de transparence dans les montants alloués aux auteurs. Cela permettra également au public de comprendre que les œuvres sont chères non pas tant à cause du droit d'auteur que des intermédiaires. Nous espérons que cette transparence aura pour effet de réhabiliter le droit d'auteur aux yeux des citoyens européens et américains.

1479. Les conditions de marché doivent donc être revues car, à défaut, l'augmentation des prérogatives des auteurs ne résoudra pas le problème de financement de la création et les situations déséquilibrées perdureront.

²⁷¹⁶ B. MANENTI, « Sur iTunes, auteurs, compositeurs et éditeurs se partagent 7 centimes d'euro », Le Nouvel Obs, 2 décembre 2011.

²⁷¹⁷ Nous appelons à ce titre à la création d'un « airbus » du moteur de recherches européen.

Conclusion

1480. Les hyperliens ont constitué un défi pour les droits français et américain que les juges ont su affronter grâce à la capacité d'adaptation du droit d'auteur et du *copyright*. Néanmoins, les liens obligent à repenser le droit d'auteur et le *copyright* en tant que droits applicables non pas à des œuvres accessibles par le truchement d'un support matériel, mais comme des prérogatives *ad hoc* sur des créations intellectuelles et par conséquent immatérielles. Ainsi, loin d'être l'ennemi redouté du droit d'auteur, l'internet a obligé les législateurs et les juges américains, européens et français à le repenser et à le sortir de ses contradictions internes.

1481. La jurisprudence américaine a mieux saisi dans un premier temps que la jurisprudence française les enjeux posés par les hyperliens. Cependant, la stabilité des décisions de la *Common Law* constitue un avantage indéniable du droit américain qui offre ainsi des solutions plus prévisibles. Cette stabilité n'a cependant pas permis une adaptation adéquate du droit étasunien. Le juge européen a en revanche su imposer une évolution des solutions applicables au prix d'un manque de rigueur critiquable²⁷¹⁸.

1482. Les différences d'approches des deux systèmes ont eu des conséquences importantes sur les modalités d'application du droit d'auteur et du *copyright*. Ainsi en matière d'ancres des liens, le droit américain adopte un raisonnement similaire à l'arrêt *Microfor*²⁷¹⁹ en retenant que l'utilisation d'œuvres dans le but de constituer un index relève de l'exception de *fair use* et ne peut donc pas être interdite. Le droit français ne connaissant pas une telle exception il permettra d'engager plus facilement la responsabilité des créateurs de liens. Néanmoins, les ancres des liens sont composées de plusieurs éléments dont certains ne sont pas protégeables dans les deux systèmes, permettant ainsi aux deux systèmes de converger globalement sur le principe de l'absence de protection, d'autant que les exceptions au droit d'auteur et au *copyright* permettent d'écarter dans de nombreux cas l'application de la propriété littéraire et artistique. Le droit français s'est cependant montré plus sévère avec les

²⁷¹⁸ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB* ; CJUE, 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch* ; CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker*.

²⁷¹⁹ Ass. plén. 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Le Monde c. Microfor*, Bull. Ass. plén., n° 4 ; D. 1988. jur. 21, concl. J. Cabannes.

créateurs automatiques de liens que le droit américain car le système d'exceptions fermées n'a pas permis la même adaptation.

1483. Les ensembles de liens peuvent être obtenus à l'issue d'efforts conséquents de la part d'internautes. Ainsi, dans une perspective lockéenne, il est juste de concéder aux créateurs de bases de données de liens un droit sur leur création. Les droits européen et américain ont pourtant divergé sur la question. Le premier a suivi la conception de Locke en introduisant un droit *sui generis* permettant aux internautes de jouir d'un droit de propriété sur les listes de liens constituées grâce à un investissement substantiel. Le droit européen adopte ainsi une approche commerciale opposée au raisonnement de l'arrêt Feist qui écartait l'application du *copyright* aux bases de données non originales. Les deux droits divergent donc sur le critère de protection des bases de données de liens. Outre la protection par des droits de propriété intellectuelle, la France et les Etats-Unis permettent aux créateurs de bases de données de liens de protéger leurs listes par le droit de la responsabilité civile ainsi que le droit des contrats.

1484. Les ancrés pourront être protégés par les droits moraux. Les droits moraux permettront de respecter le cadre intellectuelle que l'auteur a voulu donner à son œuvre et aidera par conséquent le public à se saisir de l'œuvre sans truchement d'un tiers. Étant donné que les droits français et américain divergent profondément sur cette question les traitements seront divergents. Le droit américain n'assure qu'une protection *a minima* des droits moraux ne s'appliquant pas aux hyperliens. Les ayants droit seront donc obligés de recourir au droit des marques qui vise à protéger les acquéreurs contre les fausses origines et au droit de la responsabilité civile qui sanctionne une faute et ne protège pas un droit²⁷²⁰. Cette divergence entre les deux systèmes entraîne une certaine insécurité juridique étant donné que des règles très différentes s'appliquent à un même espace.

1485. Outre les ancrés des liens, le droit d'auteur français et le *copyright* américain ont vocation à s'appliquer aux pointeurs des hyperliens. Les liens ont recours à des copies lorsqu'ils sont activés. Ces copies ne sont pas nécessaires techniquement mais les législateurs américain et européen se sont accordés pour les autoriser. Dès lors, les jurisprudences des deux côtés de l'Atlantique considéreront, sauf dans certaines hypothèses rares où l'impression

²⁷²⁰ § 43(a) *Lanham Act*.

donnée à l'internaute est la même que si l'œuvre avait été reproduite, que les liens ne reproduisent pas les œuvres ciblées.

1486. Les deux systèmes s'accordent en outre sur le principe de la liberté de lier. Dans les deux pays les créateurs de liens ne sont pas soumis à un régime d'autorisation préalable pour créer les liens, ce qui les protège de la censure et renforce la liberté d'expression sur internet. Cette liberté est renforcée par le principe partagé par les deux systèmes d'absence de discrimination entre les différents types de liens. Les créateurs de liens seront libres de créer des liens vers des reproductions licites placées sur l'internet ouvert, mais il leur sera interdit de contourner des mesures techniques efficaces avec les liens. La question de l'établissement d'un lien vers une contrefaçon est en revanche traitée différemment dans les deux systèmes étant donné que l'arrêt *GS Media BV c. Sanoma*²⁷²¹ de la CJUE distingue entre les liens à but lucratif et gratuit, alors que le droit américain se contente de sanctionner les modalités de présentation d'un lien lorsque le créateur du lien incite à la contrefaçon. Les deux systèmes ont en revanche assez largement convergé sur la question des régimes de responsabilité limitée des créateurs automatiques de liens, qui n'engagent leur responsabilité que s'ils n'avaient pas connaissance du caractère contrefaisant du contenu lié.

1487. Les droits français et américain divergent en outre sur la question de l'application des droits moraux aux pointeurs. En effet, un hyperlien peut violer le droit de divulgation ou faire obstacle au droit de retrait que seule la France protège. Les créateurs de liens devront se montrer attentifs lorsqu'ils sont régis par le droit français au droit à l'intégrité qui pourrait être enfreint en cas d'établissement d'un lien vers une copie violant le droit à l'intégrité ou s'il a pour effet de découper ou de modifier l'œuvre. Les liens pourront néanmoins renforcer l'effectivité du droit de paternité en renvoyant vers une page concernant l'auteur.

1488. En outre, en menant les internautes vers des listes de liens, le créateur de liens pourra violer les intérêts du propriétaire du site cible en utilisant son formulaire de recherche. Les deux systèmes divergent en ce qui concerne les liens menant vers des bases de données protégées par le droit *sui generis* car, ce droit n'existant pas aux Etats-Unis, les juges appliqueront les règles de droit commun du *copyright*. Au sein de l'Union Européenne en

²⁷²¹ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker*.

revanche, les liens pourront être interdits s'ils effectuent une extraction intellectuelle dès lors qu'elle est substantielle.

1489. Les législateurs américain et européen ont souhaité préserver la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens afin de les encourager à se développer. Cette politique a été un succès aux Etats-Unis alors qu'elle s'est avérée un échec au sein de l'Union Européenne. Cette différence surprend étant donné que les dispositions de la directive sont largement inspirées de celles du DMCA.

1490. La liberté d'entreprendre des auteurs a été prise en compte. Il est en effet nécessaire de leur assurer les moyens d'obtenir des royalties pour leurs créations ou, à défaut, le droit d'auteur et le *copyright* seraient des coquilles vides. Les auteurs pourront donc, lorsque l'établissement de liens n'est pas autorisé, concéder des licences d'établissement de liens aux internautes. Les droits français et américain divergent sur l'existence d'un ordre public en matière de contrats conclus par les auteurs. Le droit français se montre en effet plus restrictif de la liberté de contracter afin de renforcer la protection des auteurs. Ce régime s'avère néanmoins largement insatisfaisant mais seule l'Europe a abordé la question. La France a dans un premier temps créé un fonds pour accompagner les entreprises de presse à s'adapter à la révolution numérique, puis elle a instauré un droit de rémunération par les moteurs de recherche lorsqu'ils référencent des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques. Les Etats-Unis refusent d'introduire des réglementations similaires et se fondent sur le marché pour régler les difficultés rencontrées par les industries culturelles.

1491. Les auteurs doivent néanmoins accepter que la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens vienne empiéter l'effectivité de leur monopole. Les législateurs américain puis européen ont en effet introduit des régimes de responsabilité limitée fondé sur l'ignorance des créateurs de liens. Ainsi, lorsque les créateurs de liens n'ont pas connaissance de l'existence d'un lien vers une contrefaçon, ils n'engageront pas leur responsabilité pour contrefaçon. Ces régimes n'auront pas vocation à s'appliquer lorsque les créateurs automatiques de liens ont connaissance de la présence d'une contrefaçon ou qu'ils incitent à commettre des contrefaçons. Le droit américain apparaît mieux armé pour réglementer les abus des créateurs automatiques de liens grâce à la théorie de l'aveuglement volontaire. L'effectivité du contrôle sur le site cible constituera également un fondement de responsabilité pour les créateurs de liens permettant d'écarter l'application du régime de

responsabilité limitée. Cependant, les deux systèmes divergent sur la question de la prise en compte des bénéficiaires financiers pour engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens. En effet, alors que le droit américain a repris et modifié la théorie de la *vicarious liability* qui permet d'engager la responsabilité de l'entité effectuant des bénéficiaires grâce à l'activité d'autrui conformément à l'adage *respondeat superior*, le droit européen n'opère pas de distinction entre les activités à titre gratuit ou onéreux. Il s'agit là d'une faiblesse du droit européen qui n'est pas cohérent dans la mesure où il reconnaît cette distinction en matière de liens manuels, et qu'il ne se fait pas l'écho de la distinction entre usage lucratif et gratuit de l'internet qui permet pourtant de respecter les idéaux des Pères Fondateurs de l'internet tout en assurant l'application du droit lorsque les internautes intègrent une dimension marchande à l'usage du réseau.

1492. Cette liberté d'entreprendre s'est cependant trouvée en partie limitée afin d'assurer le respect des intérêts des auteurs ainsi que du public. Il est donc apparu nécessaire de rééquilibrer les relations entre les auteurs et les créateurs automatiques de liens. Ces derniers ont par conséquent l'obligation de respecter une procédure de notification. Ainsi, lorsque les ayants droit constateront qu'un lien référence une contrefaçon, ils pourront faire parvenir une notification au créateur automatique de lien lui demandant de déréférencer la page litigieuse. Les Etats-Unis et la France ont adopté des approches très divergentes sur la question. En effet, le droit américain s'est inspiré des théories relatives à la neutralité du net pour n'imposer qu'un strict devoir de neutralité aux créateurs automatiques de liens, alors que le droit français leur demande de coopérer avec les ayants droit en leur imposant un devoir de quasi-juge. Ce type de procédure pourra présenter des dangers car certains internautes ne manquent pas d'envoyer des notifications infondées. Ces notifications pèsent sur la liberté d'entreprendre des créateurs automatiques de liens qui sont obligés d'allouer des ressources à leur traitement, ainsi que sur la liberté d'expression car elles ont parfois pour objectif de censurer des contenus. Les droits américain et français ont par conséquent prévu des sanctions dures afin de dissuader les internautes d'envoyer des notifications infondées. Afin de préserver l'intégrité de l'internet les droits américain et français ont prévu une procédure de contre-notification des propriétaires de sites internet.

1493. Si l'échange de notifications et de contre-notifications n'aboutit pas, les ayants droit pourront opter pour une résolution contentieuse de leur litige. Il sera dans un premier nécessaire de déterminer la loi applicable - qui sera généralement la *lex loci protectionis* -

ainsi que le juge compétent qui sera souvent déterminé par un faisceau d'indices pointant vers un lieu. Les deux régimes de droit international privé se coordonnent donc globalement sauf en matière d'ordre public, ce qui pourra donner lieu au rejet de dispositions de lois étrangères alors que la convention de Berne est fondée sur un principe de collaboration internationale et de multirégulation. La détermination de la loi et du juge compétent permettra de choisir le régime de preuve adéquate. Cela aura des conséquences importantes car les droits américain et français ont adopté des paradigmes opposés. En effet, alors que le droit américain n'impose pas d'obligation de stockage aux créateurs de liens, le droit français a précisé une liste de données devant être stockées. Cependant, les sanctions françaises en cas de violation du droit à la vie privée sont bien plus lourdes qu'aux Etats-Unis, ce qui dissuade toute communication non autorisée des données. Les systèmes apparaissent donc équilibrés, mais le droit français présente l'avantage de permettre aux auteurs de disposer de plus de données pour retrouver les contrefacteurs initiaux et engager leur responsabilité. Cela permettra de lutter contre les contrefaçons à la racine au lieu de se contenter d'engager la responsabilité des créateurs automatiques de liens qui ne sont que des tiers à la contrefaçon.

1494. Armés de preuves, les ayants droit pourront opter soit pour un moyen alternatif de résolution des litiges - et notamment l'arbitrage qui présentera des avantages en terme de célérité - mais qui risque de présenter l'inconvénient de rester privé et de ne pas s'avérer dissuasif, soit pour la saisine d'un juge étatique. Les modèles français et américain sont radicalement opposés en matière de sanctions. En effet, alors que la jurisprudence française condamne les créateurs manuels de liens à des montants de dommage et intérêts toujours plus importants et semble se cantonner à des montants élevés pour les créateurs automatiques de liens, les juges américains se contentent de prononcer des *injunctons*. Les juges français se montrent également plus sévères que la jurisprudence américaine en imposant des peines complémentaires. Le droit français se montre sévère avec les créateurs de liens, mais il assure une certaine effectivité du droit d'auteur, alors que le droit américain se montre laxiste envers les créateurs de liens même lorsqu'ils mettent en péril l'état de rareté artificielle d'une œuvre et par conséquent le monopole de l'auteur.

1495. Les régimes juridiques ne sont donc pas complètement satisfaisants. Il nous semble que les juges ne sont pas à blâmer car ils sont tenus de respecter leur rôle de bouche de la loi dont ils s'émancipent déjà largement. Ainsi, comme l'a souligné le rapport du *Copyright*

*Office*²⁷²², il apparaît nécessaire que le législateur se saisisse de la question afin d'apporter la cohérence nécessaire au régime juridique des hyperliens. Le législateur européen risque de manquer l'occasion de réglementer cette question car son projet de réforme des directives relatives au droit d'auteur ne mentionne pas cette question. Il est très peu probable que le législateur français se saisisse de ce problème sans coordination européenne. Il s'intéresse pourtant à la question²⁷²³ et il faut espérer que, malgré les élections présidentielles à venir, le gouvernement se saisira de la question et plaidera la cause des auteurs à Bruxelles. Aux Etats-Unis toute modification du *Copyright Act* semble pour le moment écartée à cause des élections présidentielles. Il y a donc lieu de craindre que cette question ne sera pas abordée par les pouvoirs législatifs occidentaux à moyen terme.

1496. Le législateur européen pourrait effectuer une réforme à droit partiellement constant en s'inspirant des solutions des arrêts *Svensson*²⁷²⁴ et *GS Media*²⁷²⁵ ainsi que de l'ordonnance *Bestwater*²⁷²⁶, tout en écartant le critère du public nouveau afin que le droit européen ne contrevienne pas à la convention de Berne.

1497. La question sera beaucoup plus complexe à traiter pour le législateur américain. En effet, le régime penche à notre avis déraisonnablement en faveur des intérêts des générateurs automatiques de liens et du public sans offrir de possibilité de rémunération satisfaisante aux auteurs. Il est néanmoins peu probable que le législateur se saisisse de la question car la réglementation des liens susciterait une levée de boucliers car une partie de l'opinion, très attachée au premier Amendement, y verrait un risque pour la liberté d'expression, et le gouvernement ne voudra pas porter atteinte aux intérêts des créateurs de liens. En outre, l'économie américaine est si compétitive qu'elle réussit à attirer des capitaux importants dans l'économie culturelle, ce qui permet au secteur culturel américain de continuer à rayonner sur le monde.

1498. Le réseau internet n'est pas l'unique solution aux problèmes des auteurs. Il est nécessaire que la société accepte de financer la création intellectuelle. En effet, les époques

²⁷²² Copyright Office, « *The Making Available Right In The United States* », 23 février 2016.

²⁷²³ Le CSPLA s'est cependant saisi de la question. Voir P.-F. RACINE, « Ordre de mission au CSPLA », 5 février 2016.

²⁷²⁴ CJUE, 13 février 2014, C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*.

²⁷²⁵ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker*.

²⁷²⁶ CJUE, 21 octobre 2014, aff. C-348/13, *Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*.

les plus fécondes en matière intellectuelle étaient celles où les demandes de création intellectuelle étaient les plus pressantes. Que ce soit la cité d'Athènes au IV^e siècle avant Jésus-Christ, la Renaissance italienne, la Cour de Louis XIV ou les universités américaines, la création a été dynamique lorsque des espaces entrent en concurrence. L'internet est un excellent outil de mise en relation des espaces qui peut donc les inciter à entrer en concurrence et à proposer une création dynamique et de qualité. Outre cette concurrence, il est nécessaire de donner aux auteurs les moyens de créer.

1499. Cette incitation à créer ne doit pas seulement permettre à des auteurs passionnés de survivre, il est nécessaire d'offrir des rémunérations assez encourageantes pour qu'une partie plus importante de la population se tourne vers la création et stimule ainsi la concurrence dans la production intellectuelle. Ce système de rémunération incitatrice était utilisé aux époques où la création intellectuelle était la plus dynamique, que ce soit au cours de la Renaissance italienne, à la Cour de Louis XIV ou dans les universités américaines modernes. Cela permet d'inciter les individus à se dépasser et à créer des œuvres de qualité en nombre afin d'obtenir les places convoitées.

1500. La rémunération par l'internet - et notamment par les créateurs de liens - est pour le moment limitée et les solutions que nous proposons ne permettront pas de lever les sommes nécessaires pour les créations les plus onéreuses comme les œuvres cinématographiques. Il sera par conséquent nécessaire de compléter la rémunération obtenue sur l'internet par d'autres sources. Le droit d'auteur français et le *copyright* américain ne nécessitent donc pas de changement radical de leurs régimes car un recentrage sur la notion de protection du monopole est suffisant. Il est cependant nécessaire de rééquilibrer les relations entre les auteurs et les intermédiaires - que ce soit les créateurs de liens ou les majors - par l'établissement de règles contractuelles plus protectrices des auteurs. Cependant, ces règles risquent de ne pas être *de facto* appliquées car certains auteurs peu célèbres peuvent accepter en connaissance de cause²⁷²⁷ des clauses illicites ou abusives afin de maintenir leur relation avec une major ou un créateur de liens. Il apparaît donc nécessaire de rééquilibrer les relations de marché entre les auteurs et les intermédiaires. Cela apparaît plus facile dans le monde analogique car les auteurs pourraient s'organiser en société de gestion des droits et assurer ainsi une meilleure réversion des royautés aux ayants droit. La difficulté en matière

²⁷²⁷ P. GRUNEBAUM-BALLIN, « Les serfs affranchis », Le Temps, 4 octobre 1929.

d'hyperliens automatiques réside dans le fait que les moteurs de recherche les plus utilisés sont américains et véhiculent des valeurs différentes de celles européennes. Il serait par conséquent nécessaire de créer un moteur de recherche européen fondé sur les valeurs européennes et assurant notamment une rémunération des auteurs. Ce projet permettrait de rééquilibrer les rapports de marché entre les auteurs et les créateurs de liens, mais il nous semble qu'il rencontrera des difficultés à voir le jour.

1501. À défaut, la procédure européenne concernant les aides illicites reçues par la société Apple à cause du taux d'imposition considéré comme étant trop faible permet d'entrevoir la fin des montages fiscaux abusifs des GAFAs. Si la CJUE considère effectivement que la société californienne a bénéficié d'un système d'aide illicite, les moteurs de recherche se trouveront soumis à la même réglementation et devront payer des impôts raisonnables en Europe. Il sera donc possible de leur appliquer une taxe sur le modèle de l'imposition des chaînes de télévision en France permettant de financer la production cinématographique. Il nous semble que les sommes devraient être perçues au titre d'un impôt européen afin que les créateurs de liens ne continuent pas à pratiquer des optimisations fiscales abusives sur le territoire européen. L'Union Européenne disposerait ainsi de fonds pour financer la création. Un tel système sera *a priori* rejeté aux Etats-Unis car il est fondé sur le financement d'une activité par une autre activité, ce qui s'analyse outre-Atlantique comme une forme de parasitisme. Les systèmes devraient donc continuer à diverger.

1502. Les paradigmes français et américain ont donc divergé en suivant les contingences historiques, philosophiques et économiques propres à la France et aux Etats-Unis. Il n'y a donc pas lieu de s'émouvoir des divergences entre les deux systèmes - bien que certaines devraient être réduites - étant donné qu'elles permettent à chaque régime juridique de correspondre aux peuples auxquels ils s'appliquent.

1503. Néanmoins, la situation des auteurs n'est pas satisfaisante et il y a lieu de trouver des solutions de nature à ne pas bloquer le développement de l'internet. Nous ne sommes pas certain qu'un agrandissement du périmètre des droits des auteurs améliorerait leur situation. En effet, en l'absence d'amélioration des conditions de marché, l'augmentation incessante des prérogatives des auteurs restera sans effet notable. Il s'avère dès lors nécessaire de trouver de nouveaux modes de rémunération pour les auteurs.

1504. Les Etats-Unis ont sans doute moins besoin de réforme que la France. En effet, le droit américain est plus cohérent, ce qui lui a permis de connaître une évolution moindre que le droit français. Bien qu'il ne soit pas exempt de critique, il n'a pas versé dans des solutions contraires aux engagements internationaux des Etats-Unis²⁷²⁸. En outre, les modalités de financement de la culture aux Etats-Unis sont meilleures qu'en France et la nécessité de les modifier se fait donc moins pressante qu'en France. Nous recommandons donc plusieurs modifications de la législation française - qui nécessiteront parfois une intervention législative de l'Union Européenne en amont - et américaine.

1505. Nous proposons tout d'abord de modifier les dispositions de l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle français afin de mettre un terme à la définition techniciste et adopter une conception plus universaliste. Il s'agit d'une proposition de codification à droit constant des solutions déjà retenues en jurisprudence afin de faciliter l'accessibilité du droit (les propositions de modification sont en italique et en gras) :

L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle

La reproduction consiste dans la fixation de l'œuvre par tous procédés connus ou développés à l'avenir permettant de la communiquer au public.

Elle peut s'effectuer sur un support matériel ou immatériel.

Pour les œuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type.

1506. En outre, il y a lieu d'ajouter à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle - relatif aux exceptions au droit d'auteur - un 10° relatif à la constitution d'un hyperlien manuel. L'exception codifierait la distinction opérée par l'arrêt GS Media c. Sanoma²⁷²⁹ dans la mesure où elle permettrait aux internautes établissant un hyperlien sans but lucratif de ne pas rémunérer le propriétaire de la page liée. En revanche, les créateurs d'hyperliens à but lucratif seraient tenus de rémunérer le propriétaire de la page ciblée. Les modalités de rémunération seraient libres. Cela impliquerait que les créateurs de liens pourraient rémunérer les propriétaires de sites internet par le paiement d'une somme forfaitaire ou proportionnelle au nombre de clics sur le lien, ou par la présentation d'une publicité à la suite du clic sur le

²⁷²⁸ L'arrêt Svensson de la CJUE a en revanche violé la convention de Berne.

²⁷²⁹ CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker.

lien. Il nous semble que, dans ce dernier cas, il devrait être permis au créateur de lien de répartir la rémunération publicitaire de façon raisonnable entre le propriétaire de la page cible et lui-même étant donné qu'il aura effectué un travail en créant le lien. Cela permet de résoudre le conflit entre les ayants droit et les créateurs de liens en faisant intervenir la figure de tiers - l'internaute²⁷³⁰ et le publicitaire - qui rémunéreront les deux parties. Il nous semble que leur intervention permet d'inclure toutes les parties prenantes dans l'établissement d'un régime de financement culturel qui ne mettrait pas en danger le développement de l'internet. Il y a sans doute lieu de laisser le marché réguler la question de la répartition des revenus. Cependant, s'il s'avérait que les rémunérations étaient trop favorables aux créateurs de liens, il pourrait être nécessaire de procéder à des accords entre les auteurs et des représentants des internautes. Les liens à but gratuit ou lucratif devraient respecter les droits moraux des auteurs. Cette proposition nécessiterait une intervention du législateur européen étant donné que les exceptions de l'article 5 de la directive 2001/29/CE sont limitatives. Il y a lieu de lui conférer le statut d'exception obligatoire car l'internet constitue un espace unique sur lequel il est de bonne justice d'appliquer une réglementation unique en Europe :

L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle

10°) La constitution d'un ou de plusieurs hyperliens manuels, dans un but non lucratif, est libre, sous réserve de respecter les droits moraux des auteurs et que la mise à disposition ne se substitue pas à l'œuvre originale.

La constitution d'un ou de plusieurs hyperliens manuels créés dans un but lucratif sera licite, sous réserve de respecter les droits moraux, lorsqu'une rémunération sera versée au propriétaire de la page liée. Les modalités de rémunération sont libres.

1507. De plus, nous plaillons pour l'adjonction d'un article L. 136-5 du Code de la propriété intellectuelle qui viendrait compléter la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine. Cet article aurait vocation à s'appliquer aux générateurs automatiques de liens. Comme pour les liens manuels à but lucratif, les modalités de rémunération seraient libres. Les générateurs automatiques de liens auraient ainsi la possibilité de présenter des publicités dont les fruits pourraient être répartis de façon raisonnable entre les propriétaires de sites liés et les générateurs automatiques de liens. Il ne

²⁷³⁰ L'internaute ne payera pas directement mais en fournissant des données personnelles il fournira une valeur au publicitaire.

sera pas possible d'écarter cette disposition par contrat car, s'il en était autrement, nous craignons que les moteurs de recherche ne tarderaient pas à soumettre le référencement des pages à des contrats comportant des clauses écartant toute rémunération. Néanmoins, l'internet a été construit sur un principe de gratuité et il y a lieu de prévoir la possibilité pour les internautes de refuser toute rémunération. Il pourra notamment en aller ainsi lorsqu'elle s'avérera dérisoire. Les rémunérations non versées aux propriétaires de sites internet devront être assignées à des sociétés de gestion afin qu'elles financent des projets culturels :

L. 136-5 du Code de la propriété intellectuelle

Les services de communication au public en ligne rémunèrent les propriétaires des pages liées. Les modalités de rémunération sont libres.

Cette disposition est d'ordre public. Si le propriétaire de la page ciblée refuse la rémunération, elle devra être versée à une société de gestion de droit pour la promotion de projets culturels.

1508. Il y a également lieu de rétablir un équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux des serveurs mandataires. En effet, les services des serveurs mandataires sont certes efficaces et intéressants, mais ils ne constituent pas des nécessités techniques. Ils auraient pu être remplacés par le recours à des connexions filaires transcontinentales dont la construction aurait sans doute stimuler l'économie. Les régimes américain et européen s'avèrent donc trop favorables aux serveurs mandataires. Nous considérons par conséquent qu'il y a lieu d'imposer un mécanisme de rémunération des auteurs sur le modèle de la copie privée :

L. 311-4-2 du Code de la propriété intellectuelle

La rémunération prévue à l'article L. 311-3 est également versée par le propriétaire d'un serveur mandataire ou d'un système de mémoire cache destiné à la consultation en ligne.

Le montant de la rémunération est fonction de la durée ainsi que de la capacité d'enregistrement qu'il permet.

1509. Après avoir amélioré les conditions de financement de la création, il y a lieu d'assurer le respect du monopole des auteurs contre la contrefaçon. Il est pour cela nécessaire de

dissuader le public de commettre des contrefaçons. Il nous semble qu'il est pour cela nécessaire de permettre aux juges de condamner les contrefacteurs à payer des dommages et intérêts non pas équivalents à la perte d'une transaction litigieuse - ce qui est le cas lorsqu'un défendeur a commis une contrefaçon étant donné qu'il n'a pas conclu de contrat avec l'auteur ou son agent - mais à la perte subie par l'ayant droit. Il nous semble par conséquent nécessaire d'appliquer les principes de la responsabilité civile²⁷³¹ permettant de replacer le demandeur lésé dans le *status quo ante* dans lequel il était avant le préjudice subi. Cela permettra, par exemple, de condamner un contrefacteur non pas au paiement de l'équivalent du prix d'un DVD lorsqu'il aura téléchargé un film, mais au paiement de dommages et intérêts correspondant au préjudice subi pour la perte de chance de faire des profits voire - lorsque l'œuvre aura perdu tout marché - l'indemnisation des frais engagés pour créer l'œuvre. Cette disposition n'aura qu'un effet dissuasif étant donné que les juges adoptent traditionnellement des solutions clémentes. Un contrefacteur ne sera donc jamais condamné au paiement des frais engagés pour le tournage d'un film. Cette disposition aurait cependant vocation à s'appliquer à toutes les contrefaçons (les propositions de modification sont en italique et en gras) :

L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle

Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :

1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;

2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;

3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte aux droits ;

4° la situation dans laquelle l'ayant droit se trouvait avant la contrefaçon.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.

²⁷³¹ Article 1240 nouveau du Code civil.

1510. Notre prochaine proposition prend acte du fait que le droit d'auteur a émergé à une époque où les œuvres immatérielles prenaient forcément forme sur un support matériel. Dès lors, les droits de représentation et de reproduction couvraient toutes les utilisations possibles des œuvres. Cependant, cette approche est obsolète pour les liens étant donné que l'œuvre n'a plus de support matériel. Il est donc nécessaire de revenir aux fondements économiques des premières lois sur le droit d'auteur qui visaient à introduire un monopole artificiel en faveur des auteurs. Il apparaît donc que la lutte contre la contrefaçon devra passer par l'interdiction des modèles économiques fondés sur la contrefaçon sans qu'il soit nécessaire de prendre en compte la violation des droits de reproduction et de représentation. Cela permettra au droit français d'opposer un équivalent de la doctrine américaine de *vicarious liability* (les propositions de modification sont en italique et en gras) :

Chapitre VII Prévention de la contrefaçon indirecte du Code de la propriété intellectuelle
L. 337-1

***L'établissement d'un modèle économique fondé sur
1° le contrôle d'un contrefacteur direct et,
2° la perception de revenus provenant de contrefaçons,
constitue une contrefaçon.***

1511. Enfin, nous suggérons l'introduction en droit français d'un équivalent de la doctrine de *contributory liability* (article L. 337-2 du Code de la propriété intellectuelle). Cela permettrait au droit français de mieux lutter contre les contrefaçons en interdisant la fourniture de moyens pour commettre des contrefaçons sur le plan civil. Une telle approche pourra s'avérer plus efficace car les juges n'hésitent pas à condamner à des sanctions civiles alors qu'ils sont plus réservés lorsqu'il s'agit de condamner à des peines pénales²⁷³². En outre, il nous semble nécessaire d'introduire un équivalent de la doctrine de *incitement* (article L. 337-3 du Code de la propriété intellectuelle) afin de lutter contre les encouragements à commettre des contrefaçons. Il est cependant nécessaire de protéger les lanceurs d'alerte ainsi que les journalistes qui pourraient encourager le public à prendre connaissance d'une œuvre que

²⁷³² Voir ci-dessus 1449 s.

l'auteur souhaiterait censurer et ce, dans un but informatif (les propositions de modification sont en italique et en gras) :

L. 337-2 du Code de la propriété intellectuelle

La fourniture de moyens permettant de commettre une contrefaçon est punie civilement et pénalement comme un acte de contrefaçon.

L. 337-3 du Code de la propriété intellectuelle

L'incitation à commettre une contrefaçon est punie civilement comme un acte de contrefaçon.

La responsabilité pour contrefaçon ne sera pas opposable lorsqu'elle aura pour un objectif informatif, politique ou d'actualité.

1512. Il est en revanche moins impérieux de modifier le droit américain. En effet, les États-Unis arrivent à protéger les auteurs de façon plus efficace que la France grâce à des mécanismes de dons et de marché indépendants des dispositions du *Copyright Act*. En outre, le *copyright* américain correspond globalement aux valeurs américaines et a su s'adapter de façon cohérente et homogène à l'inverse des droits français et européen qui se sont souvent montrés imprévisibles et mouvants.

1513. Il nous semble néanmoins qu'il conviendrait d'introduire un droit de mise à disposition afin d'assurer aux auteurs un monopole sur leurs œuvres même lorsqu'il n'existe pas de support matériel. Cela permettrait en outre aux États-Unis de respecter les dispositions de l'article 10 du traité OMPI sur le droit d'auteur (les propositions de modification sont en italique et en gras) :

17 U.S.C. §106

Subject to sections 107 through 122, 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;
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;

(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;
(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 ;

7) to make available a copyrighted work.

1514. En outre, nous suggérons une obligation supplémentaire pour les serveurs mandataires. En effet, afin d'assurer les meilleurs revenus publicitaires possibles pour les ayants droit, il y a lieu de donner jour à la proposition du rapport du Congrès²⁷³³ qui suggérait d'introduire une obligation de *hit count*, c'est à dire de relever le nombre de visites que reçoit une page en copie cache sur un serveur mandataire (les propositions de modification sont en italique et en gras) :

17 U.S.C. §512

(1)Limitation on liability.—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 intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which—

(A) the material is made available online by a person other than the service provider;

(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and

(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A),

(D) the service provider communicates to the website owner the number of visits of the transitory material.

1515. Ces propositions visent à établir un équilibre favorable aux auteurs et aux créateurs de liens en sortant du carcan des droits hérités de la fin du 18^e siècle en adoptant des solutions de

²⁷³³ H.R. Rep. No. 105-551.

marché permettant aux parties d'augmenter leurs revenus ou en rétablissant un équilibre là où une situation penchait trop favorablement en faveur d'une d'entre elles. Nous pensons cependant que les paradigmes libéraux et anti-étatiques ont quasiment atteint un plafond de verre et que la stimulation de la culture devra passer par une intervention accrue des États. En effet, la cour de Florence à la Renaissance ou celle de Louis XIV étaient florissantes parce que l'État investissait dans la culture. La culture constitue en outre un formidable moyen de créer des emplois et de la cohésion dans les sociétés occidentales qui sont particulièrement déchirées.

Glossaire Technique

Algorithme

Suite finie d'opérations élémentaires constituant un schéma de calcul ou de résolution d'un problème.

Crawlers

Il s'agit d'un logiciel explorant automatiquement l'internet.

Inline-linking

Présentation de la ressource liée dans un emplacement spécifique au sein de la ressource liante.

Lien cadre

Lien permettant de visualiser un contenu sans que l'internaute n'ait besoin de se rendre sur la page où il se trouve.

Lien de surface

Lien menant vers la page d'accueil d'un site internet

Lien profond

Lien menant vers une page interne d'un site internet.

Monde analogique

Il s'agit du monde matériel et palpable.

Monde numérique

Il s'agit du monde immatériel qui est notamment celui de l'internet.

Notice and stay down

Obligation de surveillance du réseau afin de ne pas mettre à disposition du public un fichier contrefaisant ayant déjà fait l'objet d'une notification

Page cible

Page vers laquelle mène un lien.

Glossaire de droit américain

Agency

Relation de commettant à préposé.

Amici curiae

Experts nommés par les parties afin d'éclairer le juge sur un point précis, notamment technique.

Circuit split

Division entre les Cours d'appel fédérales (Circuits) sur l'interprétation d'une norme.

Common Law

La jurisprudence américaine.

Consideration

La consideration est constituée par la promesse en tant que contrepartie d'un échange. (*Restatement (Second) of Contracts* §71(2) (1981))

Contributory infringement

Responsabilité engagée lorsque le défendeur a connaissance de l'activité contrefaisante et qu'il encourage, est à l'origine ou contribue matériellement à la contrefaçon commise par un tiers (Voir *Gershwin*, 443 F.2d 1159, 1162).

Copyright Office

Organisme officiel fédéral des Etats-Unis en charge notamment de l'enregistrement des œuvres. Il agit également comme un centre de réflexion sur le *copyright* américain.

Digital Millenium Copyright Act (DMCA)

Loi voté par le Congrès américain en 1998 afin notamment d'assurer des régimes de responsabilité *ad hoc* aux prestataires de service sur internet. Cela inclut notamment les créateurs automatiques de liens.

Forum non conveniens

Hypothèse où le juge saisi n'est pas le plus pertinent et doit se dessaisir de l'affaire en faveur d'une autre juridiction.

Injunctive relief

Ordre judiciaire imposant à une partie de cesser un acte.

Innocent infringement

Contrefaçon de bonne foi.

John Doe lawsuit

Plainte contre X.

Misrepresentation

Fausse représentation de la réalité.

Partnerships

Organisme de droit privé pouvant mener des activités lucratives ou gratuites, dont le formalisme de création et d'exécution est très simple.

Safe harbor

Exception à un régime de responsabilité.

Secondary liability

Responsabilité d'une personne physique ou morale tierce à la contrefaçon commise par le contrefacteur direct.

Service provider

Prestataire de service sur internet. Cela inclut notamment les créateurs automatiques de liens.

Tort law

Droit de la responsabilité civile américain.

Trespass

Il s'agit d'un fondement de responsabilité délictuelle américaine. La responsabilité du défendeur est engagée lorsqu'il ou elle a, sans autorisation, pénétré sur ou utilisé la propriété d'autrui et ce de façon volontaire.

Vicarious liability

Responsabilité pour les faits commis par une personne que l'on a sous son contrôle et dont l'activité rémunère la personne qui contrôle.

Visual Artists Rights Act (VARA)

Loi assurant certains droits moraux aux auteurs d'œuvres établies sur une liste à la section 101 du *Copyright Act*²⁷³⁴.

²⁷³⁴ A “work of visual art” is—

(1) a painting, drawing, print or sculpture, existing in a single copy, in a limited edition of 200 copies or fewer that are signed and consecutively numbered by the author, or, in the case of a sculpture, in multiple cast, carved, or fabricated sculptures of 200 or fewer that are consecutively numbered by the author and bear the signature or other identifying mark of the author; or

(2) a still photographic image produced for exhibition purposes only, existing in a single copy that is signed by the author, or in a limited edition of 200 copies or fewer that are signed and consecutively numbered by the author.

Bibliographie

Plan de la bibliographie :

- I) Ouvrages juridiques concernant le droit d'auteur
 - A) Livres et encyclopédies juridiques concernant
 - 1) Livres et encyclopédies français et européens
 - 2) Livres et encyclopédies américains
 - B) Articles et chroniques juridiques concernant le droit d'auteur
 - 1) Articles et chroniques juridiques français et européens
 - 2) Articles et chroniques juridiques américains

- II) Thèses

- III) Articles et chroniques généralistes
 - A) Ouvrages français et européens
 - 1) Livres et encyclopédies français et européens
 - 2) Articles et chroniques français et européens
 - B) Ouvrages américains
 - 1) Livres et encyclopédies américains
 - 2) Articles et chroniques français et européens

- IV) Rapports, recommandations, colloques et forums

- V) Jurisprudence
 - A) Jurisprudence française
 - B) Jurisprudence européenne
 - C) Jurisprudence américaine

I) Ouvrages juridiques concernant le droit d'auteur

A) Livres et encyclopédies juridiques concernant

1) Livres et encyclopédies français et européens

J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, « Droit de la propriété industrielle », Dalloz, 7e édition, 2012

E. BATALLER I RUIZ, « El Derecho Sui Generis sobre Bases de Datos – Génesis, Evolución y Perspectivas », Thomson Reuters, 2009

F. BENHAMOU, J. FARCHY, « Droit d'auteur et copyright », Repères, 2014

J.M. BRUGUIÈRE, M. VIVANT, « Droit d'auteur et droits voisins », Dalloz, 3e édition, 2015

C. CARON, « Droit d'auteur et droits voisins », Litec, 4e édition, 2015

R. CLARK, « Ireland », Copyright Software Protection in the EC, Kluwer, 1993

C. COLOMBET :

- « Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé », Litec, 2ème édition, 1992

- « Propriété littéraire et artistique », Précis Dalloz, 9e édition, 1999

G. E BROGLIE, « Le droit d'auteur et l'internet », PUF, 2001

D. DE BELLESCIZE, L. FRANCESCHINI, « Droit de la communication », 2011, PUF, 2e édition

H. DESBOIS, « Le droit d'auteur en France », Traité, 3e édition

F. DESSEMONTET, « Internet, le droit d'auteur et le droit international privé », in Le droit au défi d'internet, Librairie Droz, 1997

C. DOUTRELEPONT, « Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire », Bruylant, 1997

S. DUSOLLIER, « Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique », Larcier, 2005

E. DRONE, « A Treatise on the Law of Property in Intellectual Productions », Little Bown & Co., 1879

A. FRANCON, « La protection des titres de journaux par le droit des marques et par l'action

en concurrence déloyale », in Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, droit de la propriété industrielle, Paris Librairies Techniques, 1974

P.Y. GAUTIER, « Propriété littéraire et artistique », PUF, 9e édition, 2015

J. GINSBURG, E. TREPPOZ, « International Copyright Law - U.S. And E.U. Perspectives », Elgar, 2015

S. DE GORGUETTE D'ARGOEUVES, « Le droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire », Dalloz, 1926,

D. GUTMANN, « Droit subjectif », dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003

J. HUET, E. DREYER, « Droit de la communication numérique », L.G.D.J., 2011

A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, « Droit pénal spécial », PUF, 2015

A. LUCAS, « Droit d'auteur et numérique », Litec, 1998

A. et H-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER :

- « Traité de la propriété littéraire et artistique », LexisNexis, 2012

- « Droit moral. Théorie générale du droit moral », Lexisnexis, Fasc. 1210, 1er septembre 2014

L. MARINO, « Droit de la propriété intellectuelle », PUF, 2013

B. MATHIEU, M. VERPEAUX, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, LGDJ, Paris, 2002

MICHAELIDES-NOUAROS, « Le droit moral de l'auteur », Arthur Rousseau, 1935

B. MICHAUX, « Les nouvelles dispositions procédurales relatives aux injonctions à l'encontre des intermédiaires (articles 8, 9 et 11 de la directive 2004/48) », in Sanctions et procédures en droits intellectuels, Larcier, 2008

F.POLLAUD-DULIAN, « Le droit d'auteur », Economica, 2^e édition, 2014

E. POUILLET :

- « Propriété littéraire et artistique et du droit de représentation », Marchal et Billard, 1894

- « Traité de la propriété littéraire et artistique », 1908

J. RAULT, « Le contrat d'édition en droit français », Dalloz, 1927

T. SCHULTZ, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique », Bruylant, 2005

P. SIRINELLI, « Propriété littéraire et artistique », Dalloz, Mémento, 3^e édition, 2016

S. STROMHOLM, « Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale. Étude de droit comparé », T. I, P.A. Norstedt et

Somers Forlag, 1967

A. STROWEL, « Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences », L.G.D.J., 1993

M.T. SUNDARA RAJAN, « Moral Rights », Oxford, 2011

M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, « Droit d'auteur et droits voisins », Dalloz, 2e édition, 2013

J.-L. WEISSBERG, « Auteur, nomination individuelle et coopération productive », Solaris, n°7, décembre 2000/janvier 2001

2) Livres et encyclopédies américains

W. ALFORD, « To Steal Book Is an Elegant Offense », Stanford University Press, 1er janvier 2007

I.C. BALLON, « E-Commerce & Internet Law », décembre 2015

A. BIRRELL, « Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books », Cassel and Company, 1898

L. EDWARDS, « The Problem of Intermediary Service Provider Liability », in The New Legal Framework for E-Commerce in Europe, Hart publishing, 2005

C. JOYCE, « Copyright Law », Lexisnexus, 9e édition, 2013

G. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, M. CARROLL, « Copyright Law », Lexisnexus, 10e édition, 2014

P. GOLDSTEIN :

- « Copyright : Principles, Law and Practice », Oxford, 1989

- « Goldsteing on Copyright », 3^e ed., 2008

R. A. GORMAN, J. C. GINSBURG, « Copyright – cases and materials », 7th edition, Foundation Press, 2006

M. LEAFFER, « Understanding Copyright Law », LexiNexis, 4ème édition, 2005

L. LEE STAPLETON, « E-Copyright Law Handbook », Aspen Publishers, 2003

J. LITMAN, « Digital Coypright », Prometheus Books, 2001

D. NIMMER :

- « Nimmer on Copyright », Lexisnexus, 2016

- « Copyright Sacred Text, Technology, and the DMCA », Kluwer Law International, 2003

W. PATRY, « Patry on Copyright », Thomson Reuters, 2016

S. RICKETSON, J. GINSBURG, « International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond », Oxford University Press, 2006

R. ROSENTHAL KWALL, « Copyright and the Moral Right : Is an American Marriage Possible ? », Vanderbilt Law Review, janvier 1985

A. SCHWABACH, « Internet and the Law : Technology, Society, and Compromises », ABC-CLIO, 2006

B) Articles et chroniques juridiques concernant le droit d'auteur

1) Articles et chroniques juridiques français et européens

E. AREZZO, « Hyperlinks and Making Available Right in the European Union—What Future for the Internet After Svensson? », 45 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 524, 2015D

E. BARTHE, « Le lien hypertexte et la loi », in le droit à l'information, Archimag, avril 2004

V.-L. BÉNABOU :

- « Propriété Intellectuelle », 2009, n° 33.

- « Quand la CJUE détermine l'accès aux oeuvres sur l'internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public », Droit du Net, 16 février 2014

C. BERNAULT, « Objet du droit d'auteur », Jurisclasseur propriété littéraire et artistique, fasc. 1135

A.R. BERTRAND, « Champ de protection du droit d'auteur », Dalloz droit d'auteur, 2010

L. BUBOIS, F. GAULLIER, « L'ordonnance 'Bestwater International' de la CJUE : la meilleure eau n'étanche pas complètement la soif », RLDI 3623, décembre 2014

L. BURGOGNE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n°1/2004) », Cahiers du Conseil Constitutionnel n°18, juillet 2005.

D. CANTOR, « How Many Guests May Attend a Wedding Reception Before Ascap Shows Up ? Or, What Are the Limits of the Definition of Perform 'Publicly' Under 17 U.S.C. 101 ? », 27 Colum. J.L. & Arts 79, automne 2003

C. CARON :

- « Les exceptions. L'impact sur le droit français », Propriétés Intellectuelles, janvier 2002

- « Responsabilité des hébergeurs : requiem pour le 'take down, stay down' », JCP G, n°39, 24 septembre 2012

- « Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les

injonctions en droit d'auteur », in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas, Lexisnexis, 2014

- « Le blocage de sites contrefaisants une nouvelle fois devant la Cour de Justice de l'Union Européenne », Communication commerce électronique n°5, mai 2014

L. CASTEX, « De l'exploitation des images dans le cadre d'un service de recherche sur l'internet », RLDI, 2011

B. CASTETS-RENARD :

- « La protection des bases de données chahutée », RLDI, mai 2009

- « Droit de reproduction », Répertoire de droit européen, septembre 2010

C.J. CRAIG, « Putting The Community In Communication : Dissolving The Conflict Between Freedom Of Expression And Copyright », 56 Univ. of Toronto L.J. 75, hiver 2006

K.D. CREWS, « The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines », 62 Ohio St. L.J. 599, 2001

X. DAVERAT, « Le nom de l'auteur d'une oeuvre de l'esprit et de l'artiste-interprète », Lamy Droit et patrimoine, 2013

H. DESBOIS, « Le droit moral », RIDA., XIX, avril 1958

E. DREYER, Fasc. 1610, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique

S. DUSSOLIER, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », I.R.D.I., 2005

C. FABRE, « Panorama de la jurisprudence en matière de liens hypertextes : de l'affaire Keljob à l'affaire Keljob », Expertises, mai 2001

M. FICSOR, « How much of what ? The 'Three-Step Test' and its Application in two Recent WTO Dispute Settlement Cases », RIDA, avril 2002

Y. GAUBIAC, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'accord de Marrakech instituant l'organisation », RIDA, octobre 1995

Ph. GAUDRAT :

- Fasc. Propriété littéraire et artistique, 1134

- Fasc. Propriété littéraire et artistique, 1210

- Fasc. Propriété littéraire et artistique, 1242

- « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition », RTD Com. 2007

- « Propriété littéraire et artistique – 1° propriété des créateurs », Dalloz, Répertoire de droit civil, octobre 2014

P.-Y. GAUTIER :

- « L'élargissement des exceptions, contrebalancé par le test des trois étapes », Comm., com.

élec., novembre 2006

- « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », Propriétés Intellectuelles, janvier 2015, n°54

C. GEIGER, « La transposition du test des trois étapes en droit français », D. 2006

Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'internet », RIDA, octobre 1998

S. GREGOIRE, « Exercice des droits des auteurs – droit moral – droit au nom », Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, 22 février 2002, fasc. 1214

G. HAAS, O. TISSOT, « Les liens hypertextes sous le régime de la liberté contrôlée », Annonces de la Seine, 20 mars 2000

J. JACOB, L. DUMONT, « Google face aux éditeurs de presse belges », RLDI, 21, 2006

J.B. KO, « Para-sites : the case for Hyperlinking as Copyright Infringement », Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, 1998, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 361.

G. KOUMANTOS, « Les bases de données dans la directive communautaire », RIDA, janvier 1997

M. GALLAND, « La régulation du trading haute fréquence », Bull. Joly Bourse mars 2012

C. LE GAL, N. MARTIN, « Droit des bases de données et parasitisme un arrêt en demi-teinte de la Cour d'appel de Paris », RLDI, janvier 2006

A. LUCAS :

- « L'exception de citation », in ALAI, Les Frontières du Droit d'Auteur : ses limites et exceptions, 14-17 septembre 1998

- « Pour une interprétation raisonnable du triple test ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou », Auteurs & Média, 2009/3

- « Droits des producteurs de bases de données », JCl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1650, 17 mai 2015

- « Droit des producteurs des bases de données », 1er mars 2016, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1650

Th. MAILLARD, « Le(s) statut(s) des moteurs de recherche », Dalloz IP/IT, avril 2016

N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information, l'éternelle chimère », D., 1997, chr. 330

A. MARINO, « Titres des oeuvres », J.-Cl. PLA, fasc. 1158, 28 sept. 2008

A. MENDOZA-CAMINADE, « Les risques numériques à l'épreuve du droit : l'exemple du lien hypertexte », RLDI, 39, 1er juin 2008

S. NAVAS NAVARRO, « Periódicos digitales y agregadores de contenido informativo en España », RIDA, octobre 2015

S. NÉRISSON, « Le droit moral de l'auteur décédé en France et en Allemagne », IRPI, 2003

J. PASSA, « la propriété de l'information, un malentendu ? », Dr. et Patrimoine, mars 2001

Y. PICOD, Y. AUGUET, N. DORANDIEU, « Concurrence déloyale », Dalloz répertoire de droit commercial, octobre 2010

F. POLLAUD-DULIAN :

- « Droit moral. Nom de l'auteur », RTD Com. 2011

- « Le droit moral en France à travers la jurisprudence récente », RIDA., 145, juillet 1990

X. RAGUIN, « Hyperlien et contrefaçon », Légipresse n°176, novembre 2000

É. SILZ, « Notion juridique de droit moral de l'auteur », Revue trimestrielle de droit civil, n°2, 1933

P. SIRINELLI :

- « Chronique de jurisprudence », RIDA, avril 2008,

- « Chronique de jurisprudence », RIDA, octobre 2010

- « Chronique de jurisprudence », RIDA, octobre 2012

- « Chronique de jurisprudence », RIDA, octobre 2014

- Lamy droit des médias et de la communication, Lamy 2000, n°124-155

V. SPACENSKY-RIFF, « Promotion d'un site Web et risques encourus - Quelle responsabilité pour les outils de recherche et les créateurs de liens hypertexte ? », Légipresse, avril 1998

F. POLLAUD-DULIAN, RTD Com. 7 juin 2011

A. STROWEL, F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur, À propos des libertés de créer et d'user des œuvres », in Droit d'auteur et liberté d'expression (ss. dir. Strowel A. et Tulkens F.), Larcier, 2006

E. TREPPOZ, « Précisions sur le champs spatial et substantiel des injonctions en matière de propriété intellectuelle », RTD eur. 2012

C. TUKOV, « L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », AJDA 2016

P. VAN DEN BULCK, « Google « Actualités » : l'adaptation belge de la défaite de Goliath », RLDI, 22, 2006

V.VARET, « Les risques juridiques en matière de liens hypertextes », Légipresse n°196, novembre 2002

M. VIVANT :

- « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », Recueil Dalloz, 1995

- « Droit et culture : brèves réflexions sur la propriété intellectuelle à l'épreuve de la mondialisation », in Droit d'auteur et culture, DALLOZ, 2007
- « La protection des liens hypertextes », Lamy droit du numérique, 2015

2) Articles et chroniques juridiques américains

B. ANNEMARIE, « Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement », 89 Or. L. Rev. 81, 2010

S. AYAZI, « Search Engines Score Another Perfect 10 : The Continued Misuse of Copyrighted Images on the Internet », 7 N.C. J.L. & Tech. 367, printemps 2006

I.C. BALLON, « DMCA Liability Limitations for Social Networks, Blogs, Websites, And Other Service Providers and the UGC Principles », SP016 ALI-ABA 1155, 15-17 janvier 2009

M.A. BENDOTOFF, « Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc. : Fair Use, The First Amendment, and the Freedom to Link », 35 U.S.F. L. Rev. 83, automne 2000

A.BLOM, « Search Engine and §512(D) of the D.M.C.A. », 1 Case W. Reserve J.L. Tech. & Internet 36, automne 2009

F. X. BLOUIN, « Emails as Archives : You Have it Before you Worry About it », Columbia Journal of Law & the Arts, automne 2010, 34 Colum. J.L. & Arts 43

N. M. BOND, « Linking and Framing on the Internet : Liability under Trademark and Copyright Law », 11 DPLBLJ 185, automne-hiver 1998

M. BROWN :

- « Database Protection in a Digital World », Richmond Journal of Law and Technology, vol. VI, 1999

- « VARA Rights Get Second Life », Journal of High Technology Law, 2011

P.J. CARDINALE, « Sui Generis Database Protection : Second Thoughts in the European Union and What it Means for the United States », 6 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 157, printemps 2007

C. CARON, « Contrefaçon de phonogrammes sur Internet grâce aux liens hypertextes et aux fichiers MP3 », Comm. com. électr., 2000

M. W. CARROLL, « Fixing Fair Use », 85 N.C.L. Rev. 1087, mai 2007

L. CHANG, « The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA §512(c) Safe Harbor », 28 Cardozo Arts & Ent. LJ 195, 2010

D.S. CIOLINO, E.A. DONELON, « Questioning Strict Liability in Copyright », 54 Rutgers L. Rev. 351, hiver 2002

J. COBIA, « The Digital Millenium Copyright Act Takedown Notice Procedure : Misuses, Abuses and Shortwomings of the Process », 10 Minn. J.L. Sci. & Tech. 387, hiver 2009

K. COLLINS, « Intending to Confuse : Why Preponderance is the Proper Burden of Proof for Intentional Trademark Infringement Under the Lanham Act ? », 67 Okla. L. Rev. 73, automne 2014

K.D. CREWS, « The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines », Ohio State Law Journal, 2001

A.L. DAHM, « Database Protection v. Deep Linking », 82 Tex. L. Rev. 1053, mars 2004

M. DOCKINS, « Internet Links : the good, the Bad, the Tortious, and a two-Part Test », Toledo Law Review, hiver 2005, 36 U. Tol. L. Rev. 367

S. L. DOGAN, « Infringement once removed : the perils of hyperlinking to infringing content », 87 Iowa L. Rev. 829, mars 2002

J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium », Law Journal Press, 2015

D. EDWARD J., « Comparison of State and Federal Moral Rights Protection : Are Artists Better Off after VARA ? », 15 Hastings Comm. & Ent. L.J. 953, 1992-1993

N. ELKIN-KOREN :

- « Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway : the Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators », Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 1995, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 345

- « Let the Crawlers Crawl : On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing », Journal of the Copyright Society of the U.S.A., automne 2001

R.A. EPSTEIN, « Trespass Torts And Self-Help For An Electronic Age », 44 Tulsa L. Rev. 677, été 2009

J. ESCARRA, « Le projet français sur la propriété littéraire et artistique », RIDA., octobre 1954

D.A. FARBER, « Conflicting Visions and Contested Baselines : Intellectual Property and Free Speech in the 'Digital Millenium' », 89 Minn. L. Rev. mai 2005

F. FINLAY-HUNT, « Who's Leading the Blind ? Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge in the New Digital Millennium », 2013 Colum. Bus. L. Rev. 906

O. FISCHMAN AFORI, « Implied License : an Emerging New Standard in Copyright Law », 25 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 275, 2009

A.B. FROHLICH, « Copyright Infringement In The Internet Age - Primetime For Harmonized Conflict-Of-Laws Rules ? », 24 Berkeley Tech. L.J. 851, printemps 2009

C. GEIGER, D.J. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, « The Three-Step-Test Revisited : How to

Use the Test's Flexibility in National Copyright Law », 2014, American University International Law Review, vol. 29, Issue 3

S. GHTNEKAR, « Injury by Algorithm : A Look Into Google's Liability for Defamatory Autocompleted Search Suggestions », 33 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 171, 2012-2013

J.C. GINSBURG :

- « From Having Copies to Experiencing Works : The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law », Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper Number 8, New York 2000

- « The Most Moral Of Rights : The Right To Be Recognized As The Author Of One's Work », Geo. Mason. J. Int'l. Commercial L., 11 juillet 2016

P. GOLDSTEIN, « Fair Use in Context », 31 Columbia Journal of Law & Arts, 2007-2008

C.A. GROSSMAN, « From Sony To Grokster, The Failure Of The Copyright Doctrines Of Contributory Infringement And Vicarious Liability To Resolve The War Between Content And Destructive Technologies », 53 Buff. L. Rev. 141, hiver 2005

T.R. HAMBIDGE, « Containing Online Copyright Infringement : Use of the Digital Millenium Copyright Act's Foreign Site Provision to Block U.S. Access to Infringing Foreign Websites », 60 Van. L. Rev. 905, Avril 2007

C. HANDIG, « The 'Sweat Of The Brow' Is Not Enough ! - More Than A Blueprint Of The European Copyright Term 'Work' », 2013, European Intellectual Property Review

K. HARIANI, A. HARIANI, « Analyzing 'Originality', in Copyright Law : Transcending Jurisdictional Disparity », 51 IDEA 491, 2011.

F. HAYEK, « Droit, législation et liberté - Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique », 1983, tome 3, PUF, p. 196, traduction de « Law, Legislation and Liberty », vol. III, Routledge and Kegan, 1979

L. HELMAN, « Pull Too Hard and The Rope May Break : On The Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement », été 2010, 19 Tex. Intell. Prop. L.J. 111

S. HETCHER, « The Immorality of Strict Liability in Copyright », 17 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, hiver 2013

J. HICKEY, « The Copyright/Commerce Clause Collision : A Subject Matter Approach », 82 U. Cin. L. Rev. 1., automne 2013

S. HONG, « The Digital Millenium Copyright Act and Protecting Individual Creative Rights : A Proposal for On-Line Copyright Arbitration », 2 Cardozo Online J. Conf. Res. 110, décembre 2000

N. IDE, A. STROWEL, « Liability With Regards to Hyperlinks », 24 Colum.-VLA J.L. & Arts 403, été 2001

M. JACKSON, « Linking Copyright to Home Pages », 49 FED. COMM. L.J. 731, 1997

B.L. JOSLOVE, A.V. KRYLOV, « Liaisons dangereuses : la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche dans l'Union Européenne », Lamy droit de l'immatériel, 2005

O.S. KERR, « A User's Guide To The Stored Communications Act, And A Legislator's Guide To Amending It », August 2004, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1208

J. M. KNOBLER, « Performance Anxiety : The Internet and Copyright's Vanishing Performance / Distribution Distinction », Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 2007, 25 Cardozo Arts & Ent. L.J. 531

M. LANDAY, « Fitting United States Copyright Law Into The International Scheme : Foreign And Domestic Challenges To Recent Legislation », 23 Ga. St. U. L. Rev. 847, été 2007

E. LEE, « Decoding the DMCA Safe Harbors », 32 Colum. J.L. & Arts 233, printemps 2009

B.A. LEHMAN, « Information Infrastructure Task force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure : report of the Working Group on Intellectual Property Rights », Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, septembre 1995

P.N. LEVAL, « Toward a Fair Use Standard », mars 1990, 103 Harv. L. Rev. 1105,

J D. LIPTON, « Moral Rights and Supernatural Fiction: Authorial Dignity and the New Moral Rights Agendas », 21 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 537, 562-77 (2011)

J. LITMAN :

- « The Exclusive Right to Read », 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 29, 40 (1994)

- « The Problem of Functional Features : Trade Dress Infringement under Section 43(a) of the Lanham Act », Columbia Law Review, vol. 82, No. 1, janvier 1982

J. LIU :

- « Owning Digital Copies : Copyright Law and the Incidence of Copy Ownership », 42 Wm. & Mary L. Rev. 1245, 1258, 2001

- J. LIU, « Copyright for Blockheads », 38 Colum. J.L. & Arts 467, 2015

L.P. LOREN, « Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously », 46 Wake Forest L. Rev 745, automne 2011

J.J. LUNARDI, « Guerilla video : Potential Copyright Liability for Websites that Index Links to Unauthorized Streaming Content », Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, été 2009, 19 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1077.

N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD, « Les moteurs de recherche, maître ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? », Recueil Dalloz 2014

M. MASNICK, « DMCA's Notice And Takedown Procedure Is A Total Mess, And It's Mainly Because Of Bogus Automated Takedowns », techdirt, 30 mars 2016

J.M. MILLER, « Fair Use Through the Lenz of § 512(c) of the DMCA: A Preemptive

- Defense to a Premature Remedy? », 95 Iowa L. Rev. 1697, 1708 (2010)
- K. MUCINSKAS, « Moral Rights and Digital Art : Revitalizing the visual Artists' Rights Act ? », U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 291, 2005
- M.D. MURRAY, « What is Transformative ? An Explanatory Synthesis of the Use Law », 11 Chi.- Kent J. Intell. Prop. 260, printemps 2012,
- D. NIMMER, « Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age », ALI-ABA Course of Study Materials, 22 janvier 1998
- T.T. OCHOA, « Protection for Works of Foreign Origin Under the 1909 Copyright Act », 26 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 285, mai 2010
- M. PEGUERA, « When the Cached Link is the Weakest : Search Engine Caches Under the Digital Millennium », 56 J. Copyright Soc'y U.S.A. 589, hiver-printemps 2009
- S. RICKETSON, « The Berne Convention For The Protection of Literary and Artistic Works : The American Experience », 11 Colum.-VLA JL & Arts 89, 1986
- F. RIDEAU, « Commentary on the La Fontaine case (1761) », in Primary Sources on Copyright (1450- 1900), L. Bently & M. Kretschmer, 2008
- M. RIMMER, « Agent Smith and the matrix : copyright law and intermediary liability », in Digital Copyright and the Consumer Revolution, Edward Elgar, 2007
- M. ROBERTSON, « Is Assent Still a Prerequisite for Contract Formation in Today's Economy ? », 78 Wash. L. Rev. 265, février 2003
- D. ROSEN, « Artists Moral Rights : A European Evolution, An American Revolution », Cordozo Arts & Entertainment Law Journal, 1983
- K. ROSENFELD, « Redefining the Question : Applying a Hierarchical Structure to the Mens Rea Requirement for Section 875(c) », 29 Cardozo L. Rev. 1837, mars 2008
- R. ROSENTHAL K WALL, « Authors in Disguise : Why the Visual Artists Rights Act Got it Wrong », Utah Law Review, 2007
- P. SAMUELSON :
- « The Copyright Grab », 29 U. West. L.A. L. Rev. 165, 1998
 - « Challenges in Mapping the Public Domain - Threats and Opportunities », 66 Law & Contemp. Probs. 147, hiver-printemps 2003
 - « When Worlds Collide : Intellectual Property at the Interface Between Systems of Knowledge Creation : Unbundling Fair Uses », 77 Fordham L. Rev. 2537, avril 2009
- W. SELTZER, « Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor : Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment », 24 Harv. J. Law & Tec 171, automne 2010
- L. SHAVER, C. SGANGA, « The Right to Take Part in Cultural Life : On Copyright and Human Rights », 27 Wis. Int'l L.J. 637, hiver 2010

R.J. SHERMAN, « The Visual Artists Rights Act of 1990 : American Artists Burned Again », 17 Cardozo L. Rev. 373, décembre 1995

S. SKILRUD, « An Umbrella or a Canopy ? Why the 17 U.S.C. Section 512(A) Safe Harbor Should be Read... », Marquette Intellectual Property Law Review, hiver 2005, vol. 9

I. SNYDER, « Hypertexte - The Electronic Labyrinth », New York University Press, 1996

L. A. STANGRET, « The legalities of linking on the world wide web », in Communications law, 1997

M. A. STOKER, « Framed Web Pages : Framing the Derivative Works Doctrine on the World Wide Web », University of Cincinnati Law Review, été 1999, 67 U. Cin. L. Rev. 1301

K. D. STUCKEY, « Internet an Online law », Law Journal Press, 2013

R.W. STIM, « E.T. Phone Home: The Protection of Literary Phrases », 7 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 66 (1990)

A. STROWEL, N. IDE, « Liability with Regard to Hyperlinks », VLA Journal of Law & the Arts, été 2001

R. TUSHNET, « Legal Fictions : Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law », 17 Loy. L.A. Ent. L.J. 651, 1997

M. TRIMBLE, « Setting Foot on Enemy Ground : Cease-And-Desist Letters, DMCA Notifications and Personal Jurisdiction in Declaratory Judgment Actions », 50 IDEA 777 2009-2010

S. E. TROSOW, « Sui generis Database Legislation : a Critical Analysis », Yale Journal of Law & Technology, 2005

L.S. WALTRIP, « Copyright Law - The Idea/Expression Dichotomy : Where Has it Gone ? », 11 S. Ill. U. L.J. 411, hiver 1987

J. WILLIAMSON, « Online Service provider Copyright Liability: Is the Digital Millennium Copyright Act the Answer? », 88 Ky. L.J. 987 (2000)

L. A. ZAKOLSI, « Works made for hire, generally – Specially ordered or commissioned works », 18 Am. Jur. 2d, Copyright and Literary Property, août 2014

II) Thèses

G. BONET, « L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique », Thèse, Paris, 1966,

Y. BONNY, « L'individualisme, de la modernité à la post-modernité - Contribution à une théorie de l'intersubjectivité », 1989, Thèse, Université McGill, Montréal

M. BOUDREAU, « Les rapports entre religion et droit, l'exemple du droit d'auteur français et des copyrights anglo-américains », Thèse Montpellier 1, 2000

V. DELVOVÉ, « La liberté d'entreprendre », Thèse, Paris 2, 10 juillet 2002

L.-C. DIAS, « Cyberlecture : la fracture [du texte] numérique », Thèse Lyon II, 2002

J. GROFFE, « La bonne foi en droit d'auteur », Institut Varenne, Thèse Paris Sud, 2015

A. LUCAS-SCHLOETTER, « Droit moral et droits de la personnalité - étude de droit comparé français et allemand », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Thèse, 2002

L. PFISTER, « L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957 », Thèse, 1999

R. PRADES, « Intérêt du public et droit d'auteur », Thèse, Paris XII, 8 mars 1999

P. SIRINELLI, « Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats », Thèse, Université Paris 2, 18 décembre 1985,

S. STRÖMHOLM, « Le droit moral de l'auteur, en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé », P.A. Norstedt & Söners, 1967

III) Ouvrages généralistes

A) Ouvrages généralistes français et européens

1) Livres et encyclopédies français et européens

D. ALLAND, S. RIALS, « Ordre public, Dictionnaire de la culture juridique », LAMY-PUF, 2003

ARISTOTE, « Éthique à Nicomaque », 350 avant J.C.

E. AMSTRONG, « Before Copyright : The French Book Privilege System », 1990,

Cambridge University Press, 1990.

C. BECCARIA, « Dei delitti e delle pene », 1764

J.-S. BERGÉ, « La protection internationale et communautaire du droit d'auteur », LGDJ, 1996

A. BRIGGS, « The Age of Improvement – 1783-1867 », Longman, 1959

J.M. BRUGUIÈRE, « Le nouveau paradigme du 'travailleur intellectuel' », Dalloz, 2015

DANTE, « La Divine Comédie - Le Purgatoire », c. 1308, Flammarion, 2005

R. DAVID, « Traité élémentaire de droit civil comparé », LGDJ, 1950

L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, « Théorie générale du procès », PUF, 2010

C. CASTETS-RENARD, « Droit de l'internet : droit français et européen », Montchretien, 2012

M. CAILLEMER, « Études sur les antiquités juridiques d'Athènes », Durand, 1866

R. CHARTIER, « Incrire et effacer. Culture écrite et littérature (XIe-XVIIIe siècle) », Éditions du Seuil, coll. « hautes études », 2005

J.C. CHEVALIER, « Nouvelle sortie de Don Quichotte », in Don Quichotte de la Manche, Points, 1997

J.L. COLEMAN, « Risks and Wrongs », Oxford University Press, 1992

F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, « Droit pénal général », Economica, 16e édition, 2009

I.DIU, E. PARINET, « Histoire des auteurs », PERRIN, 2013,

M. FABRE-MAGNAN :

- « Droit des obligations - 1. Contrat et engagement unilatéral », PUF, 2e édition, 2010

- « Droit des obligations - 2 Responsabilité civile et quasi contrats », PUF, 2^e édition, 2010

M. GAUMOND, « Invention de l'imprimerie par Gutemberg », CVM, 2005

X. GREFFE, N. SONNAC, « Culture Web », Dalloz, 2008

S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, « Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union Européenne », précis Dalloz, 32e édition, 2014

L. HANSEN-LÖVE, « La philosophie comme un roman », PUF, 1965

F. HEGEL, « The Philosophy of Right », 1820, Oxford University Press,

J. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité », Dalloz, 1939, 2e édition

E. KANT :

- « De l'illégitimité de la contrefaçon des livres », in *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, édition Auguste Durand, 1785.

- « Fondation de la métaphysique des mœurs », 1785

A. KASPI, F. DURPAIRE, H. HARTER, A. LHERM, « La civilisation américaine », PUF, 2006

LA BRUYÈRE, « Les caractères », 1688

C.G. DE LAMOIGNON DE MALESHERBES, « Mémoires sur la librairie et sur la liberté de la presse », H. Agasse, 1809

P. LEGRAND, « Le droit comparé », PUF, 2e édition, 2006

J. LOCKE, « Traité du gouvernement civil », 1690

F. LOIRET, « La propriété privée et le contrat selon Hegel », Philosophie, 2004

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Droit international privé », 9e édition, Dalloz, 2007

P. MALAURIE, « Droit de littérature », éditions cujas, 1997

F. MANIÈRE, « Les prémices de la Révolution », Herodote.net, 17 juin 2016

F. MARTEL, « De la culture en Amérique », Gallimard, 2006

M. MENDES GALLINARI, « La 'clause auteur' : l'écrivain, l'ethos et le discours littéraire », in *Argumentation & Analyse du Discours*, mars 2009

MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », 1748

P. MORWAN, « La criminologie est-elle la grande oubliée ? », in « Le nouveau Code pénal 20 ans après - État des questions », LGDJ, 2014

H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRÉ, « Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso, 2012

H.-J. NOUGEIN, Y. REINCHARD, P. ANCEL, M.-C. RIVIER, P. GENIN, « Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale », Litec, 2004

F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyauté ? », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, 2002

L. PAILLARD, « La gratuité intellectuelle - Pour une véritable révolution numérique », Parangon, 2013

J.-P. PATAT, « Turgot, le libéralisme qui vint trop tôt », le nouvel économiste, 3 avril 2015

R.J. PELTZ-STEEL, « The New American Privacy », 44 Geo. J. Int'l L 365, hiver 2013

PLINE LE JEUNE, « Lettres », IX

J.B. RENARD, « Le détournement de sigles. Entre jeu de mots et expression contestataire », Mots. Les langages du politique, n°95, 2011

P. ROUBIER, « Théorie générale du droit », Dalloz, 1951

J.J. ROUSSEAU, « Les Confessions », 1782, Ellipses

F. TERRÉ, P. SIMLER, « Droit civil – Les biens », Dalloz, 8e édition, 2010

A. DE TOCQUEVILLE :

- « De la démocratie en Amérique », Deuxième partie, 1835

- « L'Ancien Régime et la Révolution », Folio Histoire, 1856

R. RÉMOND, « Histoire des Etats-Unis », 2013, PUF

J. ROCHFELD, « Les grandes notions du droit privé », 2011, PUF, 1 : « La personne, au sens de l'individu, a été conçue comme la notion centrale du droit »

J.-P. SARTRE, « Les mots », Gallimard, 1963

J.A. SCHUMPETER, « Capitalisme, socialisme et démocratie », 1942, traduction française de G. FAIN, 1942

R. SÈVE, « L'avenir libéral du droit », Mélanges à François Terré, PUF, 1999

A. SUPIOT, « Homo Juridicus », Seuil, 2005

D. VIDAL, « Droit français de l'arbitrage commercial international », Gualino, 2004

M. VILLEY, « La formation de la pensée juridique moderne », PUF, 2003

M. VIVANT, « Surveillance : pas d'obligation générale de surveillance », Lamy droit du numérique, 2016, 2465

2) Articles et chroniques français et européens

R.C. ALLEN, « The Efficiency and Distributional Consequences of Eighteenth Century Enclosures », The Economic Journal, décembre 1982, vol. 92

R. AZIMI, « Les acteurs du marché de l'art sont essentiels à la création », Le quotidien de l'art, 17 octobre 2012

R. BARTHES, « La mort de l'auteur », in *Le Bruissement de la langue. Essais critiques IV*, Seuil, 198

A. BARTON, « Nudges. Ces coups (de pouce) qui nous veulent du bien », *Philosophie magazine*, janvier 2016

P.A.C. DE BEAUMARCHAIS, « Compte rendu de l'affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français », 1780, in *Œuvres complètes de Beaumarchais*, Cher Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1865

B. BENHAMOU, « L'État a aujourd'hui des responsabilités particulières par rapport à Internet », *Le Figaro*, 22 mai 2003

M. BENILLOUCHE, « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction », *RSC* 2005

A.BENSOUSSAN, « Droit des robots : science-fiction ou anticipation ? », *D.* 2015

T. BERNERS-LEE, « Weaving the Web », *Texere*, 1999

P. BIRKS, « The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership », *Acta juridica*, 1986

W. BLACKSTONE, « Commentaries on the Laws of England », 1771, Clarendon Press

É. BLONDEL, « Chapitre I. Le problème moral ou la morale comme problème », in *Le problème moral*, Presses Universitaires de France, 2000

J.P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? », in *Droit négocié, Droit imposé ?*, sous la direction de P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, FUSL, 1996

T. BONNEAU, « Le trading algorithmique : qualification juridique et critères de distinction avec le trading haute fréquence », *Revue de droit bancaire et financier*, n°4, juillet 2016

J.L. BORGES, « The Library of Babel », *Labyrinths*, 1970,

J. BOSSAN, « Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet », *RSC*, 2013

E. BROUDOUX, « Autoritativité, support informatique, mémoire. In *Archive Ouverte en Sciences de l'Information et de la Communication* », @archivesic, novembre 2003

R. DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police », *Académie de droit international La Haye, Recueil de cours* 355, 2005

P. BRUN, « Responsabilité du fait personnel », *Répertoire de droit civil*, juin 2016

L. CADIET, P. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Octobre 2015

- C. CASTETS-RENARD, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », D. 2012
- P. CAYE, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, tome 43, Sirey
- D. CHILSTEIN, « arbitrage et droit pénal », *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage*, 1, 19 mai 2009
- J. COTTIN, Y. KRUMENACKER, P. MARKIEWICZ, M. LOURS, B. FÖLLMI, « Art et protestantisme », *Arts Sacrés* n°21, janvier-février 2013
- B. DE LOYNES DE FUMICHON, M. HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.* 2003
- E. DERIEUX, « Neutralité de l'internet. Fournisseurs d'hébergement. Impossible obligation générale mais possibles obligations particulières de surveillance et de filtrage », *RLDI* 2012/81
- D. DIDEROT, « Lettre historique et politique sur le commerce de la librairie », 1763.
- R. DREYFUSS, « The ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts? », *30 Brook. J. Int'l L.* 819, 820 (2005)
- R. ETIEMBLE, « Invention de l'imprimerie : la Chine ou Gutenberg ? », *solidarté progrès*, 18 août 2015
- M. FAUVELLE, « Les lobbies ont-ils trop de pouvoir ? », 21 octobre 2014, Franceinter.fr
- L.K. FAZIO, N.M. BRASHIER, B.K. PAYNE, E.J. MARSH, « Knowledge Does Not Protect Against Illusory Truth », *Journal of Experimental Psychology : General*, 2015, Vol. 144
- F. FERRAND, « Preuve », *Dalloz, Répertoire de procédure civile*, janvier 2016
- M. FOULCAULT, « Qu'est ce qu'un auteur ? », *Bulletin de la société française de philosophie*, LXIV, 1969
- M. FRIOCOURT, « Arbitrage et propriété intellectuelle », in *Archives de Philosophie du Droit*, 52, 2009
- Y. GAILLARD, P. LORIDANT, « Les aides publiques au cinéma en France - III Le système de soutien financier au cinéma français », 6 mai 2003
- F. GALGANO, « Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo) », in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, 384, 1999
- P.Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le village planétaire », D. 1996, *Chron.*
- J. GINSBURG :
- « A Tale of Two Copyrights », *Tulane Law Review*, 64 (5), may 1990

- « Creation and Commercial Value : Copyright Protection of Works of Information », Columbia L. Rev., 1990
- « The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 273, 1998
- « Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs », 50 Ariz. L. Rev. 577, 598, (2008)
- « Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office's Feb. 25, 2014 Notice of Inquiry », 7 avril 2014

A. GOLDENBERG, S. PROULX, « La gratuité - Éloge de l'inestimable », La découverte, revue du MAUSS, 2010

P. GOLDSTEIN, R.A. REESE, « Selected Statutes and International Agreements on Unfair Competition, Trademark, Copyright and Patent », Foundation Press, 2012

M. GOUYON, « Revenus d'activité et niveaux de vie des professionnels de la culture », juillet 2015, Coll. Culture chiffres

B. HÉRAUD, « Union Européenne : les lobbies font-ils la loi à Bruxelles ? », novethic.fr, 12 juin 2014

M.A. HERMITTE, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels », Archives de Philosophie du droit, 1985,

J. HUGHES, « The Philosophy of Intellectual Property », Georgetown Law Journal, 1988

C. JALLAMION, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XIII au XIXe siècle », Rev. arb. 2005

F. KAPLAN, « L'origine médiévale de l'hyperlien, des pointeurs et des smileys », fkaplanwordpress, 19 avril 2013

G. KAUFMAN-KOHLER, « Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice », Kluwer Law, 2004

A. KEREVER, « Les clauses à risque de la nouvelle convention », colloque Lyon 2, Petites Affiches, 11 janvier 1995

H. LACORDAIRE, « Conférences de Notre-Dame de Paris », tome III, cinquante-deuxième conférence, 16 avril 1848

F. LAUGÉE, « 'Droit à l'oubli' : 200 000 demandes en Europe et un comité d'experts », revue européenne des médias, n°33, hiver 2014-2015

A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », Dalloz, Répertoire de droit civil, septembre 2009

LEROY, « Le droit de repentir », J.T., 1979

J. MADDEN, « The Origin of the Name 'Moby Dick' », melville.org

J.C. MAGENDIE, « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », Archives de philosophie du droit, Dalloz, tome 45, 2001

P.-M. MENGER, « Les professions artistiques et leurs inégalités », in Sociologie des groupes professionnels, La Découverte, 2009

D. MONTAGNA, « Contratti online, basta un link ? », puntoinformatico.it, 25 juillet 2012

E. MORIN, « La méthode, T.4 : Les idées, Deuxième partie : 'la vie des idées' », 1991, Seuil

S. MOULTHROP, « The Politics of Hypertext », Evolving Perspectives on Computers and Composition Studies, 1991

D. NOGUERO, « L'acceptation dans le contrat électronique », in Le contrat électronique au coeur du commerce électronique - le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial ?, ss. la direction de J.-C. HALLOUIN et H. CAUSE, LGDJ, 2005

M. ONFRAY, « Faut-il brûler l'art contemporain ? », Frémeaux et Associés, 7 avril 2011, conférence à Cannes

D.G. OWEN, « Philosophical Foundations of Tort Law », Larendon Paperbacks, 1995,

E. PETIT, « Le dilemme du prisonnier », Association des universités numériques en économie et gestion, 31 mai 2013

J.B. RACINE, « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », LGDJ, 1999

A.-C. RENOUARD, « Droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts », Tome second, Jules Renouard et Cie., 1839

B. OPPETIT, « L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur », in Arbitrage et propriété intellectuelle, IRPI, Litec, 1994

A. POPESCU, « Irish Newspapers Want to Charge For Links - Can They Really Do That ? », Readwrite, 16 janvier 2013

G. SAPIRO, B. GOBILLE, « Propriétaires ou travailleurs intellectuels », Revue Le Mouvement Social, 2006

P. SIRINELLI, « Internet et droit d'auteur », Droit et patrimoine, décembre 1997

D. SULLIVAN, « Google & the Death of Osama Bin Laden », Search Engine Land, 2 mai 2011

L. THOMAS, « L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l'aune des mutations de la légalité criminelle », RSC, 2014

I. TRAYNOR, I. FARIZA SOMOLINOS, J. CARCERES, M. ZATTERIN, « Bruxelles, les lobbies à la manœuvre », 7 mai 2014, Le Monde

C. VIGOUROUX, J. RICHARD, « Du droit ‘mou’ au droit ‘souple’ », AJDA, 2013

M. VIVANT, « Cybermonde : droit et droits des réseaux », JCP G 1996, I, 3969

J. YAMATO, « World Wide Web Inventor Tim Bernes-Lee : Free the Internet », The Daily Beast, 26 janvier 2016

É. ZOLLER, « La liberté d’expression : ‘bien précieux’ en Europe ‘bien sacré’ aux Etats-Unis ? », in La liberté d’expression aux Etats-Unis et en Europe, 2008, Dalloz

C. ZOLYNSKI, « Les droits de propriété intellectuelle : instrument ou frein à l’innovation ? », in L’innovation à l’épreuve de la mondialisation - réflexions autour d’un droit de l’innovation en devenir, sous la direction de P.D. CERVETTI, 2015

B) Ouvrages généralistes américains

1) Livres et encyclopédies américains

J.B. ATTANASIO, J.K. GOLDSTEIN, « Understanding Constitutional Law », 2012, Lexisnexis, 4th edition

J.D. BOLTER, « Writing Space : The Computer, Hypertext, and the History of Writing », Lawrence Erlbaum Associates, 1991

T.E. CARBONNEAU, « The Law and Practice of Arbitration », Jurisnet, 3rd edition, 2009

J.L. DIAMOND, L.C. LEVINE, A. BERNSTEIN, « Torts », Lexisnexis, 5e édition, 2013

J. DRATLER, S.M. MCJOHN, « Cyberlaw - Intellectual Property in the Digital Millenium », Law Journal Press, 2015

J. DRESSLER, « Criminal Law », 6e édition, Lexisnexis, 2012

J. FERRIELL, « Contracts », Lexisnexis, 3e edition, 2014

P. GOLDSTEIN, « History of Copyright », Aspen Publishers, 2e édition, 2005,

J. GOTTLIEB FICHTE, « Beweis der Unrechtmässigkeit der Büchernadruks », Ein Räsonnement und eine Parabel, 1791

L. LESSIG, « Remix : Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy », 2008, The Penguin Press

J.T. MCCARTHY, « Trademark », Thomson West, 2004, vol. 2-4

R.A. MUSGRAVE, « Fiscal Systems », Yale University Press, 1969

W.M. RICHMAN, A.L. REYNOLDS, C.A. WHYTOCK, « Conflicts of Laws », Carolina Academic Press, 4e édition, 2013

S.A. SCHEINDLIN, D.J. CAPRA, « Electronic Discovery and Digital Evidence in a Nutshell », West, 2009

P. F. SMITH et S. BAILEY, « The Modern English Legal System », Sweet & Maxwell, 1984

M.C. TUMAN, « Word Perfect : Literacy in the Computer Age », Falmer Press, 1992

R. WATT, « Copyright and Economic Theory », Edward Elgar Publishing, 2000

M. WOODMANSEE, P. JASZI, « The Construction of Authorship. Textual Appropriation in Law and Literature », Duke University Press, 1994

2) Articles, chroniques et lettres américains

A.G. AMSTERDAM, « The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court », 109 U. Pa. L. Rev. 67, 75 (1960)

G.W. AUSTIN, « Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace », 79 Or. L. Rev. 575, automne 2000

D. BALLAM, « A History of the Anglo-American Common Law of Contract », 29 Am. Bus. L.J. 519, automne 1991

J.P. BARLOW, « Déclaration d'indépendance du Cyberespace », février 1996

G.S. BECKER, « Crime and Punishment : An Economic Approach », Journal of Political Economy, 1974

J. BOYLE, « The Public Domain », New Haven, CT : Yale University Press, 2008

F. BOWES SAYRE, « Mens Rea », 45 Harv. L. Rev. 974, avril 193

P. EVANS, « The Second Enclosure Movement », Studies in Comparative International Development, été 2005

E. BRUNET, « Arbitration and Constitutional Rights », 71 N.C. L. Rev. 81, November 1992

M.A. CARRIER, « Copyright and Innovation : The Untold Story », 2012, 2012 Wis. L. Rev. 891

L. CHANG, « The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA §512(c) Safe Harbor », 28 Cardozo Arts & Ent. LJ 195, 2010, 217

R.H. COASE, « The Problem of Social Cost », octobre 1960, The Journal of Law & Economics, vol. III

T. DAINTITH, « The Constitutional Protection of Economic Rights », 1er janvier 2004, Int. J. Constitutional Law (2004)

S.L. DOGAN, « Infringement Once Removed : The Perils of Hyperlinking to Infringing Content », 87 Iowa L. Rev. 829, mars 2002

G. DWORKIN, « Pays de Common Law », ALAI, 1993

P. EDWARD GELLER, « Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World », 20 Colum.-VLA J.L. & Arts 571, 1996

P. EECKHOUT, « The Growing Influence of European Union Law », 33 Fordham Int'l L.J. 1490 (2011)

D.A. FARBER, « Conflicting Visions and Contested Baselines : Intellectual Property and Free Speech in the 'Digital Millenium' », 89 Minn. L. Rev., mai 2005

E.A. FARNSWORTH, « The Past of Promise : An Historical Introduction to Contract », 69 Colum. L. Rev. 576, 591 (1976)

F. FINLAY-HUNT, « Who's Leading The Blind ? Aimster, Grokster, and Viacom's Vision of Knowledge In the New Digital Millennium », 2013 Colum. Bus. L. Rev. 906, 2013

L.J. GIBBONS, « No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation : Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace », Cornell J.L. & Pub. Pol'y, 1997

S. E. GINDIN, Nobody Reads Your Privacy Policy or Online Contract? Lessons Learned and Questions Raised by the FTC's Action Against Sears, 8 N.w. J. Tech. & Intell. Prop. 1, 42 (2009).

J.C. GINSBURG, « The Private International Law Of Copyright In An Era Of Technological Change », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 273, 1998

J.L. GODSMITH, « Against Cyberanarchy », U. Chi. L. Rev., 1998, vol. 65

M.D. GOODMAN, « Why the Police Don't Care About Computer Crime », in Harv. J. Law & Tech., 1997, vol. 10

W. GRANTHAM, « The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes », 14 Berkeley J. Int'l L. 173, 1996

B.A. GREENBERG, « A Public Press ? Evaluating the Viabiliy of Government Subsidies for the Newspaper Industry », 19 UCLA Ent. L. Rev. 189, hiver 2012

M.J. HARRIS, « Amicus Curiae : Friend Or Foe ? The Limits Of Friendship In American Jurisprudence », 5 Suffolk J. Trial & App. Advoc. 1, 2000

R.K. HASAN, « Winning the Copyright War : Copyright's Merger Doctrine and Natural

Rights

Theory as Solutions to the Problem of Reconciling Copyright and Free Speech », 14 Engage : J.

Federalist Soc'y Prac. Groups 58, février 2013

HEALD & SHERRY, « Implied Limits on the Legislative Power : The Intellectual Property Clause as an Absolute Constraint on Congress », 2000, U. Ill. L. Rev., 1119

S. HETCHER, « The Kids Are Alright : Applying A Fault Liability Standard To Amateur Digital Remix », 62 FLA. L. REV. 1275, 2010

J. HUGHES, « Copyright and Incomplete Historiographies : of Piracy, Propertization, and Thomas

Jefferson », 79 S. Cal. L. Rev. 993, juillet 2006

C. JOHN AESCHLIMANN, « The Arbitrability of Patent Controversies », 44 J. Pat. Off. Soc'y 655, 662-663 (1962)

T. JEFFERSON, « The Writings Of Thomas Jefferson », cité dans FEDERAL COPYRIGHT RECORDS, 1790-1800 xxii, J. Gilreath ed., 1987

J.-W. JUNG, « Nudging Websites : A Proposal for a Hybrid Regulatory Scheme to Enforce Online Copyright », 2012, I/S : A Journal of Law and Policy, vol. 8 :1

D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R.H. THALER, « Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem », 98 J. of Pol. Econ. 1325, 1990

F. KESSLER, « Contracts of Adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract », 43 Colum. L. Rev. 629, 641 (1943)

G.A. KNIGHT, « The Fall and Rise of Sweat of the Brow », 13 I.P.J. 337, 1998-1999

J.B. LAKE, « Restraining False Light : Constitutional and Commonw Law Limits on a 'Troublesome Tort' », 61 Fed. Comm. L.J. 625, juin 2009

W.M. LANDES, R.A. POSNER, « The Economic Structure of Intellectual Property Law », The Belknap Press of Harvard University Press, 2003

G.P. LANDOW, « Hypertext : The Convergence of Contemporary Critical Theory and Technology », Johns Hopkins University Press, 1992

J.D. LIPTON, « Solving The Digital Piracy Puzzle : Disaggregating Fair Use From the DMCA's Anti-Device Provisions », 19 Harv. J.L. & Tech. 11, automne 2005

R. PAUL, « A Skeptical Look at the Automated Content Access Protocol », 14 janvier 2008, artstechnica.com

WENDY LEIBOWITZ, « Cram Course In Tech Legislation: Senate Stuffs Bills Into One Week », NAT'L L.J. B11, (col. 1), May 18, 1998

J. LESSIG, « « Copyright's First Amendment », 48 UCLA L. Rev., 2001

P. E. MCGREAL, « Ambition's Playground », mars 2000, 68 Fordham L. Rev. 1107

T.H. NELSON, « Opening Hypertexte : A Memoire in Tuman », Literacy Online

P. NIJOFF ASSER, « The role and place of copyright in publishing », in colloque UIE et SNE, « le droit d'auteur enjeu économique et culturel », Litec, 1990

D.C. NUNZIATO, « Freedom of Expression, Democratic Norms, And Internet Governance », 52 Emory L.J. 187, hiver 2003

J. E. O'CONNOR, « Corporate Security and Privacy Duties, Policies and Forms », 2 Data Sec. & Privacy Law § 10:11 (2014)

M. A. O'ROURKE, « Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World », 82 Minn. L. Rev. 609, 1998)

T.E. REESE, « Comment: wading through the muddy waters: the courts' misapplication of section 512(c) of the digital millennium copyright act », 34 sw. u. l. rev. 287, 2004

P.B. RICHMAN (désormais Musgrave), « Taxation of Foreign Investment Income - An Economic Analysis », 1963, Johns Hopkins Press

M. SAG, « Copyright And Copy-Relevant Technology », 103 Nw. U.L. Rev. 1607, automne 2009

M.R. PATTERSON, « Non-Network Barriers To Network Neutrality », mai 2010, 78 Fordham L. Rev. 2843

R. PATERNOSTER, « How much do we really know about criminal deterrence ? », in The Journal of criminal law and criminology 2010

J.M. PERILLO, « Abuse of Rights : A Pervasive Legal Concept », 27 Pac. L.J. 37, automne 1995

A. REKA, J. HAWOONG, « Internet : Diameter of the World-Wide Web », Nature, 401, 9 septembre 1999

R.J. RHEE, « A Production Theory Of Pure Economic Loss », 104 Nw. U.L. Rev. 49, hiver 2010

F.B. SAYRE, « The Present Signification of Mens Rea in the Criminal Law », Harvard Legal Essays, 399, 402 (1934)

A. SAWICKI, « Repeat Infringement in the Digital Millenium Copyright Act », 73 U. Chi. L. Rev. 1455, automne 2006

J.L. SCHROEDER, « Unnatural Rights : Hegel and Intellectual Property », 60 U. Miami L. Rev. 453, juillet 2006

K.R. SIDO, J. LIFSCHITZ, R. KARPINSKI, « Architect and Engineer : Claims Against Design Professionals », *Architect & Engineer Liability* s 10.14, 2015

M. SIRICHIT, « Catching the Conscience : An Analysis of the Knowledge Theory Under §512(c)'s Safe Harbor & the Role of Willful Blindness in the Finding of Red Flags », 23 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 85, 2013, 148

A. STORK, « The Use of Arbitration in Copyright Disputes : IBM v. Fujitsu », 3 *High Tech. L.J.* 241, fall 1988

R. STUBBS, « Public Funding For The Arts : 2013 Update », *Grantmakers in the Arts*, automne 2013

D. THEILLIER, « Jefferson vs. Hamilton », *Contrepoints*, 1er octobre 2011,

R.H. UNDERWOOD, « False Witness : A Lawyer's History Of The Law Of Perjury », *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 1993

B. VANNEVAR, "As We May Think", *The Atlantic*, 1945

G. VASSA, « The Interesting Narrative of the Life of Olaudah Equiano », *Cradock and Joy*, 1814

S.H. WILLIAMS, « Content Discrimination And The First Amendment », 139 *U. Pa. L. Rev.* 615, janvier 1991

C. WILLIAM FLETCHER, « Privatizing Securities Disputes Through the Enforcement of Arbitration Agreements », 71 *MINN. L. REV.* 393, 454 (1987)

T. WU, « Network Neutrality, Broadband Discrimination », *J. On Telecomm. & High Tech. L.*, 23 avril 2005

IV) Rapports, recommandations, colloques et forums

ALAI :

- C. CLARK, « Moral Rights », *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, 1993

- « Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction ? », T. HOEREN, *Actes du Congrès de l'ALAI*, 13-17 juin 2001

- « Rapport et avis relatif à la mise à disposition du public et à la communication au public dans l'environnement internet – avec l'accent sur les mesures techniques s'établissement de liens sur internet », 16 septembre 2013

- « Opinion On The Criterion 'New Public' Developed By The Court Of Justice Of The European Union (CJEU), Put In The Context Of Making Available And Communication To The Public », 17 septembre 2014

- « Opinion de l'ALAI sur la décision Svensson de la CJUE », 17 septembre 2014

American Law Report, ALR Federal 2d, 2007, 16 A.L.R. Fed. 2d 1

J. BERLEUR, « Risk and Vulnerability of Democracy in Information Societies », Report of COMEST Sub-Commission on « The Ethics of the Information Society », UNESCO, 2001

M. CLÉMENT-FONTAINE, « De la contrainte à la coopération : l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques », in L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet, sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, vol. 1

Commission des Communautés Européennes :

- « Livre vert : Le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information », 19 juillet 1995, Com (95) 382 final

- Avis du Comité économique et social sur le Livre vert, JO.CE du 1er avril 1996

- Communication sur le suivi du livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de

l'information, 15 novembre 1996 : Com. 1996, 568/3

- Communication sur le suivi du Livre vert, COM(96)568 final, 20 novembre 1996

- Document de la Commission COM (1997) 157 final du 16 avril 1997, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique
- « Explanatory Memorandum, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society », COM (97) 62

- Document de la Commission COM (2003) 702 final du 21 novembre 2003, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen – Premier rapport sur l'application de la 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 »)

- « First Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases », 12 décembre 2005

- « Abus de position dominante : la Commission adresse une communication des griefs à Google au sujet du service de comparaison de prix et ouvre une procédure formelle d'examen distincte concernant Android », 15 avril 2015

- « A Digital Single Market Strategy for Europe », SWD(2015) 100 final, 6 may 2015

- « Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market », 14 septembre 2016

Conseil d'État, « Rapport annuel 2014 : Le numérique et les droits fondamentaux », 2014

CSPLA, « Avis n°2003-2 relatif à la loi applicable et à la juridiction compétente en matière de propriété littéraire et artistique », 11 décembre 2003

Copyright Office:

- « Copyright Notice », Circular 3, février 2013

- « Compendium of U.S. Copyright Office Practices », 3e édition, 22 décembre 2014

- « Section 512 Study : Notice and Request for Public Comment », Library of Congress, Federal Register, vol. 80, No. 251, 31 décembre 2015

- « The Making Available Right In The United States », février 2016

CE, « Étude annuelle 2014 - Le numérique et les droits fondamentaux », 9 septembre 2014

CONSEIL D'ÉTAT, « Internet et es réseaux numériques », Paris, La documentation française, 1998

F. DESSEMONTET, « A European Point of View on the ALI Principles--Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes », 30 Brook. J. Int'l L. 849, 855 (2005)

S. DUSSOLIER, « Étude exploiratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaines public », OMPI, 30 avril 2010

ESME, « Report on Durable Medium - Distance Marketing Directive and Markets in Financial Instruments Directive », 11 juillet 2007

Final Report of the National Commission on New Technology Uses of Copyrighted Works, Washington, DC : Library of Congress, 1979

Le Forum des droits sur l'internet :

- « Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique », 6 février 2003

- « Hyperliens : statut juridique », 3 mars 2003

S. FRANCK, « Inside the Arbitral Mind », conférence à Columbia University, 27 octobre 2015

Y. GANNE, « La question sociologique dans les doctrines contemporaines du droit américain », colloque du 30 mai 2015, Université Paris 2

GESTE, « La charte de l'édition électronique », avril 2000

J.C. GINSBURG, M.L. JANKLOW, « Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Workds and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks », OMPI, GCPIC/2, 16-18 décembre 1998

J.C. GINSBURG, J.M. KERNOCHAN, « Questionnaire on Moral Rights », Le droit moral de l'auteur, ALAI, 1993

H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, 49-50 (1998)

M. IMBERT-QUARETTA, « rapport sur les Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne », Rapport à la Ministre de la culture et de la communication, mai 2014

IPG, « Projet de proposition de loi de l'association IPG - Droits voisins pour les organismes de presse », 2012

C. KASTBERG NIELSEN, C. JRVELUND, K. GROS PEDERSEN, B. RYTZ, E. STIG HANSEN, J. LIND RAMSKOV, « Study on the Economic Impact of the Electronic Commerce Directive », Copenhagen Economics, 7 septembre 2007

A. LEMLEY, « Brief of Amici Curiae in Support of Bidder's Edge, Inc., Appellant, Supporting Reversal », 22 juin 2000

P. LESCURE, « Mission Acte II de l'exception culturelle' », mai 2013, tome 1

P. MARINI, « Proposition de loi pour une fiscalité numérique neutre et équitable », 2010, Sénat

B.MASSOUYÉ, « Guide de la convention de Berne », OMPI, 1978

C. MORIN-DESAILLY, « L'Union Européenne, colonie du monde numérique ? », rapport fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat, n°443, 20 mars 2013

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, « Committee for a Study on Promoting Access to Scientific and Technical Data for the Public Interest, a Question of Balance : Private Rights and the Public Interest in Scientific and Technical Databases », The National Academies Press, 1999

OMPI,

- « Guide de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques », 1978

- « La qualité d'auteur et les nouvelles technologies du point de vue des traditions de la common law », P. JASZI, Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins, publication OMPI, 1994

- « Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Diplomatic Conference », article 7(1), 30 août 1996

- « Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins », CRNR/DC/100, 20 décembre 1996

- « Étude sur la protection des bases de données non originales », SCCR/7/3, 13-17 mai 2002

Patent and Trademark Office Report, « Report on Recommendations from the April 1998 Conference on Database Protection and Access Issues », juillet 1998

Présidence de la République, « Déclarations conjoints à l'issue de la signature de l'accord avec Google », 1er février 2013

Rapport de Clerck, Doc. Parl. Chambre, 473/33-91/92, S.E., 17 mars 1994 (Belgique)

S. Rep. No. 105-190, 40 (1998)

P. SIRINELLI :

- « Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins », Rapport présenté à l'Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6-7 décembre 1999

- « Propos introductifs, synthèse des contributions internationales », in L'internet et le droit français, européen et comparé de l'internet, acte du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris 1 les 25 et 26 septembre 2000, Légipresse, 2001

- « Rapport général », ALAI, 2001

P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, C. POURREAU, « Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, octobre 2014

G. SPINDLER, T. VERBIEST, « Study on the Liability of Internet Intermediaries », 12 novembre 2007

M. TABAROT, « Rapport de Mme Michèle Tabarot sur le projet de loi pour la confiance en l'économie numérique », 11 février 2003

M. THIOLLIÈRE, « IV. Les débats de la période révolutionnaire : droit d'auteur et domaine public », in Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, 12 avril 2006

U.S. Committee on the Judiciary, « The Digital Millenium Copyright Act of 1998 », S. Rpt. 105-190, 105

L. BÉTEILLE, R. YUNG, « Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007 », Sénat, commission des lois, Rapport n°296, , 9 février 2011

J. ZAY, « Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition », 1936

V) Jurisprudence

A) Jurisprudence française

Cass. civ., 14 mars 1900, Eden c. Whistler, D. 1900, 1, p. 497, note M. PLANIOL.

Cass. civ., 25 juin 1902, « Lecoq », D., 1903-I-5, obs. A. Colin et concl. Baudouin

Cass. civ., 11 févr. 1908, RTD civ., 1908, p. 357

Cass. crim., 19 mars 1926, DP 1927, 1, p. 25, Note NAST

CA Paris, 6 mars 1931, « Les grands arrêts de la propriété intellectuelle », Dalloz, 2003, n°8, comm. Gleize et Lacour

CA Paris, 28 juillet 1932, DP 1934. 2. 139, note Lepointe

Cass. crim., 20 mars 1944 : JCP 1944, II, 2731

Trib. civ. Seine, 10 juillet 1946, Rouault c. Vollard », D., 1947, p. 98, obs. Desbois

T. com. Seine, 2 avril 1951 : D. 1951, jurisprudence p. 343

Paris, 1^e ch., 13 janvier 1953, Gazette du Palais 191, Le chant de Monde c. Sté. Fox Europe et Sté Fox Américaine Twentieth Century

Cass. civ. 1^e, 22 décembre 1959, « Fox Europa c. Le Chant du Monde », D., 1960, p. 93, obs. G. HOLLEAUX, JDI-CLUNET, 1961, p. 420, obs. B. GOLDMAN

CA Paris, 8 mai 1963, RIDA, 1963, 2, p. 241

Cass. civ. 1^e, 15 février 1967, n° 63-12371, Bull., I, n° 67

Cass. civ. 1^e, 4 octobre 1967, JurisData n° 1967-700277

Trib. civ. Bayonne, 16 mai 1972, RTD com., 1972, p. 624, obs. DESBOIS

CA Paris, 8 juillet 1972, JCP, éd. G, 1973-II-17059, obs. J.-M. Leloup

Cass. crim., 30 janv. 1978 : D. 1979, p. 583, note J. Le Calvez ; Gaz. Pal. 1978

CA Paris, 6 juin 1979, D. 1981, I.R., p. 85, obs. Colombet

CA Lyon, 5 juillet 1979, « Clochemerle », JCP, éd. G, 1981-II-19590, obs. R. Plaisant

TGI Paris, 1^{re} ch., 20 févr. 1980, D. 1982. IR 44, obs. Colombet

Cass. civ. 1^e, 3 mars 1981 : Bull. civ. I, n°75, D. 1982, inf. rap. P. 101, obs. C. BERR et H. GROUDEL

CA Paris, 2 juin 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, 22, note PLAISANT

Cass. civ. 1^e, 17 mars 1982, « Nous ne vieillirons pas ensemble », n°80-16859

CA Paris, 4^e ch., 25 mars 1982 : RIDA avril 1982

CA Paris, 7 juin 1982, RIDA, octobre 1982

CA Paris, 8^e ch., 21 octobre 1987, Jurisdata n°1987-026643

Civ. 1^{re}, 9 nov. 1983, n° 82-10.005

Cass. A.P., 30 octobre 1987, n°86-11918

CA Paris, 1^{er} févr. 1989, RIDA, 142, oct. 1989, p. 301, note P. Sirinelli

CA Lyon, 16 mars 1989, RIDA, 1990, 2, p. 227

CA Paris, 1^{re} ch., 20 mars 1989, Fabris c/ Loudmer : JCP G 1990, I, 3433, ann. 3, et n° 11, obs. B. Edelman

Cass. civ. 1e, 2 mai 1989, JCP, 1990 II 21392, obs. LUCAS, RTD com., 1989, 675, obs. FRANÇON

CA Paris, 6 juillet 1989, JCP G 1990, II, 21410, A. FRANÇON

Paris, 25 septembre 1989, « Le Chardon », RIDA, avril 1990, p. 207, D., 1990

TGI Paris, 23 mai 1990, RIDA, 4, 1990, p. 325

Cass. 2e civ. 4 juillet 1990, Bull. civ. II, no 166

Cass. civ. 1e, 28 mai 1991, Asphalt Jungle, Bull. civ. I, n°172, p. 113, JCP, éd. G, 1991-II-21731, obs. A. FRANCON

CA Versailles, ch. réunies, 18 mars 1992 : RIDA 3/1992

Cass. civ. 1e, 10 mars 1993, D., 1994, p. 78, obs. A. Françon

Cass. civ. 1e, 5 mai 1993, jurisdata n°1993-001043

Cass. ass. plén., 5 novembre 1993, JCP 1994 II 22201, note FRANÇON

Cass. civ. 1^e, 6 avril 1994, n°92-11186

Cass. com., 3 mai 1994, Bull. civ. IV, n°166, RIDA, avril 1995

TGI Paris, Ordonnance de référé, 14 août 1996, Éditions Musicales Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle / École centrale de Paris ECP) et autres

CA Paris, 27 septembre 1996 : D. 1997, somm. p. 94, obs. Colombet

TGI Paris, 16 novembre 1996, « Les Parisiennes » de Kiraz, PIBD, 2000

CA Paris, 4e ch., 15 janvier 1997 : JurisData n° 1997-022369

CA Caen, 1re ch., 6 mai 1997, JCP 1998. IV. 2928, jurisdata n°1997-049489

Cass. civ. 1e, 16 juillet 1997, RIDA, 1998

TGI Paris, 3 septembre 1997, RIDA, 1, 1998, p. 343

Cass. crim., 24 septembre 1997, n° 95-81.954 : Juris-Data n° 1997-005582

CA Aix en Provence, 13 novembre 1997, RIDA, 2, 1998, p. 337

CA Paris, 4e ch., 29 avril 1998 : RIDA 4/1998

CA Paris, 15 mai 1998, Jurisdata n°1998-021910

Cass. civ. 1e, 30 juin 1998, n° de pourvoi : 96-15151

TGI Paris, 8 septembre 1998, RIDA, juillet 1999

CA Paris, 1re ch., 13 oct. 1998 : RIDA avr. 1998, p. 362

CE Ass., 30 octobre 1998, M. Sarran, M. Levacher et autres, n° 200286 200287

CA Paris, 10 février 1999, Estelle Hallyday c. Valentin Lacambre, JCP 1999, éd. G, II.10101, note F. Olivier et E. Barbry

TGI Saint Etienne, 6 décembre 1999, n°3561/1999

TGI Nanterre, 1e ch., 8 décembre 1999, Linda Lacoste c. sté Multimania, Légipresse, 2000, n°169, III, p. 40, note B. ADER

TGI Nanterre, 24 mai 2000, Legalis

Cass. ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60274

CA Versailles, 8 juin 2000, Société Multimania Production c. L. Heineman épouse Lacoste et autres, Légipresse n°174-III, p. 140, note C. ROJINSKY

CA Paris, 4e ch., 23 juin 2000 : Prop. intell., n°1, 2001, p. 60, obs. Lucas

TGI Épinal, 24 octobre 2000, LPA 2001, n° 161, obs. X. Daverat

Cass. civ. 1re, 18 juill. 2000, n° 98-15851

TGI Épinal, 24 octobre 2000, 1981/2000

TGI Épinal, 22 novembre 2000, n°1981/2000

T. com. Paris, référé, 26 décembre 2000, Havas et Cadre On Line c. Keljob, juriscom.net

CA Paris, 4e ch., 14 février 2001 : Prop. intell., n°1, 2001, p. 64, obs. Lucas

CA Paris, 13e ch. A, 14 février 2001 : Jurisdata n°2001-143716

CA Paris, 14e ch., section B, 25 mai 2001, Legalis

Cass. civ. 1e, 29 mai 2001, 2e arrêt : Bull. civ. I, n°154

TGI Paris, ord. réf., 12 juillet 2001, Legalis

CA Paris, 4e ch., 26 septembre 2001 : JCP E 2002, 321, note Caron

CA Paris, 10 octobre 2001, AJDI 2002. 41, n°2001/08036

CA Grenoble, 31 octobre 2001, n°RG : 01/01470

TGI 12 mai 2003, 4 janvier 2002 : Gaz. Pal. 12 octobre 2004, n°286, p. 32

Cass. crim., 29 janvier 2002, n°01-83122

Cass. civ. 1, 5 mars 2002, n° de pourvoi : 99-20755

CA Paris, 4e ch., 20 mars 2002 : PIBD 2002, III, p. 331

TGI 12 mai 2003, 4 janvier 2002 : Gaz. Pal. 12 octobre 2004, n°286, p. 32

Cass. crim., 29 janvier 2002, n°01-83122

CA Paris, 7 janvier 2003, RG :02/06470

TGI Paris, 3e ch., 14 févr. 2003 : RIDA 3/2003

Aix-en-Provence, 10 mars 2004, Gaz. Pal. 2005. Somm. 633, obs. O. Barbry et E. Févée

CA Paris, 13e ch. B, 29 avril 2004 : Jurisdata n°2004-247019

CA Paris, 4e ch., 4 juin 2004, JCP E 2005, p. 279, note SINGH

CA Paris, 4e ch., 22 avril 2005, Mulholland Drive, D. 2005

CA Orléans, 10 nov. 2005, Cardona c/ Lapaque, Juris-Data n° 295789

Cass. civ. 1re, 29 novembre 2005, Le Groumellec c. Binoche », Bull. civ. I, n°457, p. 383

Cass. civ. 2e, 4 février 2016, n°14-29839

TGI Paris, 27 février 2006, Alain Afflelou c. Google / Free, Legalis

Cass. 1re civ. 28 févr. 2006, D. 2006, AJ p. 784, obs. J. DALEAU

Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, JurisData n° 2006-034417

Conseil Constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n°2006-540

Cass. civ. 1e, 7 nov. 2006, n°05-17165

CA Paris, 11e ch. 8 novembre 2006, Comité de défense de la cause arménienne c. S. Aydin et autre, n°05/05619, RLDI 2006/29, n°709

Cass. civ. 1e, 5 décembre 2006, Barbelivien : JCP G 2007, I, 101 §6, obs. CARON ; RLDI février 2007, n°769, obs. COSTES et AUROUX

Cass. civ. 1, 30 janvier 2007, n° de pourvoi : 03-12354, Lamore

Paris, 4e ch. A, 28 févr. 2007, Le Cherche-Midi Éditeur c. P. Aubry, F. POLLAUD DULIAN, RTD Com. 2007, p. 352

TGI Paris, 3e ch., 2e section, 13 juillet 2007, Christian C., Nord Ouest Production c. Dailymotion, UGC Images, Legalis

T. com., 8e ch., 20 février 2008, Flach Film c. Google France, Legalis

TGI Paris, 6 juin 2008, 3e ch., 2e section, n° de RG : 08/05391, Legalis

CA Paris, 4e ch., 11 avril 2008, n°06/15843

TGI Paris, 3e ch. 1re sect., 20 mai 2008, SAIF c/ Stés Google France et Google Inc., n° 05/12117

Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, Mulholland Drive II, Bull. civ. I, n°177, RIDA juillet 2008

TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 14 novembre 2008, Jean-Yves L. et autres c. Youtube et autres, Legalis

CA Paris, 4e ch., 19 décembre 2008, Victor Hugo, RIDA 2009, 220, p. 444, obs. P. SIRINELLI

TGI Paris, ord. de référé, 7 janvier 2009, Jean-Yves Lafesse et autres c. Youtube, Legalis

TGI Paris, 3e ch., 4e section 25 juin 2009, Legalis

TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 9 octobre 2009, H & K, André R. c. Google (dit Google 2), Legalis

CA Paris, Pôle 5, chambre 2, 11 décembre 2009, Jurisdata 2009-021608

TC Paris, 19e ch., 17 décembre 2009, Xooloo c. Optenet Center, Optenet, France Telecom, Legalis

TGI Paris, 18 décembre 2009, RIDA, 2, 2010

TGI Paris, 3e ch., 2e section, 18 juin 2010, Legalis

TGI Nancy, 6 décembre 2010, affaire Dijonscope, Legalis

Versailles, 12e ch., sect. B, 25 févr. 2010, n° 09-00.120, Sango, RIDA oct. 2010

TGI Nanterre, 1e chambre, 25 mars 2010, Legalis

Cour d'appel de Paris, 2e ch., pôle 5, 3 décembre 2010, Dailymotion c. Zadig Productions et autres, Legalis

Cour d'appel de Paris, 2e ch., pôle 5, 3 décembre 2010, Dailymotion c. Zadig Productions et autres, Legalis

TGI Nancy, pôle civile, section 1, 6 décembre 2010, Legalis

TGI Créteil, 1e ch. civile, 14 décembre 2010, INA c. Youtube, Legalis

Cass. crim., 14 décembre 2010, n°10-80088

Cass. civ. 1e, 17 février 2011, juriscom.net

CA Paris, pôle 5, 1re ch., 26 janvier 2011, SAIF c/ Stés Google France et Google Inc., n° 08/13423

TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 1er février 2011, Sté Adenclassifieds c. Sté Solus'immo, legalis

CA Paris, 4 février 2011, Google c. Au-féminin.com et al., RG n°09/21941.

Cass. civ. 1e, 17 février 2011, n°09-15857

CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 27 avril 2011, Legalis

CA Paris, pôle 5, ch. 13, 1er juillet 2011, N°10/08129

TGI Paris, 3e ch., 20 sept. 2011, Giacometti, Propr. intell. 2011, p. 394, obs. A. Lucas

CA Paris, Pôle 5, chambre 2, 23 mars 2012, n°10/11168, Ryanair c. Opendo

Cass. civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-13669, n°11-15165, 11-15188.

TGI Nanterre, 1^{re} ch., 6 septembre 2012, Legalis

Cass. civ. 1e, 31 octobre 2012, n°11-20480

TGI Paris, 4 avril 2013, juriscom.net

Cass. civ. 1e, 10 avril 2013, « ABC News », n°11-12508, 11-12509, 11-12510

Cass. crim. 18 juin 2013, n° de pourvoi : 12-84571

Cass. 1re civ., 19 juin 2013, n° 12-17591

TGI Paris, 17e ch., 6 novembre 2013, Max M. c. Google France, Google Inc.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 15 novembre 2013, Pressimmo on line c. Yakazz, Gloobot, MJA

Cass. civ. 1e, 11 décembre 2013, n°11-22522 et 11-22031

Cass. civ. 1e, 22 janvier 2014, n°10-15890, 11-26822, 11-24019

Cass. civ. 1re, 13 mai 2014, n°12-27691, 12-25900

TGI Paris, 3e ch., 1e sect., 22 mai 2014, Legalis

Cass. civ. 1e, 29 octobre 2014, n°13-19729

Cass. civ. 1e, 19 mars 2015, n°13-27414

Cass. com., 20 septembre 2016, n°14-25131

B) Jurisprudence européenne

1) Union Européenne

CJCE 31 mars 1993, A. Ahlström Osakeyhtio et autres c/ Commission [Pâtes de bois], aff. C-89/85

CJCE, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Fiona Shevill

CJCE, 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés Européennes, aff. C-241/91 P et C-242/91 P

CJUE, 9 novembre 2004 :

- C-203/02, The British Horseracing Board Ltd. c/ William Hill Organization Ltd
- C-444/02, Fixtures Marketing Ltd c/ Organismos Prognostikon
- C-46/02, Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus AB
- C-338/02, Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel AB

CJCE, 7 décembre 2006, aff. C-306/05, SGAE c. Rafael Hoteles

CJCE, 29 janvier 2008, C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU

CJCE, 4^e ch., 9 octobre 2008, aff. C-304/07, Directmedia Publishing GmbH c. Albert-Ludwig- Universität Freiburg

CJCE, 4^e ch., 16 juillet 2009, aff. C-5/08, Infopaq International A/S Danske Dagblades Forening

CJUE, 23 mars 2010, Google Inc. c/ Louis Vuitton, aff. C-236/08 à C-238/08

CJUE, 18 mai 2010, Pammer et Hôtel Alpenhof, aff. C-585/08 et C-144/09

CJUE, 7 décembre 2010, aff. C-585/08, P. Pammer c. Reederei Shlüter GmbH & Co KG

CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, L'Oréal SA c. Ebay Int. AG

CJUE, 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08

CJUE, 13 octobre 2011, C-431/09 et C-432/09, Airfield.

CJCE, 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, eDate Advertising GmbH c. X, Olivier Martinez, Robert Martinez, MGN Limited

CJUE, 24 novembre 2011, aff. C-70/10, Scarlet c. SABAM, BEA Video, BEA Music, ISPA

CJUE, 1er décembre 2011, C-145/10, Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH,

CJUE, 15 mars 2012, aff. C-135/20, SCF c. Del Corso

CJCE, C-523/10, 19 avril 2012, Wintersteiger c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH

CJUE, aff. C-173/11, 18 octobre 2012, Football Dataco Ltd c. Sportradar GmbH

CJCE, 16 mai 2013, aff. C-228/11, Melzer c. MF Global UK Ltd, 26 ; CJCE, 3 octobre 2013, aff. C-170/12, Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG

CJUE, 3 octobre 2013, aff. C-170/12, Peter Pinckney c. KDG Mediatech

CJUE, 19 décembre 2013, affaire C-202/12, Innoweb BV c. Wegener ICT Media BV et Wegener Mediaventions BV

CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB

CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain, Google Inc. c. AEPD, Mario Costeja Gonzalez

CJUE, 5 juin 2014, C-360/13, Public Relations Consultants Association c. Newspaper Licensing Agency

CJUE, 21 octobre 2014, aff. C-348/13, Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potech

CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c. Sanoma, Playboy, Britt Dekker.

2) Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEDH, Brozicek c. Italie, requête n°10964/84, 19 décembre 1989

CEDH, 4e section, 29 janvier 2008, n°19247/03, Balan c. Moldavie

C) Jurisprudence américaine

A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 54 USPQ 1746 (N.D. Cal. 2000)

ACLU v. Miller, 977 F. Supp. 1228 (1997)

Aerogroup Int'l Inc. v. Malboro Footworks, Ltd., 956 F. Supp. 427 (SDNY 1996)

Alberto-Culver Co. v. Andrea Dumon, Inc., 466 F.2d 705, 710 (7th Cir. 1972)

ALS Scan, Inc. v. RemarQ Cmtys., Inc., 239 F.3d 619, 2001 U.S. App. LEXIS 1567, 57 U.S.P.Q.2D (BNA) 1996 (4th Cir. Md. 2001)

American Civil Liberties Union of Georgia, et al., v. Zell Miller, et al., 977 F.Supp.1228 (N.D. Ga., 1997)

American Civil Liberties Union v. Reno, 929 F. Supp. 824, 831 (E.D. Pa. 1996)

Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240, 1254 (3rd Cir. 1983)

Appliance Zone, LLC v. Nextag, Inc., No. 4 :09-cv-0089-SEB-WGH, 2009 WL 5200572 (S.D. Ind. Dec. 22, 2009)

Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc., 00 Civ. 4660 (SHS), 2002 WL 1997918 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2002)

Arvelo v. American Intern. Ins. Co., 66 F.3d 306 (1st Cir. 1995)

AT&T Techs., Inc. v. Commc'ns Workers, 475 U.S. 643, 649 (1986)

Autry v. Republic Prods., Inc., 213 F.2d 667 (9th Cir.), cert. Denied, 348 U.S. 858 (1954)

Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 954 F. Supp. 2d 282 (2013).

Baker v. Selden 101 U.S. 99 (1880)

Bateman v. Mnemonics, Inc., 79 F.3d 1532, 1542 n.22 (11th Cir., 1996)

BellSouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing, Inc., 999 F.2d 1436 (11th Cir. en banc 1993)

Belushi v. Woodward, 598 F. Supp. 36, 37 (D.D.C. 1984)

Benson v. Paul Winley Sales Corp., 452 F. Supp. 516 (S.D.N.Y. 1978)

Bernstein v. JC Penney, Inc., 1998 U.S. Dist. LEXIS 19048, 50 U.S.P.Q.2D (BNA) 1063, Copy. L. Rep. (CCH) P27,824, 26 Media L. Rep. 2471 (C.D. Cal. Sept. 29, 1998)

Billings v. Atkinson, 489 S.W.2d 858 (Tex. 1973)

Blanch v. Koons, 329 F. Supp. 2d 568, 72 USPQ2d 1063 (S.D.N.Y. 2004)

Bourne Co. v. Tower Records, 976 F.2d 99 (2d Cir. 1992)

Brilliant v. W.B. Prods., Inc., No. 79-1893, 1979 U.S. Dist. LEXIS 9092 (S.D. Cal. Oct. 22, 1979)

Brown v. Coleman Co., Inc., 220 F.3d 1180, 1183, 16 I.E.R. Cas. (BNA) 966, 141 Lab. Cas.

(CCH) P 58980 (10th Cir. 2000)

Buck v. Jewel-Sa Salle Realty Co., 283 U.S. 191, 197-98, 51 S.Ct. 410, 75 L.Ed. 971 (1931)

Burke v. Wilkins, 507 S.E.2d 913 (N.C. Ct. App. 1998)

Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 4 S. Ct. 279, 28 L. Ed. 349, 1884 U.S. LEXIS 1757 (U.S. 1884)ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 908 F. Supp. 640, 658 (W.D. Wis. 1996)

Calder v. Jones, 465 U.S. 783, 790 (1984)

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, (U.S. 1994)

Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC, 821 F. Supp. 627, 101 U.S.P.Q.2d 1093 (S.D. N.Y. 2011)

Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc., 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008)

Casella v. Moris, 820 F. 2d 362 (11th Cir. 1987)

CCC Information Services v. Maclean Hunter Market Reports, Inc., 44 F.3d 61 (2d Cir. 1994)

Columbia Pictures Indus. v. Gary Fung, 710 F.3d 1020, 2013 U.S. App. LEXIS 5597, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1602, Copy. L. Rep. (CCH) P30,400, 85 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 103, 2013 WL 1174151 (9th Cir. Cal. 2013)

Columbia Pictures Industries v. Bunnell, 69 Fed. R. Serv. 3d 173 (C.D. Cal. August 24, 2007)

Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 737, 109 S. Ct. 2166, 104 L. Ed. 2d 811 (1989)

Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, 962 F. Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997)

Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090, 2004 U.S. Dist. LEXIS 27155, 77 U.S.P.Q.2D (BNA) 1182 (W.D. Wash. 2004)

CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004)

Couch v. United States, 409 U.S. 322, 335 (1973)

Coupons, Inc. v. Stottlemire, 2008 U.S. Dist. LEXIS 109367, Copy. L. Rep. (CCH) P29,591, 2008 WL 3245006 (N.D. Cal. July 2, 2008)

Ctr. for Democracy & Tech. v. Pappert, 337 F. Supp. 2d 606, 639-42 (E.D. Pa. 2004)

Cvent, Inc. v. Eventbrite, Inc. 739 F. Supp. 2d 927 (E.D. Va. 2010)

Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc., 130 F. 3d 414 (9th Cir. 1997)

Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 123 Ct. 2041, 2046, 156 L. Ed. 2d 18, 66

U.S.P.Q.2d 1641, 1645 (U.S. 2003)

Demetriades v. Kaufman, 690 F. Supp. 289 (S.D.N.Y. 1988)

Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co., 36 F. 2d 354 (7th Cir. 1929)

Eastland Music Group, LLC v. Lionsgate Entertainment, Inc., 707 F.3d 869, 106 U.S.P.Q.2d 1078 (7th Cir. 2013)

Ebay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc., 100 F. Supp. 2d 1058, 2000 U.S. Dist. LEXIS 7287, 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 1798 (N.D. Cal. 2000)

Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc., 23 Cal. Rptr. 14 (Ct. App. 1962)

Educ. Testing Serv. v. Katzman, 793 F.2d 533, 543-44 (3rd Cir. 1986)

EEOC v. Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244, 248 (1991)

F.C. GOMEZ, « Washington Post Company v. Total News, Inc. », Berkeley Tech. L.J., janvier 1998

Feiner & Co., Inc. v. Turner Entm't Co., 98 F.3d 33 (2d Cir. 1996)

Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)

First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan, 514 U.S. 938, 943 (1995) ; Sleeper Farms v. Agway, Inc., 506 F.3d 98 (1st Cir. 2007)

Flake v. Greensboro News Co., 195 S.E. 55 (N.C. 1938)

Flava Works, Inc. v. Gunter, 689 F.3d 754, 2012 U.S. App. LEXIS 15977, 103 U.S.P.Q.2D (BNA) 1563, Copy. L. Rep. (CCH) P30,291, 2012 WL 3124826 (7th Cir. Ill. 2012)

Foley Bros., Inc. v. Filadro, 336 U.S. 281, 285 (1949)

Fonovisa Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996)

Frink Am., Inc. v. Champion Road Mach. Ltd., 961 F. Supp. 398 (N.D.N.Y. 1997)

Futuredontics v. Applied Anagramics, U.S. District Court (CD CA), Case No CV 97-6991 ABC (MANx), 1998 U.S. Dist. LEXIS 2265; 45 U.S.P.Q.2D (BNA) 2005

Gay v. CreditInform, 511 F.3d 369 (3d Cir. 2007)

Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., 443 F. 2d 1159 (2d Cir. 1971)

Gilliam v. American Broadcasting, 538 F.2d 14 (2d. Cir. 1976)

Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown, 564 U.S. 915, 131 S. Ct. 2846, 180 L. Ed. 2d 796, 2011 U.S. LEXIS 4801, 79 U.S.L.W. 4696, CCH Prod. Liab. Rep. P18,654, 22 Fla.

L. Weekly Fed. S 1305 (U.S. 2011)

Grad v. Wetherholt Galleries, 660 A.2d 903 (D.C. 1995)

Granz v. Harris, 198 F.2d 585, 589 (2d Cir. 1952)

Guest v. Leis, 255 F.3d 325, 335-36 (6th Cir. 2001)

Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 67 S. Ct. 839, 91 L. Ed. 1055, 1947 U.S. LEXIS 2551 (U.S. 1947)

Gutierrez v. Autowest, Inc., 114 Cal. App. 4th 77, 7 Cal. Rptr. 3d 267, 2003 Cal. App. LEXIS 1817, 2003 Cal. Daily Op. Service 10633, 2003 Daily Journal DAR 13405 (Cal. App. 1st Dist. 2003)

Haelan Prods. Inc. v. Beso Biological Research, Inc., 43 USPQ 2d 1672 (ED La. 1997)

Harms, Inc. v. Tops Music Enters, Inc., 160 F.Supp. 77 (S.D. Cal. 1958)

Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enter., 471 U.S. 539 (1985)

Hasbro Bradley, Inc. v. Sparkle Toys, Inc., 780 F.2d 189, 192 (2d Cir. 1985)

Hendrickson v. Ebay, Inc., 165 F. Supp. 2d 1082, 2001 U.S. Dist. LEXIS 14420, 60 U.S.P.Q.2D (BNA) 1335, Copy. L. Rep. (CCH) P28,313 (C.D. Cal. 2001)

Hines v. Overstock, Inc., 668 F. Supp. 2d 362 (E.D.N.Y. 2009), aff'd, 380 Fed. App'x 22

Hoffa v. United States, 385 U.S. 293, 302 (1966)

Holmes v. Hurst, 174 U.S. 82, 86, 19 S. Ct. 606 (1899)

Hoseman v. Weinschneider, 322 F.3d 468 (7th Cir. 2003)

Hougum v. Valley Memorial Homes, 1998 ND 24, 574 N.W.2d 812, 816 (N.D. 1998)

In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643, 2003 U.S. App. LEXIS 13229, 67 U.S.P.Q.2D (BNA) 1233, Copy. L. Rep. (CCH) P28,630 (7th Cir. Ill. 2003)

In re MHI P'ship, Ltd., 7 S.W.3d 918 (Tex. Ct. App. 1999)

Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood, 150 F.3d 104, 108 (2d Cir. 1998)

Intel Corp. v. Hamidi, 30 Cal. 4th 1342, 71 P.3d 296, 1 Cal. Rptr. 3d 32, 2003 Cal. LEXIS 4205, 2003 Cal. Daily Op. Service 5711, 20 I.E.R. Cas. (BNA) 65, 2003 Daily Journal DAR 7181, 148 Lab. Cas. (CCH) P59,756 (Cal. 2003)

Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc., 75 F. Supp.2d 1290, 2000 Copr. L. Dec. P 28, 013, 53 U.S.P.Q.2d 1425

International Shoe Co. v. Washington, 326 US 310, 316 (1945)

Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F. Supp. 2d 1132, 2008 U.S. Dist. LEXIS 65915, 89 U.S.P.Q.2D (BNA) 1518 (N.D. Cal. 2008)

IQ Group v. Wiesner Publ'g, Inc., 409 F. Supp. 2d 587, 2006 U.S. Dist. LEXIS 733, 78 U.S.P.Q.2D (BNA) 1755, Copy. L. Rep. (CCH) P29,111 (D.N.J. 2006)

ISTI TV Productions, Inc. v. California Authority of Racing Fairs, 785 F. Supp. 854 (CD Cal. 1992)

Itano v. Colonial Yacht Anchorage, 267 Cal. App. 2d 84, 90, 72 Cal. Rptr. 823 (1968)

Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc., 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998)

ITSI T.V. Prods., Inc. v. California Auth. of Racing Fairs, 785 F. Supp. 854, 866 n.20 (E.D. Cal. 1992)

Jeri-Jo Knitwear, Inc. v. Club Italia, Inc., 94 F. Supp. 2d 457 (S.D.N.Y. 2000)

Jeweler's Circular Publ'g Co. v. Keystone Publ'g Co., 281 F. 83, 84, 88 (2d Cir. 1922)

John Carter v. Helmsley-Spear, Inc., 71 F.3d 77 (2d Cir. 1995)

Kamakazi Music Corp. v. Robbins Music Corp., 522 F. Supp. 125, 131, 214 U.S.P.Q. 149 (S.D.N.Y. 1981), order aff'd, 684 F.2d 228 (2d Cir. 1982)

Kamakazi Music Corp. v. Robbins Music Corp., 684 F.2d 228 (2d Cir.1982)

Kelly v. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002) withdrawn, re-filed at 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)

Kern River Gas Transmission Co. v. Coastal Corp., 899 F.2d 1458 (5th Cir. 1990)

Kingsley v. Regents Of The Univ. Of New York, 360 U.S. 684, 79 S. Ct. 1362, 3 L. Ed. 2d 1512, 1959 U.S. LEXIS 662 (U.S. 1959)

L.A. Times v. Free Republic, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5669, 54 U.S.P.Q.2D (BNA)1453, Copy. L. Rep. (CCH) P28,075, 28 Media L. Rep. 1705 (C.D. Cal. Mar. 31, 2000)

L.A. Times v. Free Republic, 2000 U.S. Dist. LEXIS 20484, 29 Media L. Rep. 1028, 56 U.S.P.Q.2D (BNA) 1862 (C.D. Cal. Nov. 14, 2000)

Lake v. Wal-Mart Stores, Inc., 582 N.W.2d 231, 26 Media L. Rep. (BNA) 2175 (Minn. 1998)

Lamothe v. Atlantic Recording Corp., 847 F.2d 1403, 7 U.S.P.Q.2d 1249 (9th Cir. 1988)

Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970 (4th Cir.1990)

Lee v. A.R.T. Co., 125 F.3d 580, 582 (7th Cir. 1997)

Lenz v. Universal Music Corp., 815 F.3d 1145, 2016 U.S. App. LEXIS 5026, 118 U.S.P.Q.2D (BNA) 1157 (9th Cir. Cal. 2016)

London Film Prods., Ltd. v. Intercontinental Communications, Inc., 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984)

Los Angeles Times v. Free Republic, 54 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1453, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5669 (C.D. Cal. 2000)

Louis Féraud Int'l. v. Viewfinder, Inc., 489 F.3d 474 (2d Cir. 2007), 479

Louis Vuitton S.A. v. Lee, 875 F. 2d 584, 590 (7th Cir. 1989)

Lucy v. Zehmer, 84 S.E.2d 516 (Va. 1954)

MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9e Cir. 1993)

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60, 1803 U.S. LEXIS 352, 1 Cranch 137 (U.S. 1803)

Martin v. Walt Disney Internet Group, 2010 WL 2634695 (S.D. Cal. Jun. 30, 2010)

Masson v. New Yorker Magazine, 895 F.2d 1535 (9th Cir.1989), rev'd, 111 S.Ct. 2419 (1991).

Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co., 158 F. 3d 693 (2d Cir. 1998)

McGinnis v. Cayton, 173 W. Va. 102, 312 S.E.2d 765, 1984 W. Va. LEXIS 363, 80 Oil & Gas Rep. 130 (W. Va. 1984)

MetLife Auto & Home v. Joe Basil Chevrolet, Inc., N.Y.3d 478 (2004)

Micrel, Inc. v. TRW, Inc., 486 F.3d 866, 62 U.C.C. Rep. Serv. 2d 957 (6th Cir. 2007)

Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co., 856 F.2d 1341, 8 U.S.P.Q.2d 1171 (9th Cir. 1988)

Mason v. Montgomery Data, Inc., 967 F.2d 135 (5th Cir. 1992)

Morita v. Omni Publications Intern., Ltd., 741 F. Supp. 1107, 17 U.S.P.Q.2d 1287 (S.D. N.Y. 1990), order vacated, 760 F. Supp. 45 (S.D. N.Y. 1991).

Murray v. British Broad. Corp., 906 F. Supp. 858 (S.D.N.Y. 1995), aff'd, 81 F.3d 287 (2d Cir. 1996)

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 283, 11 L. Ed. 2d 686, 84 S. Ct. 710 (1964)

Norton Printing Co. v. Augustana Hospital, 155 U.S.P.Q. 133 (N.D.Ill. 1967)

Oddo v. Ries, 743 F.2d 630, 1984 U.S. App. LEXIS 21350, 222 U.S.P.Q. (BNA) 799, Copy. L. Rep. (CCH) P25,677 (9th Cir. Cal. 1984)

On Command Video Corp. v. Columbia Pictures Indus., 777 F. Supp. 787, 790 (N.D. Cal. 1991)

Online Policy Grp. v. Diebold, Inc., 337 F. Supp. 2d 1195, 1198 (N.D. Cal. 2004)

Paramount Pictures Corp. v. Carol Pub'l Group, 11 F.Supp. 2d 329 (2d Cir. 1998), aff'd 181 F.3d 83 (2nd Cir. 1999)

Pearl Invs. LLC v. Std. I/O, Inc., 257 F. Supp. 2d 326, 2003 U.S. Dist. LEXIS 5376, 50 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 377 (D. Me. 2003)

Perfect 10 v. Giganews, Inc., 993 F. Supp. 2d 1192, 1198-200 (C.D. Cal. 2014)

Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 2006 U.S. Dist. LEXIS 6664, 78 U.S.P.Q.2D (BNA) 1072, Copy. L. Rep. (CCH) P29,143 (C.D. Cal. 2006), 843-845.

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 2007 U.S. App. LEXIS 27843 (9th Cir. Cal. 2007)

Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 167 F. Supp. 2d 1114, 2001 U.S. Dist. LEXIS 16224, 60 U.S.P.Q.2D (BNA) 1879 (C.D. Cal. 2001)

Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n, 460 U.S. 37, 103 S. Ct. 948, 74 L. Ed. 2d 794, 1983 U.S. LEXIS 130, 51 U.S.L.W. 4165, 112 L.R.R.M. 2766 (U.S. 1983)

Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Inc., 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996)

Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552, 29 U.S.P.Q.2d (BNA) 376 (M.D. Fla. 1993)

Playboy Ent's. V. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints, 118 F.3d 199 (4th Cir. 1997)

PowerShare, Inc. v. Syntel, Inc., 597 F.3d 10 (1st Cir. 2010)

Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc., 99 F. 3d 1381 (6th Cir. 1996) (en banc), cert. denied, 520 U.S. 1156 (1997)

Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research International, Inc., 523 U.S. 135, 154 (1998)

Radio Today, Inc. v. Westwood One, Inc., 684 F. Supp. 68 (S.D.N.Y. 1988)

Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 126 F. Supp. 2d 238, 2000 U.S. Dist. LEXIS 18846, 63 U.S.P.Q.2D (BNA) 1957 (S.D.N.Y. 2000)

Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393, 2004 U.S. App. LEXIS 1074, 69 U.S.P.Q.2D

(BNA) 1545 (2d Cir. N.Y. 2004)

Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)

Rockford Map Publishers, Inc. v. Directory Service Co., 768 F.2d 145 (7th Cir. 1985), cert. Denied, 474 U.S. 1061

Ronald M. Lepinkas, Civil Aiding and Abetting Liability in Illinois, 87 ILL. B.J. 532, 533 (Oct. 1999)

Ryan v. Commodity Futures Trading Comm'n, 125 F.3d 1062, 1063 (7th Cir. 1997)

Sega Enters., Ltd. v. MAPHIA, 857 F. Supp. 679, 30 U.S.P.Q. (BNA) 1921 (N.D. Cal. 1994)

Shapiro v. H. L. Green Co., 316 F.2d 304, 1963 U.S. App. LEXIS 5592, 137 U.S.P.Q. (BNA) 275 (2d Cir. N.Y. 1963)

Shostakovitch v. Twentieth Century-Fox Film Corp., 196 Misc. 67, 80 N.Y.S.2d 575 (Sup. Ct. N.Y. County 1948)

Shostakovich v. Twentieth Century-Fox Film Corp., 80 N.Y.S.2d 575 (N.Y. Sup. Ct. 1948), aff'd, 87 N.Y.S.2d 430 (N.Y. App. Div. 1949)

Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 743-44 (1979)

Sony Computer Ent., Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000)

Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 1984 U.S. LEXIS 19, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665, 224 U.S.P.Q. (BNA) 736, 52 U.S.L.W. 4090, 55 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (U.S. 1984)

Specht v. Netscape Communs. Corp. (2 Cir. 2002), 306 F.3d 17

Spurr v. United States, 174 U.S. 728 (1899)

Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech., 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991)

Stratchborneo v. Arc Music Corp., 357 F. Supp. 1393, 1405, 179 U.S.P.Q. 403 (S.D. N.Y. 1973)

Subafilms Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co., 24 F.3d 1088 (9th Cir. 1994)

Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathé Commc'n Co., 24 F.3d 1088, 1095 (9th Cir. 1994)

Suffield Development Associates Ltd. Partnership v. Society for Savings, 708 A.2d 1361 (Conn. 1998)

Suntrust Bank v. Houghon Mifflin Co., 268 F.3d 1257, 1260 n.3 (11th Cir. 2001)

Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234, 250 (1957)

T.O. Stanley Boot Co., Inc. v. Bank of El Paso, 847 S.W.2d 218 (Tex. 1992)

Thrifty Tel v. Bezenek, 46 Cal. App. 4th 1559, 1566 (1996)

Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, 2003 U.S. Dist. LEXIS 6483, Copy. L. Rep. (CCH) P28,607 (C.D. Cal. Mar. 6, 2003)

Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc., 2000 U.S. Dist. LEXIS 12987, Copy. L. Rep. (CCH) P28,146 (C.D. Cal. Aug. 10, 2000)

Tuteur v. Crosley-Corcoran, 961 F. Supp. 2d 333 (D. Mass. 2013)

Twin Books Corp. v. Walt Disney Co., 83 F.3d 1162 (9th Cir. 1996)

U. S. v. International Minerals & Chemical Corp., 402 U.S. 558 (1971)

U.S. Media Corp., Inc. v. Eddie Entertainment, Inc., 40 U.S.P.Q. 2d 1581 (S.D.N.Y. 1996)

UMG Recordings, Inc. v. MP3.Com, Inc., 92 F.Supp.2d 349, 351 (S.D.N.Y.2000)

UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 718 F.3d 1006, 1023 (9th Cir. 2013)

UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc., 665 F. Supp. 2d 1099 (C.D. Cal. 2009).

UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 620 F. Supp. 2d 1081, 2008 U.S. Dist. LEXIS 104980, 89 U.S.P.Q.2D (BNA) 1449, Copy. L. Rep. (CCH) P29,678 (C.D. Cal. 2008)

United Dictionary Co. v. G. & C. Merriman Co., 208 U.S. 260 (1908)

United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc., 484 U.S. 29 (1987)

United States v. Hambrick, 55 F. Supp. 2d 504, 508-09 (W.D. Va. 1999) ; aff'd, 225 F.3d 656 (4th Cir. 2000)

United States v. Kennedy, 81 F. Supp. 2d 1103, 1110 (D. Kan. 2000)

United States v. Miller, 425 U.S. 435, 443 (1976)

United States v. Steiger, 318 F.3d 1039, 1046 (11th Cir. 2003)

United States v. Twine, 853 F.2d 676, 681 (9th Cir. 1988); United States v. DeAndino, 958 F.2d 146, 149 (6th Cir. 1992)

United States v. Washington Post Co., 403 U.S. 713, 714 (1971)

Universal City Studios v. Corley, 111 F.Supp.2d 294

Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 104 F. Supp. 2d 334, 2000 U.S. Dist. LEXIS 9936,

Copy. L. Rep. (CCH) P28,121 (S.D.N.Y. 2000)

Update Art, Inc. v. Modiin Publishing, Ltd., 843 F.2d 67, 73 (2d Cir. 1988)

Vaughn v. First Transit, Inc., 346 Ore. 128, 206 P.3d 181, 2009 Ore. LEXIS 15 (Or. 2009)

Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19, 2012 U.S. App. LEXIS 6909, 102 U.S.P.Q.2D (BNA) 1283, Copy. L. Rep. (CCH) P30,231, 2012 WL 1130851 (2d Cir. N.Y. 2012)

Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19, 2012 U.S. App. LEXIS 6909, 102 U.S.P.Q.2D (BNA) 1283, Copy. L. Rep. (CCH) P30,231, 2012 WL 1130851 (2d Cir. N.Y. 2012)

Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19, 2012 U.S. App. LEXIS 6909, 102 U.S.P.Q.2D (BNA) 1283, Copy. L. Rep. (CCH) P30,231, 2012 WL 1130851 (2d Cir. N.Y. 2012)

Wallace v. Wiedenbeck, 251 A.D.2d 1091, 674 N.Y.S.2d 230, 231 (N.Y. App. Div. 1998)

Washington Post Company v. Total News, Inc., 97 Civ. 1190 (S.D.N.Y., plainte enregistrée le 20 février 1997)

Wheaton v. Peters, 33 U.S. 591, 8 L. Ed. 1055, 1834 U.S. LEXIS 619 (U.S. 1834)

Williams v. Weisser, 273 Cal. App. 2d 726, 78 Cal. Rptr. 542, 163 U.S.P.Q. 42 (2d Dist. 1969)

WNET Thirteen v. Aereo, Inc., 712 F.3d 676, (2d Cir. N.Y. 2013).

World Film Servs., Inc. v. RAI Radiotelevisione Italiana S.p.A., 97 Civ. 8627 (LMM), 1999 U.S. Dist. LEXIS 985 (S.D.N.Y. Feb. 3, 1999)

Wright v. Warner Books, Inc., 953 F.2d 731, 736 (2d Cir. 1991)

Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc. (W.D. Pa. 1997) 952 F. Supp. 1119

Zubulake v. UBS Warburg LLC, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004)

D) Pays étrangers

Allemagne :

Tribunal régional de Munich, I, 7 March 2005, 21 O 3220/05, confirmé par la Cour d'appel de, 28 juillet 2005, ZUM 2005/12, p. 896

Cour Fédérale de Justice d'Allemagne, 29 avril 2010, aff. I ZR 69/08

Angleterre :

(1769) 98 E.R. 201 Court of King's Bench

Belgique :

Civ. Bruxelles (cess.), 16 oct. 1996, Auteurs & Média, 1996, p. 426 ; Bruxelles (9e ch.), 18 oct. 1997, Auteurs & Média, 1997, p. 383

TI Bruxelles, 5 et 22 septembre 2006, Copiepresse c. Google, Inc., RLDI 2006/20, n°599

Danemark :

Case Nos. VL B-1943-99 and L B-2089-99 (Western High Court, Denmark 2001)

Écosse :

Court of Session, Edinburgh, 24 octobre 1996, Shetland News v. Shetland Times

Espagne :

Declaración del Tribunal Constitucional 1-2004, 13 décembre 2004

Italie :

Italie : Corte Costituzionale, 8 juin 1984, Granital S.p.a. c. Amministrazione delle Finanze

Suède :

IFPI c/ Olsson, Cour d'appel Göta, Sweden, 27 déc. 1999 ; affaire Zoekmp3.nl citée dans le World eBusiness Law Report du 24 juin 2004

INDEX

(Les références sont aux pages)

A

Abus · 168, 250, 307, 478, 504, 505, 511, 513, 624, 634, 638, 639

Accord · 64, 65, 77, 78, 107, 108, 141, 147, 153, 154, 156, 166, 177, 187, 194, 201, 202, 205, 248, 268, 279, 313, 314, 315, 316, 318, 321, 329, 331, 333, 334, 335, 337, 344, 351, 373, 374, 376, 377, 381, 384, 385, 486, 524, 529, 530, 542, 545, 573, 579, 582, 583, 585, 586, 594, 597, 599, 618

ADPIC · 26, 64, 65, 77, 107, 314, 524, 529, 573, 599

Adresse IP · 562, 565, 614

Algorithme · 1, 46, 89, 90, 91, 92, 94, 143, 150, 168, 169, 341, 343, 398, 403, 511

Arbitrage · xii, 479, 579, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 636, 669, 670, 671, 672, 674

Arrêt GS Media c. Sanoma · 13, 30, 47, 209, 219, 220, 230, 231, 237, 248, 276, 285, 367, 406, 410, 432, 449, 631, 633, 637, 640, 692

Autorisation préalable · 47, 70, 194, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 212, 297, 633

B

Base de données · 33, 34, 35, 42, 47, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 91, 93, 95, 96, 97, 98, 158, 237, 279, 281, 282, 283, 285, 286, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 299, 300

Bénéfices financiers · 409, 412, 441, 443, 445, 447, 448, 635

Bonne foi · 232, 285, 396, 466, 467, 480, 516, 650, 667

C

Caching · 72, 75, 162, 561

Code · viii, ix, 26, 32, 39, 43, 48, 52, 59, 62, 69, 70, 79, 80, 96, 98, 99, 102, 103, 110, 116, 129, 132, 135, 149, 155, 158, 182, 189, 191, 192, 193, 196, 198, 202, 218, 246, 247, 262, 264, 266, 288, 289, 290, 292, 313, 317, 318, 319, 334, 335, 337, 339, 340, 347, 348, 350, 352, 354, 355, 356, 367, 368, 373, 378, 381, 382, 383, 384, 387, 388, 395, 397, 407, 408, 412, 416, 421, 426, 432, 441, 442, 467, 475, 484, 504, 506, 507, 511, 512, 518, 520, 528, 530, 533, 536, 550, 568, 570, 576, 582, 584, 585, 587, 588, 590, 591, 592, 594, 595, 596, 602, 603, 604, 611, 612, 616, 617, 618, 619, 620

Complicité · 200, 201, 202, 221

Conditions générales d'utilisation · 327

Conflit de loi · 548, 553, 554, 556, 557, 558
Connaissance

Aveuglement volontaire · 413, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 433, 634
effective · 393, 397, 398, 399, 400, 401, 413, 419, 420, 421, 425, 454, 503
supposée · 412, 413, 415, 416, 419

Contrat

consentement · 96, 130, 140, 246, 292, 298, 317, 318, 319, 321, 322, 325, 326, 332, 333, 334, 335, 337, 338, 339, 356

interprétation · 33, 48, 50, 54, 64, 67, 98, 137, 154, 181, 191, 199, 204, 211, 247, 343, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 408, 415, 416, 418, 424, 430, 444, 519, 541, 554, 617, 649, 659, 674

contrat d'auteur · 348

Contrefaçon

lien vers · 47, 202, 230, 276, 291, 618, 633, 634

répétée · 494

Contrefaçon
incitation · 407, 408

Contrôle · vii, 28, 65, 75, 82, 91, 112, 113, 122, 140, 143, 149, 150, 153, 167, 169, 184, 186, 187, 206, 229, 230, 234, 235, 236, 237, 238, 254, 296, 311, 312, 344, 356, 375, 382, 388, 391, 394, 403, 405, 406, 409, 417, 418, 422, 426, 427, 428, 430, 431, 432, 433, 434, 438, 441, 458, 460, 468, 469, 478, 479, 481, 486, 490, 495, 497, 510, 512, 526, 544, 573, 579, 591, 596, 597, 598, 609, 614, 634, 644, 651

CSPLA · ix, 404, 405, 419, 545, 552, 637, 681

D

Digital Millenium Copyright Act · 27, 51, 121, 150, 153, 154, 159, 161, 162, 164, 166, 178, 179, 180, 183, 184, 187, 199, 217, 228, 238, 239, 240, 309, 387, 389, 390, 392, 396, 397, 401, 404, 405, 412, 413, 415, 416, 417, 418, 420, 421, 423, 427, 429, 433, 437, 438, 440, 441, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 454, 455, 456, 457, 458, 462, 463, 466, 467, 470, 471, 475, 476, 477, 478, 480, 484, 485, 487, 490, 491, 492, 494, 501, 502, 503, 508, 510, 512, 514, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 564, 594, 600, 601, 606, 607, 610, 612, 614, 623, 624, 634, 650, 656, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 676, 678, 679, 684

Domaine public · 23, 44, 45, 82, 135, 288, 490, 520, 684

Données

stockage · 73, 154, 165, 172, 179, 181, 182, 185, 225, 344, 390, 562, 563, 564, 567, 568, 572, 575, 636

suppression · 563

données personnelles · 457, 562, 564, 570, 572, 573, 575, 576

Droit de communication · 210, 211, 276, 657

droit de repentir · 102, 249, 251, 673

Droit des marques · 39, 46, 116, 117, 122, 123, 124, 129, 135, 142, 201, 244, 248, 256, 423, 632, 655

Droit international privé · xii, 485, 508, 527, 540, 549, 551, 552, 559, 560, 589, 628, 636, 654

Droit sui generis · 80, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 151, 158, 240, 280, 281, 282, 286, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 298, 299, 300, 531, 616, 629, 632, 633

Droits moraux

droit d'intégrité · 109, 131, 133, 134, 135, 136, 142, 144, 145

droit de divulgation · 102, 109, 110, 111, 112, 113, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 270, 559, 633

droit de paternité · 6, 101, 102, 103, 105, 106, 108, 109, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 131, 132, 243, 244, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 301, 560, 561, 633

droit de retrait · 102, 245, 249, 250, 251, 252, 253, 559, 633, 673

Visual Artists Rights Act · 106, 110, 115, 118, 124, 128, 133, 139, 145, 242, 243, 256, 257, 264, 266, 268, 278, 332, 592, 651, 661, 662, 665, 666

E

Élément volontaire · 93, 98, 153, 154, 161, 165, 198, 200, 264, 265, 413, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 433, 491, 512, 634, 651

Enseignants universitaires · 435, 436, 439

Entreprise de presse · 147, 361, 362, 364, 365, 366, 368, 369, 370, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 379, 380, 384, 385, 634

Exception · 30, 35, 36, 38, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 67, 69, 70, 74, 81, 85, 112, 128, 138, 140, 141, 148, 150, 155, 157, 158, 159, 162, 165, 166, 167, 168, 174, 180, 194, 222, 225, 230, 233, 247, 272, 309, 318, 352, 369, 389, 394, 402, 403, 404, 436, 437, 439, 446, 448, 459, 460, 480, 481, 482, 505, 511, 520, 544, 552, 556, 558, 559, 560, 604, 605, 606, 608, 609, 631

actualité · 39, 175, 252, 360, 362, 369, 371, 438, 455, 645

citation · 31, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 72, 85, 95, 137, 444, 659

revue de presse · 62, 85, 95

F

Fair use · 30, 31, 35, 36, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 67, 70, 71, 74, 75, 112, 140, 159, 165, 225, 230, 233, 247, 309, 481, 482, 503, 544, 552, 560, 631

Fiscal · 364, 446, 601, 683

Fonds · 41, 73, 362, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 634, 639

For · 1, 3, 4, 17, 25, 28, 46, 52, 58, 76, 77, 79, 106, 136, 150, 154, 157, 162, 166, 167, 201, 203, 243, 244, 270, 297, 304, 318, 328, 330, 337, 342, 377, 385, 399, 402, 415, 420, 440, 444, 478, 481, 482, 487, 490, 491, 494, 507, 512, 525, 527, 528, 529, 532, 537, 541, 542, 546, 550, 553, 554, 558, 559, 561, 580, 582, 587, 594, 598, 599, 614, 646, 652, 656, 657, 659, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 673, 676, 677, 678, 681, 683, 694, 700

Formulaire de recherche · 283, 284, 285, 286, 290, 633

H

HADOPI · x, 27, 69

I

Injonction · 562, 573, 602, 603

contrôle · 609

lien automatique · 575, 606

lien manuel · 600

J

Juge compétent · 531, 533, 539, 636

L

Lanham Act · 116, 117, 118, 122, 124, 135, 142, 244, 248, 256, 258, 262, 263, 264, 267, 269, 275, 278, 592, 632, 662, 664

Lex loci protectionis · 554, 555, 635

Liberté d'entreprendre · vii, 12, 13, 14, 49, 238, 303, 305, 306, 307, 308, 309, 311, 316, 340, 354, 376, 386, 387, 391, 392, 415, 419, 427, 447, 450, 451, 452, 453, 454, 457, 471, 472, 477, 479, 480, 492, 498, 506, 516, 518, 522, 523, 525, 526, 562, 563, 564, 565, 570, 573, 574, 578, 580, 605, 606, 608, 609, 610, 611, 612, 614, 627, 628, 634, 635, 667

Liberté de lier · vii, 16, 45, 47, 122, 150, 194, 202, 204, 205, 207, 208, 212, 218, 225, 235, 281, 284, 290, 293, 294, 301, 311, 387, 633

Lien

automatique · 2, 93, 135, 142, 199, 217, 233, 238, 285, 309, 391, 397, 416, 451, 501, 577, 600, 605, 606
manuel · 1, 30, 93, 117, 135, 198, 199, 217, 218, 220, 233, 234, 238, 283, 284, 285, 600, 604, 624, 635, 641
rétablissement · 492, 513, 514, 519, 521, 522

Loi de police · 558, 560

Loi pour la confiance dans l'économie numérique · xi, 75, 121, 145, 150, 235, 238, 240, 387, 391, 397, 398, 400, 401, 402, 416, 417, 430, 451, 453, 456, 460, 463, 464, 465, 466, 467, 472, 476, 477, 479, 480, 484, 486, 491, 494, 495, 497, 508, 514, 521, 522, 564, 565, 566, 573, 575, 606, 607, 608, 609, 623, 682

M

Mémoire cache · 152, 153, 155, 156, 157, 158, 161, 165, 166, 172, 175, 221, 642
Mémoire transitoire · 152

Mesures techniques de protection · 66, 80, 222, 227, 229, 243

Moteur de recherche · 70, 72, 74, 75, 89, 91, 92, 93, 120, 121, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 180, 182, 197, 206, 215, 233, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 293, 295, 360, 361, 362, 363, 371, 372, 374, 380, 384, 499, 507, 520, 629, 639

Mur d'image · 38, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 147, 165, 380, 383

N

Nature du lien · 212, 215

Notification contre-notification · 492, 514, 517, 518, 519, 635
examen · 474

Œ

Œuvre anonyme ou pseudonyme · 127, 129, 255, 257, 262, 294, 565, 575, 625, 666

Œuvre composite · 188, 190, 191, 193, 194

Œuvre future · 346, 352, 559

Œuvre graphique · 139, 140, 142, 384

O

Ordre public · 123, 144, 224, 265, 315, 344, 345, 346, 352, 353, 422, 508, 509, 543, 544, 545, 547, 550, 558, 559, 560, 561, 590, 591, 592, 634, 636, 642, 674

P

Preuve · v, 10, 22, 72, 78, 82, 84, 118, 120, 126, 129, 138, 175, 193, 194, 198, 232, 236, 252, 268, 272, 332, 339, 393, 406, 411, 419, 426, 433, 434, 447, 462, 463, 467, 469, 470, 471, 476, 513, 540, 542, 556, 561, 562, 565, 603, 636

R

Recel de contrefaçon · 33

Reconnaissance des décisions judiciaires · 540, 542, 543

Rejet de la loi étrangère · 558

Rémunération · 13, 73, 77, 127, 159, 166, 176, 178, 184, 185, 186, 195, 229, 296, 299, 311, 312, 313, 314, 332, 337, 339, 342, 344, 348, 353, 354, 355, 358, 359, 360, 361, 362, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 377, 378, 379, 381, 383, 384, 385, 409, 439, 445, 446, 628, 629, 634, 637, 638, 639, 640, 641, 642

Projet · 313, 362, 366

Revue de presse · 53, 61, 62, 85, 95

S

Safe harbor · 30, 36, 48, 49, 51, 55, 60, 71, 140, 162, 166, 180, 247, 389, 437, 439, 446, 481, 482, 605, 606, 608, 609

Sanctions

civiles · 98, 99, 264, 504, 508, 616, 620, 644
pénales · 98, 99, 123, 264, 395, 412, 426, 504, 508, 517, 550, 593, 616, 617, 618, 619, 620

Secondary liability · 222, 388, 396, 411, 413, 433, 436, 444

Serveur mandataire · 159, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 642, 646

Société de gestion · 187, 378, 379, 380, 381, 382, 384, 385, 406, 496, 638, 642

Streaming · 33, 34

Surveillance · 234, 235, 237, 238, 389, 405, 406, 420, 421, 422, 425, 426, 430, 432, 439, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 469, 491, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 516, 522, 563, 567, 612, 648, 670, 672

T

Test des trois étapes · 48, 50, 63, 64, 65, 66, 67, 658, 659

Titre · 16, 17, 151, 309, 311, 383, 407, 451

U

Ubiquité · 350, 536, 596

W

Webring · 54, 233, 276

Table des matières

REMERCIEMENTS	V
SOMMAIRE	VII
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	VIII
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : LES LIENS ET LE DROIT A LA CULTURE	15
TITRE I : LA LIBERTE DE CONSTITUER UNE ANCRE	17
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE L'INTERET DES CREATEURS FACE AUX ANCRES	17
SECTION 1 : LE PRINCIPE DE L'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR A L'INTERNET ET AUX ANCRES	21
SOUS-SECTION 1 : L'UNIVERSALITE DE L'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR ET DU <i>COPYRIGHT</i> A L'INTERNET	22
Paragraphe 1 : L'adaptabilité du droit d'auteur et du copyright	22
Paragraphe 2 : L'application du droit d'auteur et du copyright à l'internet	25
I) La reconnaissance jurisprudentielle de l'application du droit d'auteur et du <i>copyright</i> à l'internet	25
II) La reconnaissance législative de l'application du droit d'auteur et du <i>copyright</i> à l'internet	27
SOUS-SECTION 2 : L'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR ET DU <i>COPYRIGHT</i> AUX ANCRES	29
Paragraphe 1 : Les ancres numériques	29
Paragraphe 2 : Les ancres matérielles	31
I) Les ancres codifiées	31
II) Les ancres du monde matériel	33
A) Les ancres par scan	33
B) Les ancres par photographies	35
SECTION 2 : LA CIRCONSCRIPTION DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR ET DU <i>COPYRIGHT</i> AUX ANCRES	37
SOUS-SECTION 1 : LA CIRCONSCRIPTION TRADITIONNELLE DU DROIT D'AUTEUR ET DU <i>COPYRIGHT</i>	38
Paragraphe 1 : Les limites externes du monopole	38
I) L'absence de protection des éléments techniques du lien	39
II) La protection d'éléments particuliers du lien	42
A) Les ancres standard	42
B) Les ancres réduites	46
Paragraphe 2 : Les limites internes au droit d'auteur et au copyright	48
I) Les exceptions	50
A) Les citations	53
1) Les bons usages	54
2) La mesure justifiée par le but à atteindre	59
B) Les revues de presse	61
II) La limitation du champ d'application des exceptions par le triple test	63
SOUS-SECTION 2 : LE REGIME DEROGATOIRE APPLICABLE AUX MOTEURS DE RECHERCHE D'IMAGES	68
Paragraphe 1 : La légalité des murs d'images	68
Paragraphe 2 : Les limites à la légalité des murs d'images	74
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES INTERETS DU PUBLIC GRACE AUX ANCRES	76
SECTION 1 : LA CREATION D'UNE BASE DE DONNEES OU D'UNE <i>COMPILATION</i> PAR LES LIENS	76
SOUS-SECTION 1 : LA CREATION MANUELLE OU AUTOMATIQUE D'UNE LISTE DE LIENS	82

Paragraphe 1 : La constitution manuelle d'une liste d'ancres	83
I) La protection d'une base de données par le droit d'auteur et le <i>copyright</i>	83
II) La protection par le droit <i>sui generis</i>	85
Paragraphe 2 : La création automatique d'une liste d'ancres	89
I) L'absence de protection des listes constituées par des algorithmes en droit commun	89
II) La protection des listes de liens	91
A) La protection des listes de liens par le droit <i>sui generis</i>	91
B) La protection des listes de liens par le droit civil	92
SOUS-SECTION 2 : L'UTILISATION D'UNE LISTE PROTEGEE	95
Paragraphe 1 : Les conditions d'utilisation d'une liste protégée	95
Paragraphe 2 : La violation des droits sur les bases de données et les compilations	97
SECTION 2 : LES DROITS MORAUX	100
Paragraphe 1 : L'ancre face au droit de divulgation et de paternité	109
I) Le droit de divulgation de l'œuvre	109
II) Ancre et droit de paternité	114
A) L'absence de mention du nom de l'auteur	116
1) Les liens créés manuellement	117
2) Les liens créés automatiquement	120
B) La violation du droit de paternité par la mention erronée du nom de l'auteur	122
1) La mention erronée du nom de l'auteur	123
2) Le dévoilement du nom de l'auteur	127
Paragraphe 2 : Ancre et droit d'intégrité	131
I) Les liens manuels	135
A) Les ancres constituées d'un texte	136
B) Les ancres constituées d'une œuvre graphique	139
1) La réduction des œuvres graphiques	139
2) La modification des œuvres	141
II) Les liens automatiques	142
A) La constitution d'une ancre par un texte	143
1) L'interdiction de déformer l'œuvre	143
2) Le contexte de présentation de l'œuvre	146
B) La violation de l'intégrité de l'œuvre par la suggestion de recherche	148
TITRE 2 : LA LIBERTE D'ETABLIR UN LIEN	151
CHAPITRE 1 : LES DROITS DE REPRODUCTION ET DE REPRESENTATION LORS DE L'ETABLISSEMENT DU LIEN	151
SECTION 1 : LE DROIT DE REPRODUCTION	152
SOUS-SECTION 1 : LA REPRODUCTION PAR LA MEMOIRE TRANSITOIRE	152
Paragraphe 1 : La reproduction sur la mémoire cache d'un ordinateur	152
Paragraphe 2 : La reproduction transitoire par les prestataires de services	159
I) La reproduction par le moteur de recherche	160
A) La neutralité de la reproduction	164
1) Les reproductions à l'initiative de tiers	164
2) Le caractère automatique des reproductions	169
a) L'absence de modification des œuvres	170
b) La neutralité des prestataires intermédiaires quant à la sélection du contenu	171
B) Les conditions raisonnables de la reproduction	172
1) Les conditions d'accès à la copie	173
2) La durée d'accès à la copie et leur valeur économique	174
a) La durée d'accès à la copie	174
b) La valeur économique de la copie	176
II) La reproduction transitoire par les serveurs mandataires	177
A) Le rôle des prestataires de serveurs mandataires	179

B) La protection des intérêts des auteurs	180
1) La neutralité garantissant les intérêts des auteurs	181
a) L'absence de modification des œuvres	181
b) La mise à jour des contenus	182
2) Les intérêts économiques des auteurs	184
a) La communication des informations relatives à la fréquentation du site reproduit	185
b) La limitation de l'accès au site	186
SOUS-SECTION 2 : LA REPRODUCTION PAR LE LIEN ET LA PERCEPTION PAR L'INTERNAUTE	188
Paragraphe 1 : L'absence de création d'une œuvre par un lien	188
I) L'absence de protection du chemin établi par le lien	189
II) L'absence de création d'œuvre composite par le lien	190
Paragraphe 2 : La reproduction par l'intégration du contenu sur le site ancre	195
I) L'accaparement du site cible par le site source	195
II) La complicité de contrefaçon	200
SECTION 2 : LA LIBERTE DE LIER ET LE DROIT DE REPRESENTATION	202
SOUS-SECTION 1 : LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DE LIER	204
Paragraphe 1 : L'absence d'autorisation préalable à la création d'un lien	204
I) L'hésitation initiale	205
II) L'absence d'autorisation préalable de lier	207
Paragraphe 2 : La liberté des modalités d'établissement d'un lien	212
I) L'indifférence de la nature du lien	212
II) La légalité des liens vers des contenus légaux	216
SOUS-SECTION 2 : LES LIMITES AU PRINCIPE DE LA LIBERTE DE LIER	218
Paragraphe 1 : La responsabilité des créateurs manuels de liens	219
I) Les liaisons interdites	219
A) Les limites à la licéité du lien	220
1) L'illicéité d'un lien vers un contenu illicite	220
2) Le contournement de mesures techniques par les liens	226
B) L'obligation de contrôle	229
I) Le principe de la responsabilité personnelle des créateurs de liens	234
A) L'absence de contrôle à la suite de la création du lien	234
B) L'absence de responsabilité pour autrui	236
Paragraphe 2 : La responsabilité des créateurs automatiques de liens	238
CHAPITRE 2 : LES DIVERGENCES EN MATIERE D'ETABLISSEMENT DE LIENS FACE AUX DROITS	
MORAUX ET AUX DROITS <i>SUI GENERIS</i>	241
SECTION 1 : L'ETABLISSEMENT DES LIENS FACE AUX DROITS MORAUX	241
SOUS-SECTION 1 : LE DROIT MORAL EN TANT QUE LIMITE A L'ACCES A LA CULTURE	245
Paragraphe 1 : Le droit de divulgation	245
Paragraphe 2 : Le droit de retrait et de repentir	249
SOUS-SECTION 2 : LE DROIT MORAL COMME SOUTIEN A L'ACCES A LA CULTURE	254
Paragraphe 1 : Le droit de paternité face aux liens	254
I) La liaison correcte entre l'auteur et son œuvre	257
A) Le principe de proximité	257
1) Le respect du lien de paternité par l'établissement d'un lien	257
2) L'indifférence du respect du droit de paternité par le créateur d'un lien	260
B) L'obligation de précision	261
II) La liaison incorrecte	266
Paragraphe 2 : Le droit à l'intégrité face aux liens	268
I) La liaison entre deux sites différents	270
A) La liaison et la présentation différentes de l'intention de l'auteur	271
1) La liaison différente de l'intention de l'auteur	271
2) La présentation différente de l'intention de l'auteur	273
a) Les divergences des droits français et américain en matière de présentation de l'œuvre	273
b) La convergence limitée des droits français et américain en matière de présentation de l'œuvre	275

B) Le lien vers une contrefaçon du droit moral	276
II) Le découpage des œuvres	277
SECTION 2 : LES LIENS FACE AUX DROITS DES BASES DE DONNEES ET DES <i>COMPILATIONS</i>	279
SOUS-SECTION 1 : L'UTILISATION DU FORMULAIRE DE RECHERCHE D'UNE BASE DE DONNEES PROTEGEE	283
Paragraphe 1 : Le lien manuel vers un formulaire de moteur de recherche	283
Paragraphe 2 : Le lien automatique vers un formulaire de moteur de recherche	285
SOUS-SECTION 2 : L'EXTRACTION DES ELEMENTS DE LA BASE DE DONNEES	290
Paragraphe 1 : Les bases de données protégées par le droit d'auteur et le copyright	290
Paragraphe 2 : Les bases de données protégées par le droit sui generis	292
I) L'extraction des éléments d'une base de données par les ancres de liens	292
II) La réutilisation des éléments d'une base de données par les liens	297
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	301
<hr/>	
SECONDE PARTIE : LE CONFLIT ENTRE L'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR AU LIEN ET LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE	303
<hr/>	
TITRE 1 : LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE ET LE LIEN	311
<hr/>	
CHAPITRE 1 : LE CONTROLE DU PROPRIETAIRE DU SITE LIE	312
SECTION 1 : L'AUTORISATION CONTRACTUELLE DE CREER UN HYPERLIEN	312
SOUS-SECTION 1 : LES CONDITIONS DE L'OPPOSABILITE DES CONDITIONS GENERALES D'UTILISATION	315
Paragraphe 1 : L'accord des parties	316
I) Le principe de la rencontre des volontés	318
A) La communication a priori des conditions générales d'utilisation	320
B) La communication in concreto des conditions générales d'utilisation	327
1) La communication matérielle des conditions générales d'utilisation	327
2) La communication effective des conditions générales d'utilisation	330
II) Les modalités de la réception de l'accord	331
A) Les contrats à titre gratuit	332
B) Les contrats à titre onéreux	336
Paragraphe 2 : La capacité à conclure un contrat	338
I) La capacité des personnes physiques	339
II) La capacité à contracter des algorithmes	341
SOUS-SECTION 2 : L'APPLICATION DE L'ORDRE PUBLIC AUX CONDITIONS GENERALES D'UTILISATION	344
Paragraphe 1 : Ordre public et droits des auteurs	346
I) L'interprétation des contrats	346
A) Les méthodes d'interprétation des cessions	347
B) L'interprétation de la territorialité de la cession	350
II) La cession des œuvres futures	352
Paragraphe 2 : Ordre public et liberté des prix	353
I) Les modalités de fixation du prix	354
II) Le contrôle du juge sur le prix de la cession	356
SECTION 2 : LES PROJETS DE REMUNERATION DES SITES LIES	359
Paragraphe 1 : La rémunération de la presse	360
I) Les modèles économiques de financements croisés	362
A) Les tentatives de rémunération des auteurs	362
1) La rémunération par l'impôt	362
2) La rémunération par un droit voisin	367
B) La création d'un fonds	372
II) Les modèles économiques publicitaires	378
Paragraphe 2 : Les absences de régime de rémunération des auteurs non journalistes	379

I) Les projets de rémunérations des œuvres graphiques	380
II) La loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine	383
CHAPITRE 2 : LIBERTE D'ENTREPRENDRE ET LIBERTE DE LIER	387
SECTION 1 : LA CONNAISSANCE ET LE RENFORCEMENT DE LA LIMITE DE LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE	392
SOUS-SECTION 1 : LA CONNAISSANCE EFFECTIVE	393
Paragraphe 1 : Les critères de la connaissance	395
I) La connaissance du créateur de lien	396
II) Les modalités de la connaissance	402
Paragraphe 2 : L'incitation à la contrefaçon	407
SOUS-SECTION 2 : LA CONNAISSANCE SUPPOSEE	412
Paragraphe 1 : La connaissance apparente	413
Paragraphe 2 : L'aveuglement volontaire	421
SECTION 2 : LE CONTROLE ET LA LIMITE A LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE	427
SOUS-SECTION 1 : LES CRITERES DU CONTROLE	427
Paragraphe 1 : Le contrôle sur les contenus	428
I) Le droit de contrôler	429
II) La possibilité de contrôler	431
Paragraphe 2 : Le régime spécial applicable aux enseignants universitaires	435
SOUS-SECTION 2 : LES BENEFICES FINANCIERS	441
<u>TITRE 2 : LES LIMITES A LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE DES CREATEURS DE LIENS</u>	451
CHAPITRE 1 : L'ETABLISSEMENT D'UN EQUILIBRE DES INTERETS PAR LES PROCEDURES DE NOTIFICATIONS	453
SECTION 1 : LA PROCEDURE DE NOTIFICATION	453
SOUS-SECTION 1 : LA COLLABORATION	454
Paragraphe 1 : Une collaboration limitée à cause de l'absence d'obligation de surveillance	455
I) Le principe de l'absence d'obligation de surveillance	455
II) Les exceptions au principe de l'absence d'obligation de surveillance	459
Paragraphe 2 : Une collaboration effective grâce au formalisme et à la souplesse de la notification	461
I) La procédure de notifications	462
A) Le formalisme des notifications	462
B) La souplesse des notifications	469
II) La collaboration entre les créateurs de liens et les ayants droit	474
A) L'examen de la notification par les créateurs de liens	474
1) La réception de la notification	474
2) Le traitement de la notification	476
B) Le rôle des ayants droit	480
SOUS-SECTION 2 : LA PROCEDURE DE RETRAIT	483
Paragraphe 1 : Le retrait	483
I) Les modalités de retrait	483
A) La procédure	484
B) La transparence	490
II) La responsabilité des créateurs de liens face aux contrefaçons répétées	493
Paragraphe 2 : Les sanctions	502
I) Les notifications infondées envoyées par des personnes physiques	502
A) Les sanctions civiles	504
B) Les sanctions pénales	508
II) Les notifications infondées envoyées par des logiciels	510
SECTION 2 : LE RETABLISSEMENT DU LIEN	513
SOUS-SECTION 1 : LA COLLABORATION LORS DU RETABLISSEMENT DU LIEN	514
Paragraphe 1 : La procédure de rétablissement du lien	514

I) La contre-notification	514
II) La procédure de rétablissement du lien	519
Paragraphe 2 : L'absence d'information des ayants-droit	521
SOUS-SECTION 2 : LES SANCTIONS DE L'ABSENCE DE RETABLISSEMENT DU LIEN	522
CHAPITRE 2 : LE TEMPS DE LA RESOLUTION DU CONFLIT	524
SECTION 1 : LA PREPARATION DE LA PROCEDURE	526
SOUS-SECTION 1 : DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET DROIT D'AUTEUR	527
Paragraphe 1 : La compétence juridictionnelle	531
I) Le choix du juge	531
A) L'insuffisance des règles classiques	531
1) Les règles de compétence extra-contractuelles	532
2) Les règles de compétence contractuelles	533
B) L'adaptation des règles de compétences territoriales à l'internet	536
1) Les droits patrimoniaux	536
2) Les droits moraux	539
II) La reconnaissance des décisions judiciaires	540
A) Les procédures connexes	541
B) La reconnaissance des décisions judiciaires	542
Paragraphe 2 : Le choix de la loi	545
I) L'élection de la loi	547
A) La protection de l'œuvre	547
B) La protection des prérogatives de l'auteur	550
1) Le droit pénal	550
2) L'application du droit civil	551
a) La responsabilité délictuelle	551
b) La responsabilité contractuelle	556
II) Le rejet de la loi étrangère	558
A) L'ordre public	559
B) Les lois de police	560
SOUS-SECTION 2 : LA PREUVE	561
Paragraphe 1 : Le stockage de données	562
I) Le stockage et la conservation des données	563
A) L'obligation de collecter les données	563
B) La gestion des données	569
II) L'obligation de supprimer les données	571
Paragraphe II : La procédure d'injonction	573
SECTION 2 : LA PROCEDURE ET LES SANCTIONS	577
SOUS-SECTION 1 : LA PROCEDURE	578
Paragraphe 1 : Les procédures extra-judiciaires	580
I) Une réglementation en phase avec l'idéal libertaire de l'internet	583
A) La volonté de recourir à un arbitrage	584
B) Le choix de la procédure d'arbitrage	586
1) Le choix des parties	586
2) Le choix de la règle applicable	588
II) Les limites du paradigme libertaire	590
A) Les domaines arbitrables	590
B) La protection des parties	593
1) Le principe de la protection des parties	594
2) Les limites à la protection des parties	596
Paragraphe 2 : Les injonctions	599
I) Les différents types d'injonction	600
A) Les injonctions aux créateurs de liens manuels	600
B) Les injonctions aux créateurs de liens automatiques	605
1) Les créateurs de liens bénéficiant des régimes de responsabilité limité	605

2) Les créateurs de liens ne bénéficiant pas des régimes de responsabilité limité	608
II) Le contrôle des injonctions	609
A) L'équilibre des intérêts	610
B) Le test de proportionnalité	613
Paragraphe 2 : Les sanctions de la contrefaçon par les liens	615
I) Les peines principales	615
A) Les peines pénales	616
B) Les peines civiles	620
II) Les peines complémentaires	625
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	628
CONCLUSION	631
GLOSSAIRE TECHNIQUE	648
GLOSSAIRE DE DROIT AMERICAIN	650
BIBLIOGRAPHIE	654
INDEX	705