

UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHEON SORBONNE

U.F.R Sciences Juridiques & Politiques

**LA RESPONSABILITE DES FOURNISSEURS
D'OUTILS DE RECHERCHE**

Illustrations tirées du droit de la propriété intellectuelle

Mémoire Pour l'Obtention du
DESS/MASTER DROIT DE L'INTERNET ADMINISTRATION ET ENTREPRISES
Présenté par Raphaël Judas-Laballe

Membres du Jury :
Monsieur Georges CHATILLON
Maître Eric A. CAPRIOLI
Monsieur Yigal KLEIN

Président du Jury : **Monsieur Georges CHATILLON**
Directeur du DESS/MASTER - DIAE
Université Paris-I Panthéon-Sorbonne

Directeur de mémoire : **Maître Eric A. CAPRIOLI**
Avocat à la Cour de Paris, Docteur en droit.
Vice-Président de la Fédération Nationale des Tiers de Confiance

ANNEE UNIVERSITAIRE 2004/2005
UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHEON SORBONNE

Sommaire :

| | |
|---------------------------|---|
| Introduction | 2 |
|---------------------------|---|

Partie I. DES FOURNISSEURS D’HYPERLIENS A LA RECHERCHE D’UN REGIME DE RESPONSABILITE

| | |
|--|---|
| Chapitre I La nature du régime de responsabilité des fournisseurs d’outils de recherche est incertaine..... | 8 |
|--|---|

| | |
|---|----|
| Chapitre II L’unité du régime de responsabilité des fournisseurs d’outils de recherche est remise en cause | 14 |
|---|----|

Partie II. LA RESPONSABILITE DES OUTILS DE RECHERCHE A L’EPREUVE DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

| | |
|---|----|
| Chapitre I Le cadre général..... | 18 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| Section I L’activité des fournisseurs d’outils de recherche..... | 19 |
| Section II La typologie des fournisseurs d’outils de recherche..... | 22 |

Chapitre II Le cadre juridique

| | |
|--|----|
| Section I Droits patrimoniaux..... | 26 |
| § 1 Le monopole d’exploitation reconnu à l’auteur..... | 26 |
| 1) Les attributs du monopole d’exploitation reconnu à l’auteur..... | 26 |
| a) Droit de reproduction et indexation sur serveurs caches..... | 26 |
| b) Droit de représentation et affichage des résultats..... | 32 |
| 2) Les objets du monopole d’exploitation reconnu à l’auteur..... | 41 |
| a) L’intégralité de l’œuvre : | 41 |
| i) œuvre littéraire et titre..... | 41 |
| ii) œuvre graphique et image..... | 44 |
| b) L’extrait d’une œuvre : | 50 |
| i) oeuvre sonore et fichiers MP3..... | 50 |
| ii) courte citation et description du lien..... | 52 |
| iii) droit du lien hypertexte..... | 53 |
| § 2 Le droit sui generis reconnu au producteur de bases de données..... | 61 |
| Section II Droit moral..... | 63 |
| § 1 Le droit de divulgation..... | 63 |
| § 2 Le droit à l’intégrité et au respect..... | 64 |
| § 3 Le droit de paternité..... | 66 |
| § 4 Le droit de retrait..... | 66 |

| | |
|-------------------------|----|
| Conclusion | 67 |
|-------------------------|----|

| | |
|----------------------|----|
| Annexes | 70 |
|----------------------|----|

Introduction

Naviguer sur le net¹ sans souci d'analyse statistique, conduit à penser que la recherche d'informations en ligne s'accompagne désormais indubitablement de publicités, de plus en plus souvent adossées aux mots-clés utilisés lors de la recherche. Pourtant, le marché de ce qu'il est convenu d'appeler les « liens promotionnels », sur la définition desquels nous reviendrons plus loin, bénéficie d'une marge de progression importante. Différents instituts d'études spécialisés s'entendent sur cette constatation.

Dans une étude menée en 2004 et ciblée sur une vingtaine d'annonceurs, et malgré la réserve que suscite un échantillon si réduit, Benchmark Group² souligne que les investissements dans ce domaine sont encore sporadiques : seules 6% des entreprises interrogées ont eu recours aux liens sponsorisés pour annoncer sans discontinuité sur toute l'année. En outre, le coût moyen de ces campagnes ne dépasse pas 0,5% du budget publicitaire global, soit à peine 10% de leur budget e-marketing. C'est dire si le phénomène n'en est qu'à ses prémices. Les perspectives de dépenses et les enjeux financiers invitent donc les juristes, universitaires et praticiens, à se pencher sur celles des nouvelles technologies de l'information qui sont mises à contribution par les agences de publicité et les entreprises pour inonder l'espace informationnel en ligne, de messages promotionnels toujours plus intrusifs.

Il se trouve que les outils de recherche, en constante évolution, constituent le terrain privilégié de ce ciblage publicitaire, un outil marketing puissant et encore sous-estimé par les annonceurs. Installés dans le paysage informatique des foyers français depuis moins d'une dizaine d'années³, les outils de recherche constituent en effet des supports adaptés à une communication contextuelle et pertinente.

Sans faire œuvre novatrice, le présent article se propose de retracer les grandes lignes du droit positif applicable en la matière avec d'autant plus d'acuité qu'une série de décisions impliquant les fournisseurs d'outils de recherche ont été rendues par les juridictions françaises début 2005.

C'est à travers le prisme des fournisseurs d'outils de recherche, les FOR, que nous aborderons incidemment des problématiques que partagent la plupart des éditeurs en ligne, les hébergeurs et dans une certaine mesure les fournisseurs d'accès Internet.

En particulier, nous tenterons de passer en revue les situations susceptibles d'engager la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche. Nous garderons à l'esprit la question qui

¹ Diminutif français du terme Internet, défini comme suit par le Bulletin Officiel de l'Education Nationale, Encart du N°14 du 8 avril, à <http://www.education.gouv.fr/bo/1999/14/encart.htm> :

« **Internet** (*n. m. sg.*)

(*Anglais : Internet network, Internet, Net.*)

Réseau mondial associant des ressources de télécommunication et des ordinateurs serveurs et clients, destiné à l'échange de messages électroniques, d'informations multimédias et de fichiers. Il fonctionne en utilisant un protocole commun qui permet l'acheminement de proche en proche de messages découpés en paquets indépendants.

Note : L'acheminement est fondé sur le protocole IP (Internet Protocol), spécifié par l'Internet Society (ISOC). L'accès au réseau est ouvert à tout utilisateur ayant obtenu une adresse auprès d'un organisme accrédité. La gestion est décentralisée en réseaux interconnectés. »

²Benchmark Group, « Présence accrue des grands annonceurs sur le Web », *Stratégie Internet, informations et conseils pour dirigeants d'entreprises*, n° 91, mars 2005, p.2.

³ Pour une étude benchmark des outils de recherche existants en 1995, voir <http://www.ebsi.umontreal.ca/cursus/vol1no2/plourde.html>

sous-tend notre propos, à savoir la détermination du régime de responsabilité approprié à chacune des activités des sites éditeurs-outils de recherche.

La modestie du présent travail devant l'étendue du sujet s'est révélée au fur de la recherche. Cette constatation oblige d'ores et déjà à laisser de côté des pans entiers de notre propos. Ces derniers seront explorés et remaniés dans la suite que l'auteur entend donner au présent article.

Avant toute chose, la notion d'« outil de recherche » doit faire l'objet d'un exercice préalable de qualification. Abusivement confondue avec l'application éponyme, **un site proposant à l'utilisateur d'entrer une requête dans le champ libre d'un formulaire de recherche doit être regardé d'abord comme un site éditeur.**

A ce titre, le site en question se voit soumis au respect des dispositions légales qui régissent l'activité d'éditeur en ligne : présence de mentions légales⁴, déclaration auprès de la Commission Nationale Informatique et Libertés (C.N.I.L.) dans l'hypothèse fréquente de traitement de données à caractère personnel, etc.

Ce type de sites, que nous dénommerons « fournisseurs d'outil de recherche » (FOR, par souci de concision et par analogie aux « fournisseurs d'accès Internet » (F.A.I.), présente cependant une particularité qui justifie une étude distincte: le service interactif qui lui vaut cette appellation⁵ consistant à répondre à une requête formulée par l'utilisateur. La requête déclenche une application serveur⁶ qui interroge une base de données propre à l'outil de recherche considéré par une liste d'adresses URL⁷. Chacune des URL générées est accompagnée d'au moins un hyperlien⁸ et d'une description courte, voire parfois d'une image réduite⁹, le fameux « thumbnail »¹⁰.

⁴ cf. Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, J.O. n° L 178 du 17 juillet 2000, pp. 0001 à 0016, cf. article 5 (informations générales à fournir) et article 6 (informations à fournir dans le cadre de communications commerciales), article 10 (informations à fournir dans le cadre de contrats par voie électronique), sous peine de prison (un an) et sous peine d'amende (75.000 €).

⁵ Une contraction de l'expression utilisée par la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, article 21 : « fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche ».

⁶ D'après le glossaire établi par AFCEE/EDIFRANCE, Observatoire du commerce et des échanges électroniques, lors du rapport du groupe de travail présidé par M. Francis Lorentz, "Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics", une application est « une fonction spécifique ou programme particulier (logiciel) de traitement des données. Dans les domaines des réseaux, une application est généralement cliente ou serveur », glossaire disponible à http://www.finances.gouv.fr/commerce_electronique/lorentz/glossaire.htm#k

⁷ Une U.R.L. est définie par le Journal officiel du 16 mars 1999 comme suit :

« adresse universelle

Domaine : Télécommunications/Internet.

Synonyme : adresse réticulaire.

Définition : Dénomination unique à caractère universel qui permet de localiser une ressource, un document sur l'Internet, et qui indique la méthode pour y accéder, le nom du serveur et le chemin à l'intérieur du serveur.

Note : Par exemple, l'adresse universelle de la page d'accueil de la Délégation générale à la langue française est « <http://www.culture.gouv.fr/culture/dglf/accueil.htm> ». Elle comprend trois parties : « http » indique la méthode d'accès ; « www.culture.gouv.fr » est le nom du serveur du ministère de la culture et de la communication en France sur la toile d'araignée mondiale ; « culture/dglf/accueil.htm » est le chemin d'accès au document.

Voir aussi : domaine, Internet, page d'accueil, système d'adressage par domaines.

Équivalent étranger : uniform resource locator, universal resource locator, URL. »

⁸ Un **hyperlien** peut être décrit comme un « renvoi » interactif figurant dans un « hypertexte ».

Cette notion est à son tour définie au Journal officiel du 16 mars 1999:

« hypertexte n. m.

Domaine : Informatique/Internet.

Cette description sera générée selon les fournisseurs d'outil de recherche, soit par un procédé automatique¹¹, soit par un procédé rédactionnel classique faisant intervenir tantôt un éditeur interne au FOR, tantôt l'éditeur du site référencé lui-même¹².

Cette distinction n'est pas sans répercussion sur la responsabilité du fournisseur d'outil de recherche en cause. Dans le premier cas de figure, le fournisseur d'outil de recherche n'a pas connaissance a priori de la description générée par l'application qu'il fait fonctionner en ligne. En revanche, si cette description a fait l'objet d'une attention toute particulière de la part d'un membre de son équipe rédactionnel, le fournisseur d'outil de recherche ne pourra pas se réfugier derrière l'ignorance de ce texte à la rédaction duquel il aura activement participé.

En effet, le **degré d'ignorance légitime** consentie par la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique¹³ (la LCEN) aux prestataires intermédiaires sous-tend la distinction opérée entre les différents prestataires de services intermédiaires, notamment entre les fournisseurs d'accès Internet¹⁴ et les fournisseurs d'hébergement¹⁵. Ce distinguo repose sur l'idée que l'hébergeur se trouve dans une position technique plus favorable pour connaître effectivement la teneur des informations litigieuses. Le point de contact entre le contenu transporté et le fournisseur d'accès Internet est quant à lui plus ténu.

Opérée par la directive sur le commerce électronique¹⁶ (désormais « la directive »), transposée en l'état par la LCEN, cette distinction s'illustre désormais en jurisprudence. Le juge français¹⁷ a ressenti la nécessité de préciser encore la formule légale:

Définition : Système de renvois permettant de passer directement d'une partie d'un document à une autre, ou d'un document à d'autres documents choisis comme pertinents par l'auteur.

Équivalent étranger : hypertexte. »

De surcroît, le **lien hypertexte** a été défini par la Charte de l'Internet du Groupement des Editeurs de Services en ligne comme étant le « mécanisme de référence, localisé dans, ou produit par, un contenu (source) permettant d'accéder directement à un autre contenu (cible) quelle que soit sa localisation. Ce mécanisme permet de passer instantanément à partir d'un signe contenu dans une page Web à une autre page Web quel que soit sa localisation au sein du réseau », cf. <http://www.geste.fr/publications/charte1.htm>;

la jurisprudence états-unienne l'a défini comme "Programming a particular point on a screen to transfer the user to another Web page when the point, referred to as hyperlink, is clicked is called linking.", *Universal v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d (S.D.N.Y.) définition citée par « Les oeuvres en ligne en droit comparé : droits américain et français », Julien Lacker, mémoire réalisé sous la direction du Professeur Pierre SIRINELLI, mai 2003, p. 62, à <http://www.jriscom.net>; enfin, l'Agence Wallonne des Télécommunications rapporte la définition donnée par l'Office de la langue française du Québec : « Du point de vue technique, un lien hypertexte est "une connexion activable à la demande sur le Web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans l'Internet", voir http://www.awt.be/Web/fic/index.aspx?page=fic.fr_j00.005.002

⁹ par exemple sur www.alexacom.com

¹⁰ traduit par vignette ou imagerie.

¹¹ Dans le cas de moteurs tels que celui de Google

¹² au moment de la soumission de son site auprès de l'outil pour indexation, l'éditeur se voit demandé de fournir une description, enfermée dans un nombre limité de caractères pour s'insérer aisément dans la liste de résultats, le cas échéant.

¹³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004

¹⁴ cf. Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, article 12 « simple transport (*mere conduit*) ».

¹⁵ cf. Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, article 14 « hébergement ».

¹⁶ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite « directive sur le commerce électronique », J.O. n° L 178 du 17 juillet 2000.

¹⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} chambre, 1^{re} section, 16 février 2005, Dargaud Lombard, Lucky comics c/ Tiscali Média, *Revue Mensuelle, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique*, commentaire n°119, juillet-août 2005, p.31.

«... toute personne mentionnée au 2¹⁸ (les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages, de toute nature fournis par des destinataires de ces services) – *c'est-à-dire les prestataires d'hébergement* –

ou, à défaut, toute personne mentionnée au 1¹⁹ (les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne au public) – *c'est-à-dire les fournisseurs d'accès* – ... »

L'évolution du régime de responsabilité des hébergeurs retrace les hésitations du corps social devant une diffusion des contenus au caractère illicite en perpétuelle progression.

Le débat d'idées et la réflexion qui ont entouré la question de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ont pavé la voie à celle de la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche.

Les enjeux idéologiques, la recherche d'un nécessaire équilibre entre la lutte contre l'impunité et les troubles à l'ordre public d'une part, et la protection de la liberté d'expression d'autre part, s'y retrouvent quasiment à l'identique.

A cet égard, les sénateurs ont parfaitement résumé l'arbitrage auquel nous enjoins la « société de l'information », dans une formule que nous souhaiterions citer in extenso :

« A titre liminaire, les auteurs de la saisine entendent rappeler leur profond attachement à l'idée d'une conciliation équilibrée entre le développement de l'Internet et des réseaux numériques, formidables opportunités pour la liberté d'expression et les échanges entre individus, et la protection des autres droits et libertés fondamentaux. Qu'à cet égard, la lutte incessante contre les contenus attentatoires à la dignité humaine, d'une part, et la protection des droits de propriété intellectuelle garants d'une société de culture, d'autre part, sont deux objectifs particulièrement importants. Les potentialités de l'Internet ne sauraient justifier, en aucune façon, l'affranchissement de notre cadre légal et des principes républicains. Pour autant, toute atteinte disproportionnée à la liberté de communication, à la vie privée ou la méconnaissance du rôle du juge, ne pourrait qu'aboutir à la remise en cause du pluralisme des idées et opinions et de la liberté de pensée de chaque individu, fondements de la démocratie. »²⁰

Un rappel succinct des allers-retours du droit français en la matière nous donnera l'occasion d'examiner le paysage des solutions envisagées et d'amorcer humblement une réflexion comparatiste sur la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche. En effet, le régime actuel nous semble empreint d'incertitude juridique, porter la marque d'une grande complexité et exiger des réponses plus sophistiquées qu'à l'endroit des hébergeurs.

¹⁸ De l'article 6 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 dite « LCEN ».

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Saisine du Conseil constitutionnel en date du 19 mai 2004 présentée par plus de soixante députés, en application de l'article 61, alinéa 3, de la Constitution, *Journal officiel du 22 juin 2004*.

Dans un premier temps, la délinquance en ligne a eu raison du principe d'irresponsabilité du fait des contenus, posé par la loi du 1^{er} août 2000²¹. Ce principe, fondé sur une analogie entre les opérateurs de télécommunication et les fournisseurs d'accès Internet d'une part, et entre les centres serveurs télématiques et les hébergeurs d'autre part²², reposait également sur une tradition bien établie d'obligation de neutralité mise à la charge de ces opérateurs²³.

Cette position avait en outre été explicitée par la jurisprudence de la Cour de cassation²⁴, en vertu de laquelle **on ne pouvait envisager dans ce cas de figure « une responsabilité quelconque quant au contenu des messages »**.²⁵

En réaction à la montée de la criminalité en ligne, le juge et le législateur sont tour à tour intervenus pour introduire une plus grande exigence à l'égard des prestataires techniques. Le juge administratif²⁶ et le juge civil²⁷ ont fini par élaborer une obligation générale de « diligence et de prudence »²⁸ très pesante, disproportionnée sans doute au regard de la responsabilité de l'éditeur lui-même.

Or la directive 2000/31/CE *commerce électronique* du 8 juin 2000 en son article 15²⁹ dispose que « Les Etats membres de doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visés 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 ».

La loi du 1^{er} août 2000, dont le texte avait été adopté le 29 juin 2000, avait pour but évident de rééquilibrer la charge de cette responsabilité entre les hébergeurs d'une part et les éditeurs d'autre part. Elle modifiait à nouveau l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, notamment par l'adjonction d'un alinéa 3 censuré aussitôt par le Conseil constitutionnel³⁰, en vertu duquel :

²¹ Loi n° 2000-719 du 1er août 2000 portant modification de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986, insérant un chapitre VI "services de communication en ligne autres que de correspondance privée".

²² cf. Avis Tabarot, n°608, Assemblée Nationale, cite dans *Pour la confiance en l'économie numérique*, collection *Aux sources de la loi*, les éditions des Journaux Officiels, p.131.

²³ Article L 32-1, II, 5° du Code des Postes et des Télécommunications : « ... l'Autorité de régulation des télécommunications (...) veillent au respect par les opérateurs de télécommunications (...) du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis. »

²⁴ Cass. Crim. 15 novembre 1990; cf. avis Tabarot précité.

²⁵ Décision précitée.

²⁶ le Conseil d'état dans son rapport public « Internet et les réseaux numériques », *La Documentation française*, 1998, cité par l'avis Tabarot, précité.

²⁷ Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, Estelle Halliday c/ Valentin Lacambre, *ibid*.

²⁸ *Ibid*.

²⁹ **Article 15 - Absence d'obligation générale en matière de surveillance**

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

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

³⁰ Décision n° 2000-433, 27 juillet 2000, sanctionnant l'alinéa pour incompétence négative.

« La responsabilité pénale et civile des hébergeurs (...) pouvait être engagée (...) dans le cas (...) où ayant été saisi par un tiers estimant que le contenu qu'ils hébergent est illicite ou lui cause préjudice, ils n'ont pas procédé aux diligences appropriées ».

Le dispositif ne mentionnait plus après l'intervention du juge constitutionnel que l'obligation d'« agir promptement pour empêcher l'accès à (...) (un) contenu (illicite) » pour l'hébergeur qui « a été saisi par une autorité judiciaire² ». Or tenu de procéder à la transposition de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, le législateur se trouvait dans l'obligation de réintroduire ce que le Conseil constitutionnel avait dû censurer, l'hypothèse d'engagement de la responsabilité après saisie par un tiers, conformément aux dispositions de l'article 14 de la directive.

Dans les observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi pour la confiance dans l'économie numérique³¹, le gouvernement souligne que cette disposition présente le caractère « inconditionnel et suffisamment précis » qui justifierait d'après la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes³², l'invocabilité directe dudit article en l'absence d'une transposition adéquate.

C'est pourquoi sous l'empire de la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique, transposant la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, seul le fournisseur d'accès Internet bénéficie du régime de responsabilité le moins contraignant.

Les articles 6-I-2 et 6-I-3 de la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique, relatifs respectivement à la responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'hébergement, précise en effet que ces derniers peuvent voir leur responsabilité mise en jeu parce qu'ils n'auraient pas agi promptement pour retirer des données illicites « dès lors qu'ils en avaient eu effectivement connaissance ». L'intervention du juge de l'urgence mentionnée à l'article 6-I-8 n'est pas indispensable. Le rédacteur inclut donc les hypothèses de saisie par un tiers. En revanche, cela ne concerne pas les prestataires mentionnés à l'article 6-I-1 de la même loi, les fournisseurs d'accès Internet.

La distinction intéresse les FOR puisqu'en dépend le degré de responsabilité susceptible d'être mis à leur charge (partie I). C'est tout l'enjeu de la distinction. Les atteintes aux droits d'autrui susceptibles d'engager la responsabilité d'un prestataire de service de recherche peuvent être rangées selon l'objet ou le sujet de la protection organisée par la loi : protection des propriétés incorporelles ou protection des utilisateurs. C'est dans le droit d'auteur que nous puiserons quelques illustrations (partie II).

³¹ J.O. du 22 juin 2004 ; en réponse aux saisines du 18 mai 2004, par des députés et des sénateurs.

³² Voir l'arrêt CJCE, 5 février 1963, Van Gend En Loos c/ Administration douanière des Pays-Bas, 26/62, R. p. 1, et, les arrêts CJCE, 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, R. p. 1299 (effet vertical ; libre prestation de services) et CJCE, 12 décembre 1974, Walrave, 36/74, R. p. 1405 (effet horizontal ; l'égalité de rémunération entre hommes et femmes).

Partie I.

DES FOURNISSEURS D'HYPERLIENS

A LA RECHERCHE D'UN REGIME DE RESPONSABILITE

Il ressort de notre lecture contextuelle, exposée plus haut et confirmée par une ordonnance de référé rendue par le TGI de Paris le 25 mars 2005³³, que l'incertitude relative qui entoure les conditions de mise en jeu de la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche se situe à deux niveaux de l'analyse : la nature du régime (chapitre I) et l'unité du régime (chapitre II).

Chapitre I La nature du régime de responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche est incertaine

D'abord, le doute est permis quant à l'application aux fournisseurs d'outils de recherche du régime des fournisseurs d'accès Internet, du régime des hébergeurs, du régime du stockage ou du régime général de la responsabilité, sans immunité spéciale.

Certes, la directive n'a pas décidé à leur égard quel régime leur appliquer alors même qu'elle vise explicitement les FAI, définis comme fournisseurs de services de simple transport de l'information, et les fournisseurs d'hébergement. Elle n'a pas suivi en cela l'exemple états-unien du Digital Millenium Copyright Act³⁴ dont pourtant elle s'inspire largement.

³³ TGI Paris, réf, 25 mars 2005, Association UEJF, SOS Racisme, MRAP et a. c/ Sociétés OLM-LLC, ThePlanet.com, Free, AOL France, Tiscali, AFA (association fournisseurs d'accès et de services); cf. www.forumInternet.org cité par Luc Grynbaum, *Revue Mensuelle, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique*, commentaire n°118, juillet-août 2005, p.29.

³⁴ voir <http://www.copyright.gov/title17/circ92.pdf>

"Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code :

- (a) Transitory Digital Network Communications (...)
- (b) System Caching (...)
- (c) Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users (...)

(d) INFORMATION LOCATION TOOLS.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the **provider referring or linking users to an online location** containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a **directory, index, reference, pointer, or hypertext link**, if the service provider —

- (1) (A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing;
(B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
(C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

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

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

En réalité, les dispositions finales de la directive³⁵ prévoient expressément qu'un rapport biennuel sera rendu par la Commission au Parlement européen afin d'examiner « la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteurs de recherche ».

Cela peut s'interpréter comme une exclusion des fournisseurs d'outils de recherche du champ d'application de l'immunité relative mise en place par la directive. Dans ce sens, le rapporteur Dionis du Séjour³⁶ estime que l'article 21³⁷ ouvre la possibilité de surveiller « tout nouveau développement ... la nécessité d'adapter le cadre actuel pour tenir compte de ces développements, par exemple d'*ajouter* des limitations *supplémentaires* de responsabilité pour d'autres activités comme la fourniture de liens hypertexte et de services de moteurs de recherche. »

Cette formulation pléonastique³⁸ eut été elle-même sujette à interprétation³⁹ si l'auteur n'avait pas précisé plus haut qu' « *En plus* des questions traitées dans les articles 12 et 14, certains Etats membres ont décidé de prévoir des limitations de responsabilité pour les fournisseurs de liens hypertexte et de services de moteurs de recherche. (...) Si la couverture des hyperliens et des moteurs de recherche par la directive n'a pas été considérée comme nécessaire, etc. ».

Le rapporteur estime que ses auteurs ont entendu exclure les FOR du champ d'application de la directive, en notant que la Commission avait néanmoins encouragé les Etats membres à « renforcer la sécurité juridique des prestataires intermédiaires de services Internet ».

Le silence relatif de la directive à propos des fournisseurs hyperliens et des moteurs de recherche peut aussi exprimer la volonté des auteurs de ne pas faire référence explicite aux fournisseurs d'outils de recherche avant que la nécessité ne s'en ressente, dans l'espoir qu'une rédaction claire mais suffisamment large puisse fournir un substrat légal pérenne.

L'article 21 offrirait alors l'opportunité de s'assurer que ces intermédiaires ne nécessitent pas en réalité un régime différent.

Sans entrer plus avant dans l'interprétation de la volonté du législateur, communautaire ou français, sur le point de savoir si les services des FOR font l'objet d'une inclusion implicite

³⁵ Chapitre IV, article 21, Réexamen de la Directive 2000/31/CE.

³⁶ cf. Rapport Dionis du Séjour, n°1282, Assemblée Nationale 2003, cité dans *Pour la confiance en l'économie numérique*, collection *Aux sources de la loi*, les éditions des Journaux Officiels, p.349.

³⁷ Article 21 – Réexamen

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

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

³⁸ *Ajouter* des limitations *supplémentaires*.

³⁹ En effet, soit l'auteur dit qu'il s'agit d'ajouter des limitations plus exonératoires encore que celles susceptibles de s'appliquer déjà aux outils de recherche (en les détachant donc des régimes des articles 12 et suivants), soit l'auteur dit à l'inverse, qu'il s'agit de créer des limitations destinées aux fournisseurs d'outils de recherche, peu importe qu'elles soient plus ou moins exonératoires, parce que ces derniers ne bénéficient pas des régimes des articles 12 et suivants de la directive.

aux régimes limitatifs de responsabilité, nous voudrions prendre appui sur l'ambiguïté rédactionnelle pour souligner que si les conditions d'invocabilité directe des articles 12 et suivants ne sont pas réunies et que le texte a fait l'objet d'une transposition en juin 2004 en France, les enjeux intellectuel et économique incitent à faire entrer les FOR dans le giron de la directive⁴⁰.

Nous prendrons appui également sur la décision du Tribunal de Grande Instance de Paris du 4 février 2005, « SA Louis Vuitton Malletier c/ Société Google Inc. et SARL Google France »:

« Google fait cependant valoir (...) qu'elle ne serait qu'un intermédiaire technique, prestataire de stockage, au sens de la directive 2000/31/CE dans la mesure où elle stocke les titres, mots-clés et hyperliens fournis par les utilisateurs du service de référencement «Adwords» ... »

Le juge va rejeter ce moyen en distinguant les liens publicitaires «Adwords» de Google, de son « activité de recherche qui n'est pas ici en cause... » : manifestement, le juge offre un accueil partiel à l'argument des défenderesses et considère que « l'activité gratuite de moteur de recherche » s'analyse en une activité de stockage (article 13 de la directive). Notre lecture de la directive nous conduit à la même interprétation⁴¹.

Le juge précise même « que les offres qu'elle⁴² formule dans le cadre de ces services - les liens publicitaires⁴³ -, sortent à l'évidence du champ des prestations offertes par les intermédiaires techniques, fournisseurs d'accès, hébergeurs de sites ou prestataires de *stockage*⁴⁴. » Pourquoi insister sur la distinction, si ce n'est pour mettre les observateurs sur la voie d'une interprétation *a contrario* ?

La directive⁴⁵ réserve les dérogations en matière de responsabilité aux prestataires de services qui se limitent à un rôle « technique, automatique et passif » de transmission ou de stockage, indifférent à l'information transmise.

A ce titre, nous pensons que les fournisseurs d'outils de recherche peuvent d'ores et déjà bénéficier d'un des régimes d'irresponsabilité prévus par les articles 12 et suivants de la directive⁴⁶, contrairement à ce qui a pu être soutenu par d'autres auteurs⁴⁷.

Nous aurions tendance à écarter l'article 14, outre qu'il désigne spécifiquement l'hébergement, parce qu'il concerne « des informations stockées à la demande d'un destinataire du service » entendu au sens du fournisseur de l'information. Or l'information stockée par les fournisseurs d'outils de recherche ne l'est pas à la demande des éditeurs de sites.

⁴⁰ Dans ce sens d'après nous, TGI Paris, 3e ch., 4 février 2005, SA Louis Vuitton Malletier c/ Société Google Inc. et SARL Google France, www.juriscom.net, «...il y a lieu de se référer au texte même du site de Google qui fait bien le départ des prestations proposées entre une activité de moteur de recherche qui n'est pas ici en cause, et une activité bien distincte, commerciale, de prestataire de services publicitaires... »

⁴¹ Voir infra.

⁴² La société Google

⁴³ Précision de l'auteur.

⁴⁴ Italiques de l'auteur.

⁴⁵ Dans ses considérants 42 et suivants.

⁴⁶ Affaire « Louis Vuitton » précitée.

⁴⁷ Dans ce sens, « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet », par Sophie PIRLOT DE CORBION, à <http://www.fundp.ac.be/recherche/publications/fr/54624.html>

Toutefois, cette remarque mérite d'être nuancée : une partie aujourd'hui infime mais grandissante des sites Web, les plus actifs et les plus financés, fait l'objet d'un effort particulier de référencement. Cela implique à tout le moins une soumission auprès des outils de recherche. Cette soumission, manuelle ou automatique, est l'initiative de l'éditeur ou du prestataire en référencement qui agit en son nom.

Après cette soumission, l'outil de recherche indexe l'URL⁴⁸ sur un « Index server » (un serveur de l'index sur lequel est enregistré une base de données des URL indexées par l'application) et enregistre une ou plusieurs pages du site en question sur un « Doc. Server » (serveur de documents). Cette suite d'opérations a pour objet d'améliorer la transmission des résultats lorsqu'un internaute formulera une requête par mots-clés⁴⁹ en relation avec le contenu du site indexé. Ce stockage est réalisé à la demande de l'éditeur.

Dans ce cas précis d'utilisation de services des moteurs de recherche par son destinataire éditeur, nous ne voyons pas à quel titre écarter l'application du régime de faveur destiné aux hébergeurs à l'article 14⁵⁰ : le fournisseur d'outils de recherche fournit, certes sous une modalité particulière, un service d'hébergement.

Il est fort probable au demeurant que l'enregistrement de pages sur un serveur appartenant à l'outil de recherche corresponde à l'activité visée à l'article 13⁵¹ « forme de stockage dite

⁴⁸ L'URL (Universal Resource Locator) est l'adresse alphanumérique d'un site Web, du type www.talkinglaw.net.

⁴⁹ Conforme à la rédaction du considérant 42 de la directive 2000/31/CE.

⁵⁰ **Article 14 – Hébergement**

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

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou
- b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

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

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

⁵¹ **Article 13 - Forme de stockage dite "caching"**

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

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

« *caching* »⁵² : il s'agit bel et bien de stockage « automatique, intermédiaire et temporaire (...) dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires »⁵³.

La LCEN ne distingue que deux types de prestataires dans ses articles 6-I-1 et 6-I-2. Le premier vise les FAI et le second vise les hébergeurs⁵⁴ en mentionnant l'activité de « stockage de signaux ». Les activités visées par l'article 13 de la directive ont été transposées quant à elles à l'article 9 de la LCEN, et intégrées au code des postes et télécommunications à l'article L. 32-3-4. Le dispositif exonératoire est comparable au régime des FAI en ce qui concerne le stockage d'informations illicites.

Dans cette hypothèse, les FOR bénéficient d'un régime plus limitatif de responsabilité que celui des hébergeurs. Cela explique probablement que le modèle de l'article 14 ait prévalu dans certains des pays qui, en prévoyant expressément le régime de responsabilité des fournisseurs d'hyperliens, ont choisi de les responsabiliser davantage⁵⁵. D'autres au contraire ont opté pour le modèle de l'article 12.

Cependant nous sommes dubitatifs quant à l'applicabilité immédiate de **l'article 12**⁵⁶ de la directive aux FOR : il vise uniquement les « activités de transmission et de fournitures d'accès » à la condition que la « durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission. ».

Or l'enregistrement sur les serveurs de documents des fournisseurs d'outils de recherche survit à la transmission. Pour cette même raison, nous rangerions sous l'article 13 le stockage sur serveur « proxy »⁵⁷ réalisé par des FAI. Sur le plan technique, il ne s'agit donc pas de

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

⁵² « Google takes a snapshot of each page examined as it crawls the Web and caches these as a back-up in case the original page is unavailable. If you click on the "Cached" link, you will see the Web page as it looked when we indexed it. The cached content is the content Google uses to judge whether this page is a relevant match for your query. » Voir <http://www.google.com/intl/en/help/features.html>

⁵³ Cette activité consiste à assurer en toute circonstance l'accessibilité du site Web et la transmission de fichiers.

⁵⁴ Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} chambre, 1^{re} section, 16 février 2005, Dargaud Lombard, Lucky comics c/ Tiscali Média, précitée.

⁵⁵ Espagne et Portugal, voir infra.

⁵⁶ **Article 12 - Simple transport ("Mere conduit")**

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

- a) ne soit pas à l'origine de la transmission ;
- b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et
- c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

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

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

⁵⁷ Le stockage par un FAI sur un serveur dit « proxy » consiste à enregistrer les pages les plus consultées. Cela permet au FAI de les diffuser sans solliciter le serveur de l'éditeur à chaque fois que la machine client de

reproductions transitoires aux fins de simple transport (*mere transport*) mais d'antémémoire (forme de stockage dite « *caching* »⁵⁸).

Pourtant, cet aspect mériterait un examen et une réflexion plus approfondis. Nous nous contentons ici d'en exposer les prémisses.

Si plusieurs Etats membres⁵⁹ ont prévu lors de la transposition de la directive, des limitations de responsabilité à destination explicite des fournisseurs hyperliens et des moteurs de recherche, soit sur le modèle de l'article 14, soit sur le modèle de l'article 12, en revanche aucun n'a opté pour le modèle de l'article 13 alors même qu'il est logiquement le plus adapté pour accueillir, tel quel, les activités de fournisseur hyperliens et de moteur de recherche.

Pourtant, à chacune des trois catégories d'activités, la directive entend faire correspondre un régime ajusté. Le respect de cette ventilation plaide ainsi en faveur de l'article 13.

Enfin, plusieurs éléments, au nombre desquels les dernières évolutions jurisprudentielles suggèrent que le régime de responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche n'est pas nécessairement d'un seul tenant⁶⁰.

l'internaute cherche à en consulter les dites pages. Cette copie intermédiaire a pour fonction de réaliser des économies de bande passante et de fluidifier les communications. Un vote par procuration est « by proxy ».

⁵⁸ Du vieux français « cache », utilisé par les trappeurs américains dans le contexte de la chasse.

⁵⁹ L'Espagne, l'Autriche, le Lichtenstein (membre de l'Espace Economique Européen) et le Portugal, comme le rapporte Dionis de Séjour, dans le rapport précité.

⁶⁰ TGI Paris, 3e ch., 4 février 2005, SA Louis Vuitton Malletier c/ Société Google Inc. et SARL Google France, www.juriscom.net, «...il y a lieu de se référer au texte même du site de Google qui fait bien le départ des prestations proposées entre une activité de moteur de recherche qui n'est pas ici en cause, et une activité bien distincte, commerciale, de prestataire de services publicitaires... »

Chapitre L'unité du régime de responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche est remise en cause

Si le juge français a clarifié encore certains aspects de la responsabilité des FOR, c'est au prix de son unité. Avant la LCEN, le régime de responsabilité de droit commun était le seul envisageable.⁶¹

Aujourd'hui, selon l'activité en cause, les FOR verraient leur responsabilité mise en cause soit à raison de l'activité de stockage en antémémoire (article 13 de la directive), soit à raison de l'activité d'hébergement (article 14 de la directive), soit à raison de leur activité publicitaire⁶² (article 1382 du code civil⁶³ et textes spéciaux).

La responsabilité des hébergeurs ayant été abondamment discutée par la doctrine, c'est plus précisément les deux autres hypothèses qui retiendront notre attention.⁶⁴

Des Etats membres qui ont explicitement visé les fournisseurs d'hyperliens et des moteurs de recherche, l'Espagne et le Portugal ont adopté un modèle unifié⁶⁵ alors que l'Autriche et le Lichtenstein ont refusé cette approche monolithique en adossant le régime des moteurs de recherche au dispositif de l'article 14 et celui des fournisseurs d'hyperliens au dispositif de l'article 12.

Tout au long de l'examen en détail des hypothèses de mise en cause de la responsabilité des outils de recherche, se pose la question de savoir si la décision du législateur et/ou du juge français d'opter exclusivement pour le régime général de responsabilité serait de nature à freiner le développement de la société de l'information ou non. Incidemment, il s'agit également de se poser la question de savoir si le régime de responsabilité restreinte appliquée aux fournisseurs d'outils de recherche serait vraiment moins protecteur pour l'utilisateur final, l'internaute.

A la première question, le gouvernement⁶⁶ apporte un solide élément de réponse, en affirmant clairement que « définissant des hypothèses dans lesquelles la responsabilité civile ou pénale des prestataires n'est pas susceptible d'être engagée, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet, de déterminer *a contrario* des cas d'engagement de la responsabilité des prestataires. Dans l'hypothèse où un prestataire ne serait en mesure de justifier que les

⁶¹ Voilà/Wanadoo par exemple est à la fois FAI, outils de recherche et hébergeurs de sites Web.

⁶² Dans ce sens, voir décision précitée note 33.

⁶³ Notamment en ce qui concerne le problème soulevé par le GESTE selon lequel :

« Le caching : ce procédé, qui consiste à pointer vers la copie, mémorisée à un instant "T" de la page d'un service en ligne, pose un réel problème aux éditeurs d'information : tout particulièrement dans le cas des mises à jour qui ne sont pas faites régulièrement, ce qui constitue une dégradation de la qualité de l'information disponible aux internautes, une mauvaise image de l'éditeur initial, celui-ci n'étant pas responsable de cette non actualisation. En outre, cela pose le problème des informations qui seraient volontairement retirées par un éditeur, pour des raisons inhérentes au droit de la presse ou au droit à l'image, et qui continuent à être visibles sur les moteurs de recherche procédant au caching. Enfin, le lien vers cette copie peut constituer, dans les cas visés par le GESTE, un acte de représentation prohibé et la copie elle-même, un acte de reproduction lui-même prohibé, à défaut d'autorisation de la part de l'éditeur » voir http://www.geste.fr/9_commissions/commi_juri3.htm

⁶⁴ Voir la bibliographie en annexe.

⁶⁵ En l'occurrence le modèle de l'article 14.

⁶⁶ Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la Loi pour la Confiance dans l'économie numérique, J.O. du 22 juin 2004 ; en réponse aux saisines du 18 mai 2004, par des députés et des sénateurs.

conditions prévues par l'article 6 pour l'exonérer de sa responsabilité sont réunies, sa responsabilité ne serait pas pour autant automatiquement engagée ; elle ne pourrait l'être qu'à la condition que soit jugé que les conditions mises par le droit commun à l'engagement de la responsabilité soient remplies. »⁶⁷

Par voie de conséquence, si certains des services offerts par les fournisseurs d'outils de recherche ne bénéficient pas du régime d'immunité partielle, cela ne signifie pas pour autant que leur responsabilité au titre de ces activités serait automatiquement mise en jeu. L'argument susceptible d'être soulevé à nouveau, selon lequel le développement de l'Internet en France viendrait à souffrir de ce que des services offerts par les FOR ne bénéficient pas des exonérations de responsabilité des prestataires techniques, fait long feu.

Cela répond également en partie à la question de la protection du destinataire final du service, entendu comme l'internaute et non comme l'éditeur ou l'annonceur, puisque les conditions de mise en jeu de la responsabilité sous le régime général, en vue d'obtenir par exemple la mise hors-ligne du contenu litigieux, nous apparaissent plus difficiles à réunir que la simple notification au prestataire par le tiers « que le contenu (...) est illicite ou lui cause un préjudice » et la preuve que le fournisseur n'a pas procédé « aux diligences appropriées ».

Paradoxalement, le régime d'irresponsabilité conditionnelle se montre à nos yeux plus protecteur des intérêts du destinataire-internaute, l'utilisateur final du moteur de recherche que le régime de droit commun. Il est en tout état de cause plus facile à mettre en œuvre.

En ce qui concerne **la responsabilité civile du fournisseur d'outils de recherche**, le plaignant devra démontrer que les informations affichées sont à l'origine d'une faute, démontrer l'existence d'un préjudice et du lien de causalité.

Mais les dispositions spéciales de la LCEN écartent-elles le régime de droit commun de l'article 1382 du Code civil ? En d'autres termes, peut-on recourir concurremment au régime général quand bien même les conditions d'application des immunités des articles 6 et 9 de la loi seraient réunies ?

Cela reste une question ouverte mais dans la mesure où le Conseil Constitutionnel considère que l'article 1382 du Code civil traduit une « exigence constitutionnelle », **les deux actions coexistent et ne sont pas mutuellement exclusives**. D'après le professeur Viney⁶⁸, cela tient au fait que « la responsabilité civile étant élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle ayant une valeur supérieure aux lois, ce principe n'a pu être affecté par une simple loi. »

Une situation analogue se retrouve en copyright, comme l'indique le U.S. Copyright Office Summary de décembre 1998⁶⁹ :

« The failure of a service provider to qualify for any of the limitations in section 512 does not necessarily make it liable for copyright infringement. The copyright owner must still demonstrate that the provider has infringed, and the provider may still avail

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Cité par « Les oeuvres en ligne en droit comparé : droits américain et français », Julien Lacker, mémoire réalisé sous la direction du Professeur Pierre SIRINELLI, mai 2003, p. 62, à <http://www.jriscom.net>

⁶⁹ à <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> ; les textes de loi relatifs au copyright sont disponibles à l'adresse <http://www.copyright.gov/title17/circ92.pdf>.

itself of any of the defenses, such as fair use, that are available to copyright defendants generally. (section 512(I)).⁷⁰

Le fait que la décision du Conseil constitutionnel ait été rendue sous l'empire de la loi 1er août 2000 est sans effet sur le raisonnement : « Il serait donc possible d'engager la responsabilité civile des personnes qui assurent le stockage sur le fondement de l'article 1382 sans respecter les dispositions plus contraignantes de la loi ... » du 21 juin 2004⁷¹.

En ce qui concerne la **responsabilité pénale⁷² du FOR**, le ministère public devra apporter la preuve qu'une infraction a été commise par l'auteur ou l'éditeur du contenu, que le fournisseur d'outils de recherche avait connaissance des faits et qu'il savait que ces faits étaient constitutifs d'une infraction⁷³.

Cette dernière exigence soulève quelques difficultés lorsqu'on en vient à considérer le cas des fournisseurs d'outils de recherche. Elle a fait l'objet d'âpres discussions à l'endroit des prestataires techniques, débat au terme duquel, il semble qu'un *distinguo* doive être opéré entre celles des infractions qui sont manifestes à tout un chacun, c'est le cas d'atteintes à la dignité humaine et même de cas flagrants de contrefaçon⁷⁴, et celles des infractions qui exigent l'intervention d'un juge, qui seul pourra déterminer si le contenu est illicite, ou protégé par un monopole d'exploitation.

⁷⁰ « Dans l'hypothèse où un prestataire ne serait en mesure de justifier que les conditions prévues par la section 512 pour l'exonérer de sa responsabilité sont réunies, sa responsabilité sur le terrain de la contrefaçon ne serait pas nécessairement engagée. L'auteur devra apporter la preuve que le prestataire a contrefait l'œuvre litigieuse tandis que le prestataire reste en droit d'invoquer les moyens de défense mises à disposition de tout copiste, telles que l'usage loyal. » (traduction libre de l'auteur).

⁷¹ Dans ce sens également, *Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la Loi pour la Confiance dans l'économie numérique*, J.O. du 22 juin 2004 ; en réponse aux saisines du 18 mai 2004, par des députés et des sénateurs, précité.

⁷² Article 121-6 du code pénal : « Sera puni comme l'auteur, le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7. » et article 121-7 du code pénal : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice, la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre. »

⁷³ Pour une illustration aux Etats-Unis, voir « The end of linking? », Chris Sherman, 22 décembre 1999, à <http://www.lists.w3.org/Archives/Public/w3c-waieo/1999OctDec/att-0093/01-aa121099.htm> à propos d'une affaire « Mormon Church c/ Utah Lighthouse Ministry, 1999 », complicité de contrefaçon.

⁷⁴ Dans ce sens, le commentaire de Philippe STOFFEL-MUNCK évoquant « le devoir de discernement du licite et de l'illicite » à la charge des prestataires techniques, à propos de la décision TGI Paris, 3^e chambre, 4 février 2005, SA Louis Vuitton Malletier c/ Sté Google Inc. Et SARL Google France, *Revue Mensuelle, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique*, commentaire n°117, juillet août 2005, p.27.

Et,

à propos de la contrefaçon de marque, le raisonnement de common law exposé par Heidi S. Padawer, Syracuse University, Washington University School of Law, "Google this: Search Engine results weave a Web for trademark infringement actions on the Internet", *WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY*, VOL. 81:1099, note 54: « Hard Rock, 955 F.2d at 1149. The court predicated its finding of actual knowledge on the establishment of "willful blindness" by the district court, holding that willful blindness "is a sufficient basis for a finding of violation of the Lanham Act." Id. at 1148 (quoting Louis Vuitton S.A. v. Lee, 875 F.2d 584, 590 (7th Cir. 1989)). In Lee, the court suggested that a failure to investigate probable trademark infringement for fear of what such an investigation may reveal constitutes willful blindness. Lee, 875 F.2d at 590. The Hard Rock court did distinguish "willful blindness" from "reason to know" by emphasizing that "willful blindness" requires a subjective analysis of what that particular defendant knew whereas "reason to know" objectively queries whether a reasonably prudent man in the defendant's position would have suspected counterfeiting. Hard Rock, 955 F.2d at 1151 ».

Pourtant si cette distinction prête le flanc à la critique, le code pénal lui-même invite à ce pragmatisme puisque le code pénal dispose en son article 121-3 :

«Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de la commettre. Toutefois lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibéré de la personne d'autrui. Il y a également délit lorsque la loi le prévoit en cas de faute d'imprudence ou *négligence*, ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité (...) s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les *diligences normales* contenu de telles exigences, de la nature de ses fonctions, de ses compétences ainsi que des pouvoirs et moyens dont il dispose.

Dans les cas prévus par les aliénas qui précèdent, les personnes qui n'ont pas causé directement le dommage mais qui crée ou ont *contribué à créer la situation* qui a permis la réalisation du dommage ou qui *n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation de prudence ou de sécurité *prévue par la loi ou les règlements*, soit commis une faute caractérisée et qui a exposé autrui à *un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.* »

Il subsiste donc des risques que l'on ne peut ignorer, une idée subtile et presque incongrue dans le cadre du droit pénal qui est un droit spécial d'interprétation stricte. Si d'autres notions de cet article 121-3 du code pénal trouvent un terrain d'expression dans l'article 6 de la LCEN⁷⁵, les dispositions de cet article pénal s'appliquent directement aux fournisseurs d'outils de recherche.

Sans plaquer ce raisonnement sur la LCEN, le Conseil constitutionnel estime néanmoins que les articles 6-I.2 et 6-I.3 de la loi «ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas *manifestement* un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge»⁷⁶.

Certes l'hébergeur peut se voir notifier par un tiers un contenu illicite, encore faut-il que ce dernier soit manifestement illicite pour que l'hébergeur doive en cesser la diffusion.

C'est dans ce sens, que la Cour d'Appel de Versailles estime qu'il existe des « mot-clés manifestement illicites, tels ceux qui sont contraires aux bonnes mœurs ou qui contrefont des marques notoires... »⁷⁷

Ceci est valable pour les FOR. On voit mal comment le juge pourrait à cet égard opérer une distinction entre les FOR et les hébergeurs.

Le droit d'auteur et son élément moral emportent une subjectivité plus affirmée et plus riche que les marques. C'est donc à lui que nous emprunterons les illustrations et les hypothèses de mise en cause de la responsabilité des FOR.

⁷⁵ Par exemple, article 6, 2. al.1 «... si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données (illicites)... ».

⁷⁶ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, J.O., 22 juin 2004, considérant n°9, à <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁷⁷ voir la décision de la Cour d'appel de versailles, 12^{ème} chambre, section 1, arrêt du 10 mars 2005, Google c/ Viaticum, Luteciel, à <http://www.legalis.net>.

Partie II.

LA RESPONSABILITE DES OUTILS DE RECHERCHE A L'EPREUVE DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

Les catégories juridiques mises en jeu par la propriété intellectuelle dans la plupart des systèmes de droit modernes distinguent les protections offertes dans le cadre de la propriété industrielle des protections créées par la propriété littéraire et artistique. Ces différents monopoles d'exploitation consentis par le législateur au détriment de la liberté concurrentielle ne partagent pas tous la même justification.

L'équilibre transactionnel entre ces deux principes⁷⁸ contradictoires se solde généralement par l'élaboration d'un régime adapté aux particularités de l'objet de la protection, qu'il s'agisse d'une marque, d'un modèle, d'une invention, d'une œuvre littéraire, d'une production cinématographique ou encore d'une base de données.

La collision de ces objets avec des applications telles que le robot de Lycos, qui parcourt « le réseau des réseaux » pour en collecter la substantifique moelle, tend à faire exploser les notions traditionnelles auxquelles s'était adossée la « vieille économie ». Œuvre de l'esprit ou résultat d'un investissement industriel, les objets protégés dans la plupart des pays sont mis à

⁷⁸ “The exclusivity of copyright protection also has limits; certain “fair use” defenses are permitted, such as copying portions of the copyrighted work for “criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research.” 20 citant 17 U.S.C. § 107 (2000). “The statute specifies four factors for evaluating fair use:

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non-profit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. *Id*”, cité dans *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 16, Number 2 Spring 2003;

Le US Copyright Office quant à lui introduit le faire use dans les termes suivants:

“One of the rights accorded to the owner of copyright is the right to reproduce or to authorize others to reproduce the work in copies or phonorecords. This right is subject to certain limitations found in sections 107 through 118 of the copyright act (title 17, U.S. Code). One of the more important limitations is the doctrine of “fair use.” Although fair use was not mentioned in the previous copyright law, the doctrine has developed through a substantial number of court decisions over the years. This doctrine has been codified in section 107 of the copyright law. The 1961 Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law cites examples of activities that courts have regarded as fair use: “quotation of excerpts in a review or criticism for purposes of illustration or comment; quotation of short passages in a scholarly or technical work, for illustration or clarification of the author’s observations; use in a parody of some of the content of the work parodied; summary of an address or article, with brief quotations, in a news report; reproduction by a library of a portion of a work to replace part of a damaged copy; reproduction by a teacher or student of a small part of a work to illustrate a lesson; reproduction of a work in legislative or judicial proceedings or reports; incidental and fortuitous reproduction, in a newsreel or broadcast, of a work located in the scene of an event being reported. Copyright protects the particular way an author has expressed himself; it does not extend to any ideas, systems, or factual information conveyed in the work. The safest course is always to get permission from the copyright owner before using copyrighted material. The Copyright Office cannot give this permission. When it is impracticable to obtain permission, use of copyrighted material should be avoided unless the doctrine of “fair use” would clearly apply to the situation. The Copyright Office can neither determine if a certain use may be considered “fair” nor advise on possible copyright violations. If there is any doubt, it is advisable to consult an attorney. FL-102, June 1999”

mal par un réseau ouvert, supranational et décentralisé⁷⁹, que des règles nationales ou internationales parviennent avec peine à appréhender.

Si les titulaires de droits de propriétés intellectuelles, ne sont pas aussi démunis qu'ils aiment à le faire croire devant les effets conjugués de la numérisation et de la propagation proprement tentaculaire du réseau mondial, l'exercice de ces droits a été et reste dans la ligne de mire, non seulement de l'opinion publique mais également de la doctrine. De manière certes moins émotive, plusieurs juristes proposent d'introduire des limitations supplémentaires fondées sur des notions propres au droit de la concurrence.

Chapitre I Le cadre général

Victime parfaite de cette soif d'information que les fournisseurs d'outils de recherche tendent d'apaiser, la propriété littéraire et artistique se décompose à son tour en catégories. Toutes ne sont pas logées à la même enseigne lorsqu'il s'agit de contrefaçon via le réseau Internet⁸⁰ selon qu'il s'agit d'un moteur de recherche ou d'un annuaire.

Section I L'activité des fournisseurs d'outils de recherche

Le terrain n'est pas vierge et quelques auteurs ont déjà envisagé sous des angles parfois très proches la question du respect par les FOR des protections accordées par la propriété littéraire et artistique. Si certains s'adossent plus à la technique et d'autres à l'actualité jurisprudentielle, toutes recourent aux catégories classiques de la matière.

C'est pourquoi aussi la distinction entre droit de reproduction et droit de représentation en droit d'auteur servira de canevas à notre propos. Si la propriété littéraire et artistique s'est enrichie de protections nouvelles à mesure de son adaptation aux réalités artistiques⁸¹ ou techniques⁸² de son époque, c'est essentiellement au droit d'auteur que nous dédierons notre

⁷⁹ Une affirmation qu'il convient de tempérer au regard de l'infrastructure du réseau, décrite avec précision et à l'attention des juristes par Evelyne Lagrange dans « L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers : un essai d'identification », Extrait de la *Revue Générale de Droit International Public*, éditions A. Pedone, avril-juin 2004, n° 2, pp. 310-311.

⁸⁰ Pour une étude exhaustive préparée à l'attention du US Copyright Office, voir « Project Looking Forward Sketching the Future of Copyright in a Networked World », Final Report, May 1998, Prepared for the U.S. Copyright Office by Professor I. Trotter Hardy, College of William and Mary, School of Law », à <http://www.copyright.gov/reports/thardy.pdf>

⁸¹ Protection des interprètes, Article L212-1 A l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels, l'artiste-interprète ou exécutant est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une oeuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes. »

⁸² voir l'énumération grandissante de l'article L112-2 du CPI (Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 1 Journal Officiel du 11 mai 1994) :

« Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code :

1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;

2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres oeuvres de même nature ;

3° Les oeuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;

4° Les oeuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en oeuvre est fixée par écrit ou autrement ;

5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;

6° Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles ;

réflexion. Nous ne manquerons pas de faire des incursions comparatistes outre-atlantique pour mesurer les similitudes de raisonnement entre le droit d'auteur de tradition civiliste et le *copyright de common law*.

Le fonctionnement des FOR expose l'auteur, plus que tout autre, à voir le respect de ses droits réduit à portion congrue.⁸³ Sans préjudice de sa licéité, les FOR sont des véhicules propices à la copie. Ce canal privilégié de propagation informationnelle a donné lieu à de poétiques expressions, au nombre desquelles le « marketing viral », la technique marketing consistant à « transformer le consommateur lui-même en vecteur de promotion. »⁸⁴

Il n'échappera pas à l'esprit ironique qui a forgé ce terme que la diffusion d'une information sur le réseau mondial Internet prend des proportions souvent insoupçonnées. Nous soulignerons qu'après avoir affecté l'auteur, ce « virus » peut affecter le corps social dans son entier.

La doctrine avance souvent l'idée que le droit d'auteur français protège plus l'auteur que l'œuvre elle-même. Il est un droit au centre duquel se trouve, non pas l'intérêt général, mais l'individu⁸⁵. Le législateur français paie tribu à l'artiste. Cette conception apparaît à certains comme marquée historiquement et à tout le moins inadaptée à l'ère des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Il va sans dire que **la dissémination incontrôlée de son œuvre sur un réseau numérique provoque un choc d'envergure chez l'auteur que l'on avait revêtu jusqu'alors d'un manteau de « droits sacrés »**⁸⁶.

Si notre tonalité lyrique peut surprendre dans le cadre d'une analyse juridique, elle reflète la charge émotionnelle que le praticien avisé intègre à sa stratégie processuelle ou à sa plaidoirie, dans une matière que le législateur entend manipuler avec prudence.

Quels sont des droits dont l'auteur est investi, ceux qui méritent une « protection rapprochée » ? Les droits patrimoniaux, droit de reproduction et droit de représentation (aux

7° Les oeuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;

8° Les oeuvres graphiques et typographiques ;

9° Les oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;

10° Les oeuvres des arts appliqués ;

11° Les illustrations, les cartes géographiques ;

12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;

13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;

14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement.

⁸³ Les autres objets protégés par la PLA sont rarement pertinents.

⁸⁴ Voir sur le sujet, l'article du Journal du Management d'octobre 2003,

<http://management.journaldunet.com/dossiers/03109lancement/viral.shtml>

⁸⁵ Dans ce sens, Goutal Jean-Louis, « L'environnement de la directive « droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » et droit international et comparé », Communication commerce électronique, février 2002, p. 11 : « Pour nous, le droit d'auteur n'est pas fait pour favoriser la diffusion des connaissances et de la culture. Il est fait pour conférer une reconnaissance et consécration aux auteurs, en protégeant leurs oeuvres et leur personne (préoccupation étrangère au Copyright27) contre les tentatives d'appropriation, d'altération, d'indiscrétion de la part des tiers, et en leur permettant, si possible de vivre du produit de leur art. », cité par Julien Lacker dans son mémoire précité en note 6.

⁸⁶ Sont visés ici les démembrement du droit moral, droit de paternité, droit de divulgation, droit de retrait, etc.

USA, le droit de distribution numérique) ou les droits moraux, droit de paternité, droit de retrait, droit de divulgation ?

A quelles hypothèses de contrefaçon les FOR doivent-ils se montrer les plus attentifs ? La reproduction et/ou la représentation d'une œuvre intégrale, de titres, d'extraits ou d'éléments tirés de base de données ?

Le risque d'un accès illicite à des œuvres protégées existe dès lors qu'un internaute se connecte à Internet : l'hyperlien en est la pierre angulaire, le garant de sa fluidité et de sa fulgurance. Il n'est pas anodin que les universitaires se soient empressés d'utiliser cet instrument formidable pour conduire leurs recherches. Aucun autre processus n'avait autorisé une telle circulation de la connaissance. Jamais les idées n'ont été de si libre parcours.

Toutefois, pour ne pas scier la branche sur laquelle il est assis, le FOR doit examiner l'environnement dans lequel il tisse des liens et crée des nœuds. Google, le plus fameux des outils de recherche en 2005, est lui-même le fruit de deux universitaires de Stanford⁸⁷, deux jeunes mathématiciens⁸⁸. Décrit avec concision par ses créateurs dans leur thèse, l'outil de recherche a été conçu en 1998 dans le cadre de travaux académiques⁸⁹. Un exemple français comparable est Spinoo⁹⁰, le moteur de recherche des Services Culture Editions Ressources pour l'Education Nationale⁹¹ proposé sur le site du ministère de l'éducation nationale⁹².

Qu'en est-il aujourd'hui de leurs idéaux d'étudiants⁹³ ? Certes, le respect inconditionnel du droit d'auteur n'est pas la première préoccupation des chercheurs soucieux de promouvoir le débat d'idées. Malheureusement, on peut avancer sans coup férir que ce n'est pas cette louable ambition qui imprime à l'outil de recherche sa stratégie de développement actuelle mais plutôt les impératifs commerciaux que ses créateurs entendaient dénoncer alors.

Si les titulaires de marques ont eu récemment à souffrir des agissements de Google, les auteurs ne sont pas en reste. Seulement, une différence de taille semble ouvrir une brèche dans le régime juridique des FOR : les liens sponsorisés. **Ces liens commerciaux impliquent l'intervention d'une équipe éditoriale alors que les liens gratuits sont générés par une application interactive « outil de recherche » qui fonctionne essentiellement selon un motif algorithmique.**

Nous traiterons ici uniquement des atteintes commises via ce service gratuit aux droits du fournisseur de l'information. La publicité en ligne serait discutée dans le cadre de la protection du destinataire de l'information, le consommateur ; sa confrontation au droit des marques dans le cadre de la protection de la propriété industrielle.

⁸⁷ Computer Science Department, Stanford University, Stanford, CA 94305, USA.

⁸⁸ Sergey Brin et Lawrence Page.

⁸⁹ Dans leurs propres termes, une « Academic Search Engine Research ».

⁹⁰ <http://www.endp.fr/spinoo/>

⁹¹ <http://www.endp.fr/>

⁹² <http://www.education.gouv.fr/index.php>

⁹³ “Up until now most search engine development has gone on at companies with little publication of technical details. This causes search engine technology to remain largely a black art and to be advertising oriented (see Appendix A). With Google, we have a strong goal to push more development and understanding into the academic realm (...) In addition to being a high quality search engine, Google is a research tool. The data Google has collected has already resulted in many other papers submitted to conferences and many more on the way ... We hope Google will be a resource for searchers and researchers all around the world and will spark the next generation of search engine technology.”, cf. “*The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual*” par Sergey Brin and Lawrence Page, p.16, disponible sous format .pdf sur le site de Stanford University.

Les outils de recherche vont de pair avec les annuaires, de sorte que Google⁹⁴, outil de recherche dominant le marché, propose un annuaire, tandis que Yahoo⁹⁵, l'annuaire par excellence, propose un outil de recherche.

Les outils de recherche majeurs (à titre d'exemple, quelques acteurs internationaux, AOL⁹⁶, MSN⁹⁷, Lycos⁹⁸, Netscape⁹⁹, Tiscali¹⁰⁰, AltaVista¹⁰¹, Mirago¹⁰², HotBot¹⁰³, DMOZ¹⁰⁴, alltheWeb¹⁰⁵, myway¹⁰⁶, Teoma¹⁰⁷, Wisenut¹⁰⁸ et quelques acteurs nationaux et/ou locaux type Free¹⁰⁹, Voilà/Wanadoo¹¹⁰ en France) opèrent aujourd'hui l'un ou l'autre de ces services en ligne, dans des pays de tradition civiliste et dans des pays de *common law* ; ils sont concernés à plus d'un titre par les développements actuels de la matière.

Section II La typologie des fournisseurs d'outils de recherche

Il est convenu depuis plusieurs années de **distinguer les moteurs (de recherche) des annuaires**, au motif que, pour offrir un service de recherche documentaire, les annuaires opèrent avec des équipes éditoriales et les moteurs mettent simplement à disposition une application en ligne.

Cette différence opérationnelle renverrait à deux régimes de responsabilité distincts. Dans ce sens, il s'agirait de soumettre les moteurs de recherche aux dispositions limitatives de responsabilité telles qu'elles résultent de la rédaction actuelle de la directive¹¹¹, tandis que les annuaires resteraient soumis à une responsabilité éditoriale ordinaire, sans aménagement particulier.

La directive 2000/31/CE a répondu à de nombreuses incertitudes en ce qui concerne les FAI et les hébergeurs. Certes, les FOR n'ont pas été mentionnés par ses dispositions mais soit l'on considère qu'en dépit de cela, les FOR sont d'ores et déjà soumis à la directive, soit dans le cas contraire, il suffit de tirer les conséquences du texte de la directive, par analogie. Il s'agit ensuite de choisir le dispositif le plus adapté.

Ces propos méritent d'être nuancés par deux remarques.

⁹⁴ <http://www.google.com>

⁹⁵ <http://www.yahoo.com>

⁹⁶ <http://www.aol.com>

⁹⁷ <http://www.msn.com>

⁹⁸ <http://www.lycos.com>

⁹⁹ <http://www.netscape.com>

¹⁰⁰ <http://www.tiscali.com>

¹⁰¹ <http://www.altavista.com>

¹⁰² <http://www.mirago.com>

¹⁰³ <http://www.hotbot.com>

¹⁰⁴ <http://www.dmoz.org>

¹⁰⁵ <http://www.alltheWeb.com>

¹⁰⁶ <http://www.myway.com>

¹⁰⁷ <http://www.teoma.com>

¹⁰⁸ <http://www.wisenut.com>

¹⁰⁹ <http://www.free.fr>

¹¹⁰ <http://www.voila.fr>

¹¹¹ Pour une discussion en détail, sur le ou les articles les plus adaptés, nous renvoyons à l'introduction.

Les annuaires tels Yahoo, se voient proposés des Url par les éditeurs de sites qui entendent les faire référencer dans des catégories précises. Ces soumissions ne sont pas à proprement parler du référencement. Il s'agit de l'étape précédente, l'indexation. Soulignons au passage que la plupart du temps, l'éditeur de site qui procède à une soumission auprès d'un annuaire, n'est pas garanti que son site sera effectivement indexé dans l'annuaire ou dans la catégorie souhaitée.

Il s'agit uniquement de soumettre une proposition qui sera étudiée par un membre de l'équipe éditoriale. Ce dernier a toute faculté, comme les conditions de l'opération le mettent généralement en évidence, pour accepter ou refuser l'indexation du site, quand bien même la simple soumission aura été payante. Yahoo en particulier est connu pour avoir pratiqué des tarifs très élevés, sans garantie d'indexation¹¹².

La responsabilité éditoriale est indéniable dans cette hypothèse : l'annuaire, par l'entremise d'un rédacteur, peut décider de rédiger la description ou décider de la rubrique la plus pertinente. Mais la difficulté soulevée classiquement correspond à la surveillance du contenu d'un site qui respecte la politique éditoriale de l'annuaire au moment de l'indexation et qui modifie son contenu par la suite pour y intégrer des éléments illicites.

Arguer de la difficulté technique de surveiller le contenu des pages que l'annuaire indexe est devenu monnaie courante. Cet argument, pour faible qu'il soit en pure logique, a fait son chemin à travers le droit : de même que nous en sommes venus à considérer qu'il était acceptable que les versions successives du système d'exploitation Windows échappent au régime de vices cachés, les éditeurs d'annuaires et nombre de juristes consciencieux avaient promu l'idée que les impératifs techniques mettraient bon nombre de prestataires de services intermédiaires à l'abri de leur responsabilité.

La directive ne fait pas moins qu'exprimer et avaliser cette tendance à s'effacer devant les nécessités de la cause informatique : **les prestataires de services intermédiaires bénéficient de régimes limitatifs de responsabilité**, sous réserve que certaines conditions soient remplies, et tous sont soustraits par l'article 15, à l'obligation générale en matière de surveillance, que l'on pouvait contempler de laisser à leur charge.

On peut regretter cet état de droit mais la directive présente le mérite d'avoir dissipé en 2000, comme le DMCA¹¹³ en 1998, l'insécurité juridique qui avait persisté jusqu'alors et dont on trouve la trace dans tous les articles, travaux et décisions antérieurs.

De surcroît, l'examen attentif des dispositions de la directive ne révèle pas un dispositif de nature à installer les prestataires intermédiaires dans l'illusion d'une quelconque irresponsabilité : il s'agit simplement d'identifier deux temps dans la prise de connaissance par le prestataire d'un contenu illicite. **Avant la connaissance effective, les limitations de sa responsabilité peuvent être invoquées ; une fois cette connaissance effective acquise, elles ne le sont plus.** Enfin, il a été soutenu en doctrine que le régime général de responsabilité ne cesse jamais d'être applicable¹¹⁴.

¹¹² Jusque très récemment, la soumission y était facturée 250 € en Europe et 280 US \$ aux USA.

¹¹³ Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, à <http://www.copyright.gov/title17/92appv.html#a5-1>

¹¹⁴ Voir supra.

L'excuse des difficultés techniques connaît néanmoins certaines limites. Le juge d'appel a récemment souligné à l'égard d'un FOR, certes dans le contexte des liens commerciaux, l'absence « de motifs technologiques auxquels il lui appartenait de remédier... ». Quand bien même l'outil de recherche avait excipé d'obstacles technologiques, il eut fallu qu'il les surmonte.

Plus loin dans la décision, le juge relève avec plus de clarté encore que Google « ne peut opposer aux titulaires des marques contrefaites aucune contrainte économique ou technologique, laquelle résulte de son propre choix... ». Pourquoi dès lors ne pas appliquer ce raisonnement limpide non seulement aux liens sponsorisés mais également aux liens gratuits ?

Comment expliquer encore que les motifs technologiques vailent aux prestataires de services intermédiaires un traitement de faveur ?

L'excuse technologique à elle seule n'eut pas suffi, mais s'y est adjointe la volonté européenne de créer un environnement économiquement viable permettant aux prestataires communautaires de résister à la concurrence des prestataires nord-américains, de ne pas s'éloigner outre mesure du modèle DMCA¹¹⁵ et de renforcer l'acceptation par le grand public de l'équilibre que l'Union entend faire prévaloir entre propriété intellectuelle et liberté d'expression.

Concrètement, la directive demande au prestataire de mettre en oeuvre des moyens de sorte que « ...le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ».

Si le contenu initialement indexé, n'est pas mis hors-ligne par l'annuaire alors même que l'information d'origine a été retirée, par exemple lorsqu'un contenu illicite y aura été substitué, l'éditeur de l'annuaire perdrait le bénéfice de l'article 13¹¹⁶.

Seulement, l'éditeur de l'annuaire n'en a jamais bénéficié parce que dès le départ, son activité se place hors du champ de la prestation technique.

L'annuaire demeure un éditeur, dont la responsabilité est mise en jeu selon les règles de droit commun uniquement et qui logiquement ne devrait pas se voir accorder d'excuse technologique, « laquelle résulte de ses propres choix ».

Contrairement à l'outil de recherche, l'annuaire sort du champ des prestations techniques avant tout parce qu'il est censé avoir pris connaissance au moment de l'indexation des informations auxquelles il renvoie. A cet égard, l'annuaire ne devrait pas pouvoir invoquer l'article 15 de la directive, relatif à l'absence d'obligation générale de surveillance pour s'en dégager. Et pourtant, un suivi des contenus est difficilement concevable.

Qu'en est-il de l'outil de recherche ? Il existe aussi une procédure de soumission mais elle déclenche seulement la visite du *robot* ; cette application est une des composantes de l'outil de recherche. Elle visite et répertorie le site Web en créant des copies sur plusieurs serveurs de l'outil. L'éditeur ne soumet pas autre chose que son URL : pas de titre, ni de description, ni de proposition de rubriques évidemment.

¹¹⁵ Qui ne concerne que le droit d'auteur.

¹¹⁶ Cela autoriserait éventuellement l'auteur à exercer son droit de retrait, voir infra.

Comment ces éléments sont-ils générés ? Une fois encore, un processus automatisé sollicite un index inversé et effectue des tests de pertinence à la volée utilisant des techniques issues de la sémiologie. En fonction des « hit lists », la récurrence de certains mots-clés, des extraits de texte considérés pertinents par l'application, forment un semblant de description.

Le droit au respect de l'œuvre peut en souffrir mais il ne fait pas de doute que la génération de ces fragments de texte par les outils de recherche bénéficie au moins¹¹⁷ de l'exception de courte citation prévue à l'article L.122-5 du CPI¹¹⁸. Cette question sera traitée après avoir exploré la distinction très opérationnelle entre droit de reproduction et droit de représentation dans le cadre de contenus en ligne indexés par les FOR.

N'ayant pas une connaissance effective¹¹⁹ de l'information indexée avant que son attention n'ait été attirée d'une manière ou d'une autre¹²⁰ sur un contenu litigieux, le fournisseur de moteur de recherche doit-il être soumis à une exigence moindre?

Si le raisonnement que nous avons développé plus haut porte à le croire, nous pensons que l'association dangereuse de motifs technologiques et de motivations économiques requiert de la part du législateur une vigilance constante. Cependant, le législateur lui-même intègre nécessairement à sa réflexion des objectifs de politique économique. C'est pourquoi les auteurs et les sociétés de gestion ne cessent d'organiser la défense de leurs intérêts et de faire entendre leur voix sur la protection de leurs droits dans le cadre des prestataires intermédiaires de l'Internet. Qu'en est-il de l'activité des fournisseurs de service de recherche en ligne ?

¹¹⁷ Egalement, elle entre dans le champ de l'exception accordée au créateur d'un index documentaire si les fragments venaient à reproduire des « titres », au sens de la PLA cette fois-ci ; voir Cour de cassation, Assemblée plénière, 30 octobre 1987, Cassation - n° de pourvoi : 86-11918, « Société Microfor c/ SARL Le Monde, à <http://www.forumInternet.org/documents/general/lire.phtml?id=236>

¹¹⁸ Art. L. 122-5 du Code la propriété intellectuelle :

"Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

- 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;
- 2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L.122-6-1 ainsi que des copies ou reproductions d'une base de données électronique ;
- 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :
 - a) Les analyses et **courtes citations** justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées ;
 - b) Les revues de presse ;
 - c) La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ;
 - d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'oeuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les oeuvres d'art mises en vente.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les caractéristiques des documents et les conditions de leur distribution.

4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre.

5° Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat.

¹¹⁹ C'est le « actual knowledge » du DMCA qui a inspiré les rédacteurs de la directive.

¹²⁰ Par un juge ou par un tiers, c'est toute la discussion.

Chapitre II Le cadre juridique

Les droits de propriété littéraire et artistique se distinguent des droits de propriété industrielle parce qu'outre des droits patrimoniaux (section I), il est reconnu au titulaire un droit moral (section II).

Afin de nous inscrire avec plus de lisibilité dans la lignée de nos prédécesseurs, nous reprendrons les catégories sur lesquelles se sont construites la plupart de leurs réflexions: droit de reproduction et droit de représentation, typologie des liens hypertextes, droit sui generis des producteurs de bases de données et enfin distinction l'exercice du droit moral.

Section I Droits patrimoniaux

Les hypothèses de mise en cause de la responsabilité des outils de recherche tirent leurs illustrations les plus saillantes du droit d'auteur (§1) et du droit sui generis reconnu au producteur de bases de données (§2).

§ 1 Le monopole d'exploitation reconnu à l'auteur

Le monopole d'exploitation dévolu à l'auteur d'une œuvre originale se définit en fonction de ses attributs (1) et de ses objets (2).

1) Les attributs du monopole d'exploitation reconnu à l'auteur

Le monopole d'exploitation se manifeste à travers le droit de reproduction (a) mais également à travers le droit de représentation (b).

a) Droit de reproduction et indexation sur serveurs caches

La définition du droit de représentation est donnée par le CPI à l'article L.122-3 :

« La reproduction consiste dans la fixation *matérielle* de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. »

L'accent est mis sur la « fixation matérielle » de l'œuvre, indépendamment du procédé utilisé. Or deux fixations sont « à l'œuvre » lors d'une recherche : la première intervient sur le serveur du FOR, la seconde sur le poste client de l'internaute.

Ce n'est pas en vain que Georges Chatillon insiste sur l'usage limité que l'on doit accorder au caractère prétendument « immatériel » de notre sujet. Si la fixation de souvenirs dans notre mémoire cérébrale se réalise selon des processus physico-chimiques d'une extraordinaire complexité, la plupart d'entre eux restant à établir, en revanche, la fixation d'une œuvre dans la mémoire d'une machine prend appui sur un matériel connu et maîtrisé : des composants électroniques, des transistors et des circuits intégrés. Les phénomènes électriques, les circuits ouverts ou fermés qui réduisent toute information à une expression binaire, faite de 0 et de 1, interagissent avec ces supports et permettent d'y fixer l'œuvre.

La fixation sur un support numérique, qu'il s'agisse du serveur du FOR ou de l'ordinateur du destinataire du service, l'internaute, s'analyse bel et bien comme une fixation, au sens de l'article L-122-3 du CPI.

Le juge français l'a confirmé à propos de copies permanentes sur support numérique¹²¹. L'Union Européenne abonde dans ce sens au travers de la directive du 22 mai 2001 sur *l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*¹²² puisque l'article 2 dispose en des termes suffisamment larges pour inclure la fixation sur support numérique que:

« Les Etats membres prévoient le droit exclusif reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, *quelque forme que ce soit*, en tout ou en partie. »

Que cette forme soit numérique importe peu ; **la copie numérique s'analyse comme une reproduction.**

Cependant des exceptions sont prévues à l'article 5-1 par cette même directive à propos des copies provisoires :

« « Exceptions et limitations

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

- a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou
- b) une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2. »

La formulation est quelque peu alambiquée mais il en ressort tout de même clairement que **les copies transitoires échappent au monopole du droit de reproduction**, aussi longtemps qu'elles respectent les conditions énoncées.

En quoi cela intéresse-t-il les moteurs de recherche ? Les reproductions auxquelles ils procèdent n'ont pas vocation à durer. Le délai de rafraîchissement de ces copies est variable ; il n'est pas inhabituel que le serveur garde une copie deux à trois semaines. S'agit-il encore de copie provisoire ?

Comment interpréter le caractère « provisoire » de la copie ?

S'agit-il de la durée de la transmission (critère objectif) sur le modèle de l'article 12 de la directive, d'une durée limitée par opposition à une durée illimitée (critère subjectif) ? La dernière hypothèse ne fait que repousser la difficulté. Elle repose sur l'intention du copiste et une interprétation téléologique.

¹²¹ Tribunal de Grande Instance de Paris, ord. Réf., 5 mai 1997 :

« ... la numérisation d'une oeuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le Bit, constitue une reproduction de l'oeuvre ... » ; à

http://www.legalis.net/jnet/decisions/dt_auteur/ord_tgi_paris_050597.htm

¹²² à http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr00100019.pdf

Il se peut qu'une copie destinée à être limitée dans le temps soit « oubliée » sur le serveur. Il se peut à l'inverse qu'une copie voulue « permanente » soit effacée quelques secondes après sa fixation.

Un détour par la technique s'impose : il existe deux types de mémoires en jeu lors d'une connexion entre la machine d'un internaute et celles d'un moteur de recherche. Si la partie visible se déroule dans l'interface graphique du navigateur, c'est tout un ensemble d'applications qui sont à l'œuvre au cours d'une telle connexion. Ces différents logiciels sollicitent le matériel sur lequel est fixé l'information.

Du côté client, il s'agit de la mémoire vive ou RAM (Random Access Memory), un type de mémoire dans laquelle l'information n'est conservée que le temps d'une connexion au réseau, le temps d'une session sur la machine et qui peut même être effacée en cours de session par l'utilisateur averti.

Du côté de l'outil de recherche, plusieurs serveurs sont en jeu et gardent en mémoire des copies dites transitoires. Typiquement sur Google¹²³, le *repository* et le *doc. Server*. Mais ces reproductions sont effectuées sur un *proxy*, serveur cache.

Le proxy est un serveur qui joue le rôle d'intermédiaire dont nous avons déjà évoqué l'intérêt pour les FAI¹²⁴. L'intérêt du proxy réside dans l'économie de « bandwidth », la bande passante. La largeur de la bande passante est un critère d'efficacité de la transmission. Il s'agit de la largeur du tuyau à travers lequel le contenu est transmis.

Or il se trouve que les outils de recherche utilisent également ce mode opératoire, pour les mêmes raisons. **Effectuer une reproduction sur un serveur « proxy » permet aux FOR de fournir très rapidement une liste de résultats, sans avoir à interroger d'autres serveurs que les serveurs proxy de l'outil de recherche lui-même.**

A titre d'exemple, une requête sur Google peut générer un résultat classique et un résultat dit en « cache ». Il s'agit de « caching » certes, d'antémémoire, mais pas au sens de l'article 12 de la directive puisque cette reproduction survit à la transmission, chez le fournisseur à tout le moins.

La qualification juridique adéquate correspond d'après nous à celle de « stockage » au sens de l'article 13 de la directive.

Malgré tout, la question de savoir si ces reproductions sont « provisoires » fait débat. Plusieurs travaux¹²⁵ évoquent la discussion entre les partisans d'un pragmatisme mesuré et les tenants d'une protection orthodoxe.¹²⁶

D'un côté, pour relever des exceptions au droit de reproduction, le caractère « transitoire » de la reproduction ne suffit pas. Il faut en outre que la reproduction constitue « une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ». Ces critères se cumulent à chacune des branches de l'alternative suivante :

¹²³ cf annexe 2.

¹²⁴ Fournisseurs d'accès à Internet.

¹²⁵ Dont le mémoire de Julien Lacker, sur lequel nous nous sommes appuyé pour synthétiser la question.

¹²⁶ Pour plus de détail et le point de vue de Professeur Lucas, nous renvoyons au mémoire précité et à « Droit d'auteur et numérique », Litec, 1998 p. 121 et suivantes.

Soit l'unique but de la reproduction est de permettre « une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire » ;

Soit l'unique but de la reproduction est de permettre « une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante... ».

D'une observation attentive on déduit premièrement que le caractère « transitoire » des copies réalisées sur proxy n'est sans doute pas satisfaisant. Dans ce sens, une juridiction américaine¹²⁷ a pu estimer qu'« une copie en RAM » sur un ordinateur qui resterait allumé sans discontinuité perdrait la qualité de copie provisoire. Peu importe le support mémoriel utilisé:

« ... Thus, one need only imagine a scenario where the computer, with the program loaded into RAM, is left on for extended periods of time, say months or years, or indeed left on for the life of the computer. In this event, the RAM version of the program is surely not ephemeral or transient; it is, instead, essentially permanent and thus plainly sufficiently fixed to constitute a copy under the Act... »

Or il se trouve que cet exemple n'est pas une vue de l'esprit : les copies « en cache » réalisées par les FOR sont effectivement enregistrées sur des serveurs qui ne sont jamais éteints, sauf raisons de maintenance ou réparation. Quand bien même, ce serait la mémoire cache des dits serveurs qui seraient le réceptacle des pages reproduites, nous sommes bien sortis du cadre des exceptions posées par l'article 2.

Il y aurait dès lors contrefaçon, violation du monopole sur le droit de reproduction à chaque fois que le prestataire d'outil de recherche garde en « cache » une ou plusieurs pages du site considéré (nous ne parlons pas encore des liens proprement dits mais uniquement des pages enregistrées).

Il reste que sans être transitoires, ces actes de reproduction peuvent être considérées comme « accessoires », puisque le texte précisé : « transitoires *ou* accessoires ». Cette conjonction de coordination signifie que les critères sont alternatifs.

Admettons que tel soit le cas et que ces copies en Proxy « *constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique* » puisque le bon sens nous y encourage¹²⁸, encore faut-il pour invoquer les exceptions de l'article 2 que le procédé satisfasse l'une au moins des deux autres conditions.

Notamment, nous soutiendrons aisément que « le procédé a pour unique finalité (...) de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire » puisqu'il s'agit en effet de faciliter la transmission d'informations pertinentes entre un éditeur de site et le destinataire de l'information, entre un auteur et son public.

¹²⁷ Advanced Computer Services of Michigan, Inc. v. MAI Sus. Corp. , 845 F. Supp. 356, 362-63 (E.D. Va 1994) à <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/cachec1.html>

¹²⁸ Cependant, T. Verbiest note avec justesse que les copies « cache » sont offertes à titre optionnel aux utilisateurs, ce qui vient ternir le caractère « essentiel » de la technique, voir http://www.telaxion.com/verbiest.html#_ftn13

C'est à ce titre, que le FOR pourra invoquer l'application de l'article 2 de la directive 22 mai 2001 sur *l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*.

Cette directive fait explicitement référence aux actes de reproduction tels que le « caching », l'écriture en mémoire vive, dans un de ses considérants. D'après notre lecture, le considérant aurait pu tout autant énumérer la mémorisation « accessoire » sur Proxy. Le considérant précise en effet que :

« ...cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, etc. »

Quant à savoir si le FOR devrait bénéficier des exceptions au droit de reproduction, au titre d'une « utilisation licite » qui n'aurait pas « de signification économique indépendante », nous sommes portés à en douter, et pour les mêmes raisons que nos prédécesseurs¹²⁹ : si le FOR devait renoncer au recours au proxy, l'acquisition de nombreux serveurs serait requise ou la sous-traitance auprès de prestataires dont c'est l'activité principale¹³⁰. En tout état de cause, les reproductions sur proxy résultent d'un choix économique rationnel.

Cependant il n'est pas certain que la solution consistant à multiplier les serveurs (et la consommation de bande passante) permette d'atteindre le résultat obtenu avec les copies transitoires sur Proxy, auquel cas les reproductions provisoires sur serveurs intermédiaires n'auraient pas de « signification économique indépendante ».

La position du Copyright Office¹³¹ insiste sur l'exploitation commerciale des copies transitoires de la manière suivante :

« Digital networks permit a single disk copy of a work to meet the demands of many users by creating multiple RAM copies. These copies need exist only long enough to be perceived (e.g., displayed on the screen or played through speakers), reproduced or otherwise communicated (e.g., to a computer's processing unit) in order for their economic value to be realized. If the network is sufficiently reliable, users have no need to retain copies of the material. Commercial exploitation in a network environment can be said to be based on selling a right to perceive temporary reproductions of works »

Dans le cas précis des fournisseurs de service de recherche, l'exploitation commerciale est indirecte puisque l'internaute n'achète pas le droit de consulter ces copies provisoires. Il s'agit d'un service gratuit. Cependant, un FOR fait valoir et commercialise ses services publicitaires en fonction du nombre d'internautes qui consultent ces copies. Il n'est pas improbable qu'un juge tienne le raisonnement selon lequel du fait de ses activités publicitaires, un FOR exploite

¹²⁹ Professeur Lucas, ouvrage précité, p.132.

¹³⁰ Le recours à la sous-traitance est d'autant plus difficile à mettre en place que les différentes applications qui participent du moteur de recherche sont très intégrées.

¹³¹ U.S. Copyright Office, "DMCA section 104 Report", août 2001, p. 112, cf. <http://www.loc.gov/copyright/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>

commerciallement les copies transitoires qu'il effectue sur ses serveurs dans le cadre de son service gratuit de recherche. Le bénéfice des exceptions au droit de reproduction lui serait alors refusé.

Ce bénéfice lui serait également refusé par la lecture de l'article 2 de la directive du 22 mai 2001 sur *l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* à la lumière de son considérant 44.

« Lorsque les exceptions et les limitations prévues par la présente directive sont appliquées, ce doit être dans le respect des obligations internationales. Ces exceptions et limitations ne sauraient être appliquées d'une manière qui cause un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou qui *porte atteinte à l'exploitation normale de son oeuvre* ou autre objet. Lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en *particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique* accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique. En conséquence, il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'oeuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés. »

Le caching, copie sur serveur « proxy »¹³², peut avoir pour effet de perturber, comme nous l'avons mentionné plus haut les opérations de décompte opérées par une application dédiée sur le site de l'auteur. Les serveurs proxy ne sont les seuls à mettre en difficulté ces compteurs ; c'est le cas également des liens profonds, des liens qui pointent directement sur une page intérieure du site en court-circuitant la page d'accueil. En effet, un marqueur utilisé par le compteur est souvent placé sur cette page d'accueil.

La situation est différente mais le résultat est le même quand un internaute consulte une copie sur proxy plutôt que le document source : dans le premier cas, il sollicite uniquement le serveur du prestataire intermédiaire, dans le second cas il sollicite le serveur du site auteur et sa visite est cette fois-ci comptabilisée. Les ressources publicitaires des sites éditeurs dépendent grandement de l'audience qu'ils peuvent faire valoir auprès des annonceurs et auprès des régies publicitaires partenaires. **L'activité du fournisseur de service de recherche a une incidence économique significative sur le site auteur qui porte atteinte à l'exploitation normale de son oeuvre.**

C'est ce que renforce encore la lecture du considérant 33 de la directive :

« Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit *une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire*, soit une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un autre objet protégé.

Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception

¹³² Traduit aussi « serveur mandataire ».

couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que *les actes de prélecture dans un support rapide (caching)... »*

Il s'agit des copies sur des serveurs « proxy » ;

« ... y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information... »

Il s'agit des outils de mesure d'audience. Cette exigence se retrouve d'ailleurs à l'identique sous l'article 13-I-d de la directive 2000/31/CE « commerce électronique » du 8 juin 2000.

Contrairement à la solution imaginée par F. Sardain en matière de liens profonds, mettre à la charge d'un fournisseur de service de recherche une obligation de recevoir l'autorisation du site pour en copier les pages sur un serveur « proxy » est tout à fait irréaliste. Les moteurs de recherche fonctionnant sur ce modèle ont une activité restreinte à un public confidentiel et ne répondent pas à l'attente du public des moteurs de recherche et annuaires généralistes.

Il nous apparaît que dans ces conditions, les copies sur serveur « proxy » des FOR ne répondent pas aux conditions d'exception au droit de reproduction.

Existe-t-il des exceptions équivalentes pour le droit de représentation ?

b) Droit de représentation et affichage des résultats

A propos du droit d'auteur, nous avons abordé la question de la reproduction sans considération de la fonction même d'un lien hypertexte, à savoir qu'il conduit à un autre document.

Or les résultats générés par les FOR se composent d'une part de documents, de données et d'images et d'autre part de liens hypertextes. Ces liens hypertextes pointent à leur tour non seulement vers des documents, des données et des images mais également vers des sons, des messages, des films, etc.

Les liens pointant vers des objets protégés par la propriété littéraire et artistique seront traités en tant que tels plus loin¹³³. Notons simplement que la liaison opérée par le résultat généré par l'outil de recherche, entre la requête de l'internaute et un document édité par un tiers, cette liaison est dans la très vaste majorité des cas réalisée sans le consentement exprès du tiers.

Cette absence de consentement revêt une grande importance pour le droit de représentation : l'orthodoxie juridique voudrait que toute représentation à un nouveau public fasse l'objet d'une autorisation distincte. C'est un principe constant de la jurisprudence française.

¹³³ Voir infra, partie II, chapitre II, section 1, §1, 2-b-iii) droit du lien hypertexte.

Le juge français¹³⁴ mentionne explicitement le support Internet, dans une affaire « SDV Plurimedia », en précisant que:

« Le journal est une œuvre collective dans laquelle se fondent les contributions individuelles de divers journalistes ; le journaliste en contrepartie de son salaire forfaitaire cède dans le cadre d'un contrat de travail son droit d'auteur à l'entreprise de Presse.

Au regard des dispositions de l'article L 113-5 du CPI, l'œuvre collective est la propriété de la personne physique ou morale au nom de laquelle elle est divulguée.

En conséquence les DNA seraient propriétaires du droit d'auteur.

Cependant le journaliste limite la cession de son droit d'auteur à une première publication et la doctrine estime que la reproduction de l'œuvre d'un journaliste professionnel dans un autre périodique est soumise à autorisation (cf art. L 761-9 alinéa 2 du Code du Travail, L 131-3 CPI).

La convention collective des journalistes reprend en son article 7 cette disposition en ce que " le droit de faire paraître dans plus d'un journal ou périodique des articles ou œuvres littéraires ou artistiques (dont les personnes mentionnées à l'article L 761-2 sont les auteurs), sera obligatoirement subordonné à une convention expresse qui devra indiquer les conditions dans lesquelles sera autorisée la reproduction ".

Ces dispositions s'appliquent à la reproduction des articles sur INTERNET : La communication par réseau présente une spécificité technologique ; Le produit n'est pas le même que celui du journal ; Il s'agit d'un nouveau moyen de communication.

De surcroît les journalistes ne pouvaient céder ce droit d'exploiter sous une forme non prévisible aux termes de l'article L 131-6 du CPI à la date des contrats à moins qu'il n'aient stipulé de façon expresse une participation corrélative aux profits d'exploitations ; tel n'est pas le cas d'espèce puisque la modalité de cette clause est précisément l'objet de négociations entre les journalistes et les Dernières Nouvelles d'Alsace.

La cession globale d'œuvre future est nulle.

Les droits d'auteurs doivent être protégés sur les réseaux numériques.

En conséquence au regard des dispositions combinées des articles L 761-9 du droit du travail et 7 de la convention collective des journalistes la reproduction sur le réseau INTERNET des articles déjà publiés dans les DNA est soumise à l'autorisation des auteurs, c'est à dire des journalistes ».

Le TGI de Paris¹³⁵ confirme la position en estimant de manière plus large que:

¹³⁴ Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, ordonnance de référé commercial, 4 février 1998, USJF, SNJ et a. c/ SDV Plurimedia, à <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tgistrasbourg19980204.htm>

¹³⁵ Tribunal de grande instance de Paris, 1ère chambre, 1ère section, 14 avril 1999, SNJ et autres c/ Figaro à <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tgiparis19990414.htm>

«...si toute publication dans plus d'un journal ou d'un périodique, c'est à dire sur un autre support de même nature, est proscrite, *a fortiori* en est-il ainsi de la reproduction des articles sur un *nouveau support résultant de la technologie récente* et notamment sur réseau télématique après stockage numérique des articles par thème pour constituer un fonds d'archives... »

La formule vise également les technologies Web et la communication via le réseau Internet.

Pour mieux comprendre l'enjeu, rappelons la définition de ce droit que l'on ne retrouve pas en tant que tel dans les systèmes de *common law*.

Le CPI dans son article L. 122-2 dispose que :

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

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

2° Par télédiffusion.

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

Le législateur s'est donné la peine de rédiger une définition suffisamment large pour contenir la communication en ligne sur le réseau Internet. Comme cela est souvent le cas dans le code de la propriété intellectuelle, la définition est illustrée par des exemples énoncés dans une liste non limitative. Une fois encore, le CPI procède de cette manière en précisant que la télédiffusion pouvait correspondre à « un procédé quelconque ».

Sans l'ombre d'un doute La communication par le réseau Internet constitue une forme de diffusion à distance, une « télédiffusion », de sorte que le résultat affiché par un FOR est soumis à cet égard à l'application de l'article 122-2 du CPI : Internet s'analyse effectivement comme un procédé de télécommunication diffusant notamment des documents, des données et des images.

C'est donc le premier alinéa qu'il s'agira d'étudier puisqu'il place au centre de la définition de la représentation, la notion de public. Dépend de la définition du public, la question de savoir si telle ou telle représentation constitue ou non une « nouvelle » représentation, au sens où elle requerrait de la part de l'auteur une autorisation distincte. Si tel était le cas, cette nouvelle représentation ouvrirait droit également à une rémunération distincte.

Nous reviendrons plus tard¹³⁶ sur l'hypothèse d'un résultat généré par un FOR qui n'est pas constitué d'un élément lui-même protégé par le droit d'auteur mais qui ne fait que renvoyer par lien hypertexte vers une oeuvre de l'esprit. L'hypothèse que nous contemplons se trouve donc être la suivante : le résultat généré par le FOR est constitué d'un élément protégé par le droit d'auteur, soit parce que le robot le génère automatiquement, soit parce que le rédacteur de l'annuaire a repris tel quel le texte soumis par l'éditeur d'un site lui-même contrefacteur.

¹³⁶ Voir infra, partie II, chapitre II, section 1, §1, 2-b-iii) droit du lien hypertexte.

Indépendamment de la qualification de cet élément, qui fait l'objet de développements distincts¹³⁷, le droit de représentation nous invite à considérer plus avant la notion de public et à raisonner en trois temps.

D'abord, l'audience internaute s'analyse-t-elle comme un public ? Dans l'affirmative, ce public était-il visé par les représentations que l'auteur a déjà autorisées ? Si tel est le cas, est-on certain que cette représentation ne constitue pas une représentation « autonome » ouvrant droit à une nouvelle rémunération ?

Intuitivement, on pourrait refuser la qualité de public à l'audience internaute pour au moins deux raisons : d'abord, une fois admis que la requête d'un internaute a généré une liste de résultats, rien ne garantit que d'autres internautes vont procéder à la même requête, au même moment ; ensuite, chaque internaute en ligne au même instant se connecte d'une machine différente, dans des lieux distincts de sorte que ces individus ne sont jamais ensemble dans une salle de représentation.

Seulement, tous ces critères de localisation sont inopérants. L'article 45¹³⁸ dispose :

« ...sauf stipulation contraire (...) l'autorisation de télédiffuser l'œuvre ne vaut pas autorisation de communiquer la télédiffusion de cette œuvre dans un *lieu accessible au public* »

Est-ce que communiquer la télédiffusion sur Internet vise un lieu accessible au public ? La Cour de cassation¹³⁹ a jugé dans le domaine audiovisuel que :

« ...l'ensemble des clients de l'hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public ».

Ce public est éclaté, dispersé dans le temps et dans l'espace. La notion s'affranchit désormais du principe d'unité de temps et de lieu. Le concept a volé en éclats et la doctrine en prend acte. Professeur Sirinelli estime à la lumière de cette décision que :

"...l'ensemble des terminaux isolés dans des demeures par lesquelles on peut recevoir, via Internet des œuvres, constitue un public ".¹⁴⁰

Peu importe donc que chaque internaute se connecte individuellement de chez lui. Peu importe également que les internautes se connectent de manière asynchrone.

C'est dans ce sens que l'organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle¹⁴¹ précise que :

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Voir aussi et article 11 bis de la Convention de Berne.

¹³⁹ Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, 6 avril 1994, « Société Câble New Network et a. c/ société Novotel Paris-Les Halles », cf. <http://www.forumInternet.org/documents/general/lire.phtml?id=254>

¹⁴⁰ P. Sirinelli, Les autoroutes de l'information, RIPIA 1996 p.147 cité par Caroline Colin, « Droit de la propriété intellectuelle et notion de public », sous la direction de Monsieur le Professeur Sirinelli, voir http://legal.edhec.com/Showroom/Articles/Memoire1_2001.htm

¹⁴¹ Article 8 Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, cf. http://www.wipo.int/treaties/ft/ip/wct/trtdocs_wo033.html; pour comprendre le rapport entre le traité OMPI et la convention de Berne, l'article 1 précise : « 1) Le présent traité constitue un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, en ce qui concerne

«... les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs oeuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs oeuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée¹⁴² ».

La directive du 22 mai 2001 *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* va encore plus loin dans l'abstraction puisqu'elle dispose que le droit de représentation:

«...doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une oeuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. »

L'analogie entre la communication audiovisuelle et la communication au public en ligne prête le flanc à la critique en ce qu'elle fait fi de l'interactivité qui caractérise la communication en ligne : c'est l'internaute qui recherche activement une information qui va déclencher l'affichage d'une page de résultats.

Il nous semble difficile de soutenir que le FOR joue lui un rôle actif au sens de l'art.11 bis-1 de la Convention de Berne qui stipule que :

"les auteurs d'œuvres artistiques et littéraires jouissent du droit exclusif d'autoriser (...) toute communication publique, soit par fil soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine".

D'après D. Gaudel¹⁴³ en effet :

"Dès lors qu'un tiers vient s'intercaler dans le circuit et organise un réseau de câble pour assurer la distribution des œuvres à un nouveau public, serait-il composé de

les Parties contractantes qui sont des pays membres de l'Union instituée par cette convention. Il n'a aucun lien avec d'autres traités que la Convention de Berne et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité.2) Aucune disposition du présent traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.3) Dans le présent traité, il faut entendre par «Convention de Berne» l'Acte de Paris du 24 juillet 1971 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.4) Les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1er à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne.

¹⁴² La portée de cet article est tempérée par les déclarations communes concernant le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996, selon lesquelles :

«...la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne... », voir

http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html note 7. Nous pensons que l'expression « installation » ne s'entend pas des logiciels ou des applications mais des installations matérielles et vise des hypothèses dans lesquelles l'hôtelier mettrait à la disposition de ses clients des appareils récepteurs dans les chambres, sans transmettre les émissions, Hôtel Lutétia (CA Paris 20/06/1962, Gaz.Pal.17-19/10/1962, RTDCom 1963 p.100 note Desbois) cité par Caroline Colin, voir

http://legal.edhec.com/Showroom/Articles/Memoire1_2001/Memoire1-3_2001.htm

Cette conférence a été approuvée par le Conseil européen du 16 mars 2000 (JOCE L 89 du 11 avril 2000), cf.

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

¹⁴³ D. Gaudel, « A propos de la télédistribution », RIDA 07/1974.111, cité par Caroline Colin.

particuliers reconstituant dans une chambre d'hôtel leur cercle de famille, l'opération change de nature et devient une nouvelle diffusion".

Or, un FOR n'organise en aucune manière un « réseau de câble », à moins d'en donner une définition abstraite plus fonctionnelle en identifiant les flux d'informations à des fils de cuivre ou des fibres optiques.

Le Forum des droits sur l'Internet s'est prononcé en défaveur de cette définition élargie en estimant que¹⁴⁴ :

« Par ailleurs, l'application aux liens hypertextes du principe posé par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 6 avril 1994 s'est heurté à un certain scepticisme. L'analogie effectuée entre la mise à disposition de postes de télévision, constituant des terminaux d'information, et la fourniture de liens hypertextes, constituant des points de connexions entre différentes ressources, est apparue contestable, le Web ne pouvant être assimilé à un réseau câblé. »

Quand bien même, nous adopterions cette définition, le juge français estime que ce critère serait inopérant. Dans une décision du TGI de Paris¹⁴⁵, il juge que:

« ...il importe peu qu'il (*le tiers*)¹⁴⁶ n'ait effectué lui-même aucun acte positif d'émission, l'autorisation de prendre copie étant implicitement contenue dans le droit de visiter ses pages privées".

Cette décision a été rendue sur le terrain du droit de reproduction certes mais distinguer ici la reproduction de la représentation ne servirait en rien le but poursuivi par le dispositif.

Cette décision se transpose donc logiquement aux FOR : **l'audience internaute s'analyse comme un public du point de vue du droit de la représentation**, quand bien même quelques internautes consultent de vingt pays différents, à vingt moments distincts la même œuvre, sous condition que cette œuvre ait été copiée sur le serveur.

Mais qu'en est-il si aucun internaute ne procède à la requête qui va déclencher l'apparition du résultat litigieux dans l'outil de recherche ou si aucun internaute ne consulte la rubrique de l'annuaire dans laquelle il est rangé ? Personne ne sollicite alors cette reproduction : peut encore parler de représentation ?

Paradoxalement, l'absence de représentation réelle a été jugée tout aussi inopérante par une juridiction américaine¹⁴⁷, estimant que :

« The first argument in Ditto's petition is a factual one: it asserts that Kelly never provided evidence that any third party viewed the full-size versions of his images through Ditto's service. The Panel considered and correctly rejected this claim,

¹⁴⁴ Groupe de travail, "Liens Hypertextes », Note intermédiaire sur le cadre juridique des liens hypertextes au regard de la propriété littéraire et artistique, 17 juin 2002, p. 4, voir

<http://www.forumInternet.org/telechargement/documents/lh20020617.pdf>

¹⁴⁵ Tribunal de Grande Instance de Paris, ord.ref. 14/08/1996, JCP E 1996 n°47 p.259, note B.Edelman auteur de « La télédistribution dans les chambres d'hôtel », Dalloz 1994, chroniques p.209, cité par Caroline Colin.

¹⁴⁶ Précision de l'auteur.

¹⁴⁷ Kelly v. Arriba Soft Corp., 280 F.3d 934, 946 (9th Cir. 2002) ("Opinion").

concluding that “[Ditto] made the images available to any viewer that merely visited [Ditto’s] site. Allowing this capability is enough to establish an infringement; *the fact that no one saw the images goes to the issue of damages, not liability.*”

La décision revient à affirmer un droit de représentation « virtuelle » ou « potentielle » : « le fait que personne n’ait vu les images intéressant l’estimation du montant des dommages et intérêts, pas la question de la responsabilité. »

Ayant établi que l’audience internaute constitue un public, il peut encore s’agir d’un **public nouveau** pour une « retransmission nouvelle et autonome » auquel cas une autorisation nouvelle est requise.

Le forum des droits de l’Internet dans une note du 17 juin 2002¹⁴⁸ soutient que le public internaute est d’ordre universel car « indéterminé » :

« En raison du mode de fonctionnement de l’Internet, la personne qui met en ligne des contenus mais ne prévoit pas de dispositif technique particulier pour y accéder (clé d’accès) doit s’attendre à ce qu’un public indéterminé visite son site sans avoir besoin d’une quelconque autorisation (...)

Une majorité des membres du groupe de travail ont ainsi estimé que le lien hypertexte faisait partie intégrante du procédé de communication d’une oeuvre au public ayant été mise en ligne sur l’Internet, dès lors qu’aucune limitation d’accès n’a été prévue par son auteur.

Ainsi, chaque lien hypertexte effectué vers un site participe de la divulgation de l’oeuvre, celle-là même qui a été voulue par l’auteur lors de la mise en ligne de son oeuvre (...)

Le fournisseur du lien ne constitue, dans ce cadre, qu’un intermédiaire dans l’acheminement de l’information vers ce public.»

Ce point de vue repose sur l’idée que le public visé par tout site éditeur est constitué par l’ensemble des internautes disposant d’un accès à l’Internet, quelle que soit le lieu de connexion: cette vision maximaliste fait fi des segmentations classiques, entre public anglophone et public francophone par exemple. Cette opinion a pour corollaire de limiter le monopole d’exploitation tel qu’il est articulé par le droit de représentation.

Nous pourrions objecter que ces segmentations résistent et survivent dans les faits au medium Internet : les campagnes de référencement naturel et les campagne de liens commerciaux ciblent les pays et les locuteurs (avec plus ou moins de précision selon l’outil).

Le référencement naturel par exemple cible les locuteurs en optimisant le site client sur le plan technique. Dans la définition de la stratégie marketing validée in fine par l’éditeur du site, il est tenu compte principalement de la langue dans laquelle l’optimisation technique va être opérée. Les professionnels du référencement s’accordent à dire que le mélange de deux

¹⁴⁸ Groupe de travail, "Liens Hypertextes », Note intermédiaire sur le cadre juridique des liens hypertextes au regard de la propriété littéraire et artistique, 17 juin 2002, p. 4, voir <http://www.forumInternet.org/telechargement/documents/lh20020617.pdf>

langues dans un même code source a tendance à perturber la visite des « *crawlers* », les applications Web qui scannent Internet à la recherche d'informations.

La pratique a dégagé cette règle selon laquelle une seule et même langue devait être employée par le code source d'une page et d'un site en général. A chaque version linguistique, son optimisation. Derrière l'argument commercial, on le comprend, subsiste une réalité technique.

Il en est de même a fortiori dans les campagnes de mots-clefs achetés auprès des régies publicitaires sous forme de liens sponsorisés. Les liens sponsorisés sont de deux types au moins : les liens sponsorisés stricto sensu, dénommés AdWords chez Google et Sponsored Match chez Overture, et les liens contextuels, respectivement AdSense et Content Match chez Google et Overture¹⁴⁹. Les régies se reposent sur la technique de géolocalisation¹⁵⁰ rendue possible par l'identification de l'adresse IP de l'internaute qui entre une requête sur une de leurs interfaces.

Cette géolocalisation, très poussée sur la plateforme Google, va jusqu'à offrir à l'annonceur l'opportunité de délimiter un périmètre d'annonce très efficace. Réglé au mètre près, l'outil permet à notre magasin de légumes d'annoncer dans les cinq cent mètres autour de son magasin s'il le souhaite, et pas au-delà.

A côté de cela, notre annonceur peut également décider de viser uniquement une cible francophone, au Canada, au Luxembourg et à Monaco si sa stratégie commerciale le requiert.

Il nous apparaît que le modèle même des grands FOR repose sur la géolocalisation et les segmentations traditionnelles, propres au marketing traditionnel. Dès lors, considérer que le public de www.apple.com n'est pas plus large que www.apple.co.uk fait violence à la réalité économique qui informe la communication en ligne du groupe Apple.

Certes, un internaute anglophone peut s'informer sur la version australienne d'un site et s'enquérir par exemple des rebondissements de l'affaire « Gutnick » mais la campagne de diffusion d'un éditeur de site australien aura été pensée pour le public australien. Il n'est pas totalement absurde de considérer que la diffusion de la même information sur un site à vocation internationale, tel www.yahoo.com, est constitutive d'un élargissement du public, un public non prévu par l'exploitant qui aurait manifesté sa volonté de communiquer sur www.yahoo.com.au uniquement.

Pourtant, F. Sardain estime que juges et doctrines¹⁵¹ français se rejoignent pour rejeter ce raisonnement. Quand le juge français raisonne en termes de public, ce serait par analogie à la diffusion par satellite, « l'autorisation requise » étant celle qui « qui couvre le public de l'empreinte du satellite ». L'empreinte de l'Internet étant constitué de tous les points de contacts avec le réseau autour du globe, cela revient à viser le « *public universel et indéterminé* » des sites Web.

¹⁴⁹ La troisième régie Miva ne fournit que le service de « liens contextuels ».

¹⁵⁰ voir <https://adwords.google.fr/select/targeting.html>

¹⁵¹ A. Strowel et N. Ide, La responsabilité des intermédiaires sur Internet, RIDA, avril 2000, cité par Frédéric Sardain, *Revue Mensuelle, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique*, études, juin 2005, p.12.

L'analogie nous semble abusive ; affaire à suivre. En revanche, l'analyse économique évoquée par F. Sardain mérite d'être mentionnée et commentée brièvement ici. Si effectivement, le public « global » est pris en considération, **est-on certain que cette représentation ne constitue pas une représentation « autonome » ouvrant droit à une nouvelle rémunération ?**

A cette dernière question, le juge français a fourni des éléments de réponse dans sa décision « CNN » :

«Vu l'article L 122-2 1° du Code de la propriété intellectuelle ;

Attendu que pour décider que la société Novotel Paris-Les Halles, qui offre à la clientèle de l'hôtel qu'elle exploite à Paris, la possibilité de capter, dans les chambres, les programmes de télévision diffusés par la société de droit américain Câble New Network, n'était pas assujettie aux obligations découlant du droit d'auteur, la cour d'appel énonce qu'il n'est procédé à aucune retransmission nouvelle et autonome des émissions diffusées par CNN, et qu'une chambre d'hôtel est un lieu exclusivement privé, non assimilable à un lieu accessible au public... »

D'après l'analyse de la Cour d'appel, le FOR n'est donc dans l'obligation ni de requérir l'autorisation des auteurs des œuvres citées, ni de leur verser une rémunération puisqu'il n'y a pas de « d'interposition dans le processus d'exploitation ».

Le juge du droit casse l'arrêt et estime au contraire :

« Attendu, cependant, que l'ensemble des clients de l'hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision, dans l'exercice et pour les besoins de son commerce, cette communication constituant une représentation des œuvres télévisuelles au sens du texte susvisé, que la cour d'appel a violé par refus d'application ; »¹⁵²

Autrement dit, même si le public est identique, l'hôtelier facture le service « CNN » à ses clients, ou au moins utilise ce service « pour les besoins de son commerce ».

Telle est la situation d'après nous, des FOR qui offre un service de recherche gratuite sur Internet ayant pour objet de se constituer un public, une audience mesurée régulièrement. Cette audience au même titre que l'audience des communications audiovisuelles est valorisée auprès des annonceurs potentiels, les clients des services de régie publicitaires des FOR.

Ce modèle économique classique consiste pour les FOR à générer du chiffre d'affaires en se prévalant de l'audience internaute qu'ils ont réussi à accumuler. Cette audience se mesure en nombre de visites et visiteurs uniques par jour. Or la fréquence des visites dépend de la qualité des informations mises à disposition par les FOR, à destination de leur public.

Il s'agit bel et bien d'une exploitation nouvelle. Ce n'est pas tant « la possibilité réservée au site cible » de maîtriser sa propre audience¹⁵³ qui doit conduire le raisonnement car il se peut

¹⁵² précité.

¹⁵³ Voir dans ce sens, l'article de Frédéric Sardain précité.

très bien que le FOR ne modifie en rien la capacité de mesure d'audience du site cible sur les visites générées par l'outil de recherche, mais plutôt la possibilité que le FOR aura eu d'exploiter la représentation d'une œuvre sans laquelle ses services payants ne seraient pas promus. La représentation sert clairement l'outil de recherche « pour les besoins de son commerce ».

Le fait que le trafic généré par l'outil de recherche échappe à l'application mise en place par l'éditeur pour mesurer son audience et que par voie de conséquence, le site cible souffre des pertes de recettes publicitaires ressort à notre sens de la responsabilité de droit commun et pas du droit d'auteur.

Le droit d'auteur protège des œuvres de l'esprit. En se connectant sur le site d'un FOR, un internaute est invité à entrer une requête : les résultats générés par le service sont énumérés dans une liste, ventilées sur plusieurs dizaines de pages s'il le faut. Il n'est pas rare qu'une requête génère plus d'un million de documents « pertinents ».

Il serait très improbable qu'aucun d'entre eux ne soit protégé par le droit d'auteur ou le *copyright*. Mais quelles œuvres protégées par le droit d'auteur sont susceptibles d'être générées dans cette liste de résultats?

2) Les objets du monopole d'exploitation reconnu à l'auteur

Le format des résultats va informer notre analyse : d'abord un titre sous format hypertexte¹⁵⁴ (enfermé pour la plupart des FOR dans un format précis, n'autorisant pas plus de quatre-vingt caractères), puis une description (en moyenne deux cents caractères) et enfin l'indication du chemin vers le fichier source.

Ce format éditorial a pour conséquence que la contrefaçon peut porter tant sur un extrait de l'œuvre (b) que sur l'œuvre dans son intégralité (a).

a) L'intégralité de l'œuvre

En pratique, les cas de « copies intégrales » se rencontrent principalement à propos des titres (i) et des images (ii) générés par les outils de recherche à la suite d'une requête internaute.

i) œuvre littéraire et titre

Le titre est protégé par l'article L. 112-4 du CPI qui dispose :

« Le titre d'une oeuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'oeuvre elle-même.

Nul ne peut, même si l'oeuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à L. 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une oeuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion. »

¹⁵⁴ Voir plus bas §4.

A supposer que la condition d'originalité soit remplie¹⁵⁵, le titre d'une œuvre qui apparaîtrait dans le résultat pourrait constituer une contrefaçon, qu'il apparaisse comme titre (au sens du format du résultat), description ou lien hypertexte.

Cependant la doctrine est réticente à cet égard pour plusieurs raisons, comme le soulignait T. Verbiest dans un article de 1999:

« la doctrine est majoritairement partisane d'un assouplissement des principes, estimant que les titres, comme les références bibliographiques, doivent pouvoir être repris librement dans un catalogue, un index ou une banque de données. La doctrine invoque des motifs divers, tels que le droit à l'information du public, les nécessités pratiques, les usages dans le secteur de la documentation, l'intérêt général ou la fonction naturelle des titres. Elle a été formellement confirmée par un arrêt du 30 octobre 1987 de la Cour de cassation de France rendu dans l'affaire *Le Monde/Microfor*.¹⁵⁶ »

Cette décision de la Cour de Cassation est fondamentale pour l'activité des fournisseurs de service de recherche dont l'essentiel de l'activité revient à constituer des index extrêmement volumineux, pour certains de plusieurs milliards de documents.

La cour estime en effet que :

« Attendu que, si le titre d'un journal ou d'un de ses articles est protégé comme l'oeuvre elle-même, *l'édition* à des fins documentaires, par quelque moyen que ce soit, *d'un index comportant la mention de ces titres* en vue d'identifier les oeuvres répertoriées *ne porte pas atteinte au droit exclusif d'exploitation* par l'auteur ; (...) »

La solution est-elle transposable aux outils de recherche classique? Certainement puisque :

« ...cet index, *constitué par des procédés informatiques*, était diffusé sous la forme d'un répertoire imprimé présenté en deux sections, l'une, dite « analytique », composée de « *mots-clés* » comportant le *titre* du ou des articles concernés, ainsi que des références bibliographiques précises, et l'autre, dite « chronologique », qui comprenait un « *résumé signalétique* » formé exclusivement d'une ou plusieurs phrases extraites de chaque article »

« Le résumé signalétique » est analogue au mode de présentation des résultats fournis par les moteurs de recherche classiques.

¹⁵⁵ Ce qui ressort de l'appréciation in concreto du juge ; pour exemple dans une affaire "Saveurs" le juge estime que : « Sur la contrefaçon du droit d'auteur, c'est en vain que la société Publications Bonnier revendique la protection du titre "Saveurs", titre de la revue qu'elle édite, sur le fondement de l'article L. 112-4 et suivants du code de la propriété intellectuelle. D'une part, ce titre utilisé pour désigner une revue de gastronomie est dépourvu du caractère original exigé par l'article L. 112-4 du code de la propriété intellectuelle ; d'autre part, l'utilisation par la société Saveurs et Senteurs Créations du terme "saveurs" à titre de nom de domaine pour exploiter le site décrit précédemment, n'est pas de nature à créer une quelconque confusion avec la revue en question. »

¹⁵⁶ Cour de cassation, *Microfor c/ Le Monde*, 30 octobre 1987, Dalloz, Jurisprudence, p.21, conclusions Cabannes., voir aussi <http://www.forumInternet.org/documents/general/lire.phtml?id=248>

A la lecture du dispositif, on pourrait soutenir que les annuaires aient plus de difficulté à se prévaloir de cette décision parce que leurs index sont constitués manuellement, via l'intervention d'une équipe éditoriale humaine, comme nous l'avons souligné plusieurs fois. Or la décision porte uniquement sur « un index constitué par des procédés informatiques », on devine qu'il s'agit de procédés automatisés. C'est en tout cas le sens de l' « informatique », néologisme forgé à partir des mots « information » et « automatique ». La suite de notre analyse démentira cet a priori.

En outre, la cour évoque une condition que les FOR ne respectent pas puisque la mention du nom de l'auteur ne figure presque jamais dans les résultats, si ce n'est le fruit du hasard algorithmique ou d'une politique éditoriale rare :

«Attendu que, lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire, sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source, les courtes citations justifiées par le caractère d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées... »

Quelle est la portée exacte de cette exigence ? Limitée à notre sens : les résultats générés par les outils de recherche indiquent toujours la source du titre repris puisque c'est là leur vocation première. Or par combinaison avec l'obligation des mentions légales mises à la charge de tout éditeur de site par la LCEN, l'indication de la source renvoie au nom de l'auteur, pour autant que ce dernier ait respecté cette obligation.

La difficulté demeure cependant dans les cas où un titre est repris sans indication claire du nom de l'auteur sur un site, qui est à son tour indexé sur un outil de recherche. On se retrouve à nouveau sur le terrain de la complicité par fourniture de moyens évoquée plus haut¹⁵⁷.

La décision est d'autant plus marquante que la Cour d'appel avait estimé que :

« ... que la société Microfor Inc. ne pourra insérer dans l'index (...) des références aux articles parus dans les journaux « Le Monde » et « Le Monde diplomatique » aux motifs que les « résumés signalétiques » de l'index sont obtenus *par raccordement de fragments de l'article répertorié et non par une opération intellectuelle d'analyse...* qui ne saurait passer pour une oeuvre à caractère pédagogique, scientifique ou d'information...

Il était envisageable d'interprétant la motivation de la cour d'appel comme faisant passer une ligne de démarcation entre les moteurs de recherche et les annuaires, en excluant ces derniers de l'intérêt qu'elle présente pour l'activité des FOR. La cour de cassation infirme cette analyse en considérant que l'index généré par procédés informatiques et ... :

« les « résumés », constitués uniquement de courtes citations de l'oeuvre ne dispensant pas le lecteur de recourir à celle-ci, étaient indissociables de la « section analytique » de la publication par le jeu de renvois figurant dans cette section, et que cet ensemble avait le caractère d'une oeuvre d'information »

¹⁵⁷ En raison de la violation du droit de paternité également, voir infra.

A cet égard, les annuaires devraient se prévaloir de la décision sans difficulté particulière. Encore faudrait-il que cette solution puisse satisfaire la condition posée par la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information qui dispose dans son article Article 5, « Exceptions et limitations », que :

« 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'oeuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. »

La solution de l'arrêt Microfor se transposerait-elle aux images, qui elles aussi sont susceptibles d'être reproduites dans leur intégralité par un FOR, sous le format original ou plus souvent sous un format réduit ?

ii) **œuvre graphique et image**

L'image est protégée par le droit d'auteur sous l'article Article L. 112-2 du CPI (Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 1 Journal Officiel du 11 mai 1994) :

« Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code : (...)
6° Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles ;
7° Les oeuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie
8° Les oeuvres graphiques et typographiques ;
9° Les oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;
10° Les oeuvres des arts appliqués ;
11° Les illustrations, les cartes géographiques ;
12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; »

La même condition d'originalité est exigée mais l'œuvre graphique ou plastique ne bénéficie pas de l'exception de droit de citation en dehors de l'hypothèse du L.122-5-d) du CPI visant:

« ...les reproductions, intégrales ou partielles d'oeuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente *judiciaire* effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les oeuvres d'art mises en vente. »

Encore, la jurisprudence interprète-t-elle l'exception strictement¹⁵⁸. D'après le TGI de Paris¹⁵⁹, elle ne couvre pas l'hypothèse de reproductions d'œuvres dans des catalogues diffusés sur Internet. Il précise dans le cadre de ventes *volontaires* (et non judiciaires) :

¹⁵⁸ Cour de cassation, assemblée plénière 5 novembre 1993, Jean-Roger FABRIS c./ Guy LOUDMER - RIDA n° 159, janvier 1994, p. 320 et au Dalloz 1994, Jurisprudence p 481, note T. Foyard, à http://www.droit-auteur.com/jurisprudence_general3.htm ; voir dans le même sens, Cour de cassation, 1ère chambre civile, 4 juillet 1995, JCP G. 1995, II, 22486, Note J-C. Galloux, cité par « Le fair use et les exceptions au droit d'auteur », DEA de droit comparé, Institut de droit comparé, 2003, p.33, voir <http://www.droit->

« ... les actes de contrefaçon sont bien circonscrits puisqu'il s'agit de ventes précises annoncées par des catalogues ayant une diffusion nécessairement limitée dans le temps ; *qu'il en est de même des images contrefaisantes réalisées sur le site Internet...* »

Cette disposition reste certainement problématique pour les FOR¹⁶⁰ qui proposent un service identique au très fameux moteur Arriba, devenu depuis Ditto¹⁶¹. Ce service de recherche génère deux types d'images : l'image dans son format original et une petite image qui reprend l'image originale en réduisant son format de sorte qu'il corresponde à la taille standard défini par l'outil. Redimensionner l'image originale permet de présenter une liste de plusieurs images sur une seule et même page de résultats.

Les FOR proposant ces images sont-ils mieux lotis dans les pays de *common law* ?

On pouvait le penser lorsqu'un juge américain a rendu une décision qui allait faire couler beaucoup d'encre. Quel en était le contexte ?

L'action est introduite en 1999, sur le fondement de la contrefaçon. Arriba propose un index d'images en ligne, notamment celles du plaignant M. Kelly. Dans le même temps, le FOR commercialise un logiciel propriétaire capable de manipuler n'importe quelle image, notamment les images indexées par son moteur. Ces dernières étaient présentées sous forme d'imagette à côté desquelles, figurait une case à cocher. En cochant cette case, l'utilisateur enclenchait le téléchargement de l'image source à partir du serveur du site éditeur et aux fins de manipulation de l'image. Un autre mode de présentation consistait à présenter l'image taille réelle en cliquant sur l'imagette. L'image taille réelle apparaissait alors dans l'interface du moteur de recherche, affichant au passage, des publicités. Cette modalité d'affichage, appelée « framing », donnait l'impression que les images étaient elles-mêmes hébergées par le site Arriba.

Du propre aveu de l'éditeur, la combinaison des deux applications, l'une gratuite « Arriba Vista Image Searcher » et l'autre payante « Arriba Express », permettaient de réduire ses coûts en contrefaisant les images indexées :

« ...image searching is now seamlessly married to media management. (...) the digital images from Arriba Vista can automatically be downloaded into the Arriba Express media management product by clicking a button located on the Arriba Vista search results page. *The combination of Arriba Vista and Arriba Express enables users to rapidly capture, view, edit, organize and re-use media files, significantly reducing time and money spent on media creation and management.*"¹⁶²

[tic.com/pdf/fair_use.pdf](http://www.tic.com/pdf/fair_use.pdf); également dans le cadre d'une diffusion par Internet, Tribunal de Grande Instance de Paris 3ème chambre, 1ème section Jugement du 17 décembre 2002 Jean Dominique B., B.B.A. Architecture / Sotheby's France, Sotheby's International Realty, à http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=40

¹⁵⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris 3ème chambre, 2ème section Jugement du 21 mars 2003 Sa Moulinsart, Mme Fanny R. / SCP Jacques et François T., voir http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=35#

¹⁶⁰ C'est encore le cas des versions Google, MSN, Lycos et Yahoo en 2005.

¹⁶¹ <http://www.ditto.com/>

¹⁶² <http://www.batv.com/batv/frmprof>.

Un photographe, Leslie Kelly, décide d'introduire une action en contrefaçon en droit d'auteur mais en mars 2000, le juge Gary Tyler déboute le photographe en estimant que tant l'utilisation des imagerie que l'utilisation des images taille réelle satisfont les conditions du « fair use », l'équivalent du droit de citation civiliste :

« The Court finds two of the four factors weigh in favor of fair use, and two weigh against it. The first and fourth factors (character of use and lack of market harm) weigh in favor of a fair use finding because of the *established importance of search engines* and the "*transformative*" nature of using reduced versions of images to organize and provide access to them. The second and third factors (creative nature of the work and amount or substantiality of copying) weigh against fair use.

The first factor of the fair use test is the most important in this case. Defendant never held Plaintiff's work out as its own, or even engaged in conduct specifically directed at Plaintiff's work. Plaintiff's images were swept up along with two million others available on the Internet, as part of Defendant's efforts to provide its users with a better way to find images on the Internet. Defendant's purposes were and are inherently transformative, even if its realization of those purposes was at times imperfect. Where, as here, a new use and new technology are evolving, the broad transformative purpose of the use weighs more heavily than the inevitable flaws in its early stages of development.

Le juge américain considère que le critère de l'utilisation dite "transformative" est satisfait dans la mesure où le photographe utilise les images dans un but artistique alors que le fournisseur d'outil de recherche les utilise dans un but d'indexation la plus exhaustive possible. Il prend en considération également la réduction de la taille des images.

Le juge français a pu raisonner en des termes identiques dans le cadre de l'article 112-5 du CPI. On retrouve les deux mêmes critères dans la décision de la Cour d'appel de Versailles quand elle statue le 20 novembre 1991, que :

« ...la *réduction substantielle du format* des œuvres permet d'en ravalier la reproduction au rang de simple allusion aux œuvres d'origine et de l'assimiler à de *courtes citations* s'incorporant au catalogue, œuvre à caractère *d'information*... »

Cette décision a certes été cassée depuis par le juge du droit¹⁶³.

La taille réelle des images générées après le clic sur une imagerie joue en défaveur de l'outil de recherche mais en définitive, le juge considère que l'importance sociale des outils de recherche combinée à une utilisation différente des œuvres plastiques contrebalance les autres considérations, y compris le fait que le moteur ait copié l'intégralité des photographies mises en ligne par l'auteur (certainement une partie quantitativement substantielle...)

Cette décision de première instance a été partiellement infirmée, mais reste d'actualité: les outils de recherche peuvent toujours l'invoquer dans les pays de *common law* en ce qui concerne les imagerie.

¹⁶³ Cour de cassation, assemblée plénière 5 novembre 1993 précitée.

A ce moment de la procédure, les deux jurisprudences, françaises et états-uniennes sont totalement opposées : le juge français interdit là où le juge américain autorise. Si la jurisprudence française de 1993 n'a jamais été remise en cause depuis, en revanche la Cour d'appel pour le 9^{ème} circuit va rapprocher les deux positions.

En février 2002, la cour rend une décision plus équilibrée en reconnaissant à l'outil de recherche le droit d'afficher des images taille réduite dans les résultats générés par son moteur, à la condition que l'URL du site source soit installée comme lien hypertexte sur les imageries. Cependant, elle estime que l'affichage des images taille réelle combinée à la technique du « framing » et du lien profond sort du champ d'application du *fair use* pour trois raisons.

En premier lieu, l'affichage des grandes images n'est pas indispensable au fonctionnement du moteur de recherche. En second lieu, l'utilisation des images par Arriba n'est pas transformative et sert la même fonction artistique. Enfin, cet affichage détourne le public du site cible (la Cour de cassation avait implicitement conclu que tel n'était pas le cas dans l'affaire Microfor). La cour estime qu'il est ainsi porté préjudice à l'auteur et condamne le FOR. Le 18 mars 2004, la Cour de district évalue à plus 350.000 US\$ le montant des dommages et intérêts.

Il ressort clairement de cette décision que le *fair use* rencontre en l'espèce une limite qui interdit aux FOR d'afficher des œuvres plastiques en taille réelle et hors du contexte de leur site Web.

Au cours de la procédure Arriba, l'outil de recherche avait essayé de faire valoir les dispositions limitatives de responsabilité tirées de l'article 17 § 512 (d)¹⁶⁴ du USC (Code des Etats-Unis) qui visent explicitement les FOR, définis comme outils pour la localisation d'information (*information location tools*)¹⁶⁵.

A ce titre **Google s'était joint à l'action par le biais d'un *amicus curiae*** dès après la décision de la Cour d'appel. Cet acte de procédure permet à un tiers au litige de soumettre son appréciation sur un point de droit quand la décision de la juridiction est susceptible d'exercer une influence sur le soumissionnaire de l'*amicus curiae*.

Google justifie de son intérêt à soumettre son appréciation dans des termes qui soulignent l'importance de cette décision pour tous les opérateurs du marché de services de recherche en ligne :

« Google's interest in this case arises because the Panel's decision—without clarification—could lead to allegations of copyright infringement against any Internet service that directly linked to a copyrighted work.

Because linking to third party sites is precisely how search engines like Google work, such an interpretation could destroy the essential service provided by search engines: helping individuals find information in the vast morass that is the Internet.

¹⁶⁴ Précité au chapitre I.

¹⁶⁵ Un bon moteur de recherche étant un moteur qui trouve...

In addition, the Panel's decision leaves search engine companies and other Internet services uncertain of their exposure to copyright infringement liability for the necessary practice of linking to publicly available Web sites ».

L'argument opère néanmoins une certaine confusion en ne reprenant pas la distinction opérée par le juge entre les deux types d'affichages, images réduites et images taille réelle.

L'outil de recherche ne se contente pas d'exprimer son inquiétude et propose deux solutions, si la première est d'ordre technique, la seconde est d'ordre juridique.

La solution technique consiste pour l'éditeur d'un site d'informer les robots des moteurs de recherche que leur visite n'est pas souhaitée. Concrètement, il existe deux moyens : soit par le protocole d'exclusion des robots, soit par une balise html.

Le protocole d'exclusion Robots est une méthode par laquelle l'administrateur d'un site Web indiquent quelles parties du site il entend interdire à la visite du robot. Le robot visitant un site va d'abord vérifier le fichier robots.txt pour analyser son contenu et prendre connaissance des documents interdits.

La balise html n'exige pas d'intervention de la part de l'administrateur du site Web, une fois que la balise est en place : il interdit l'indexation du document et des liens hypertextes y attachés. La balise se présente dans le code source, de la manière suivante :

```
html>
head>
meta name="robots" content="noindex,nofollow">
meta name="description" content="....">
title>...</title>
/head>
body>
```

Il existe deux attributs susceptibles d'être insérés dans la balise « robots »: l'attribut « index » commande l'indexation du contenu de la page, l'attribut « follow » commande l'indexation des liens posés sur la page.

Il suffit de donner la valeur « no » à l'attribut « index » ou à l'attribut « follow » pour que le document ou ses liens hypertextes ne soient pas indexés par le robot et que la page n'apparaisse donc pas dans la liste des résultats fournis par le prestataire de service de recherche.

Il en va de même pour la valeur « all » qui au contraire exprime la volonté de l'éditeur d'accepter la visite du robot. C'est une manifestation active de son autorisation.

Pourquoi ne pas imposer aux éditeurs de sites Web de recourir à cette technique ?

Tout simplement parce qu'il ne serait pas acceptable non plus que soit mis à la charge du bon père de famille de se prémunir contre les agissements illicites de tiers. Il y aurait là un renversement des rôles susceptible de pervertir nos systèmes de droit. Une telle prime à la délinquance doit être rejetée avec la plus grande vigueur. Il appartient à celui qui est susceptible de porter préjudice à autrui de prendre les mesures nécessaires contre la

survenance de tout dommage. C'est le sens même de la responsabilité en droit civil et du principe de *negligence*¹⁶⁶ des *Torts* (droit de la responsabilité) en *common law*.

Une décision fondatrice en la matière, *Donoghue (or McAlister) v. Stevenson*, nous intéresse tout particulièrement puisqu'elle a été rendue par la Chambre des Lords sous l'empire du droit écossais, de tradition civiliste: il n'a jamais été soutenu que le droit civil et la *common law* formulaient à cet égard des solutions différentes.

C'est pourquoi, le raisonnement du juge Lord Atkin a connu un retentissement dans un grand nombre de juridictions différentes. Le « principe du voisin » qu'il y formule, selon lequel les conséquences prévisibles d'un comportement font naître sur la tête de son auteur une obligation de précaution est devenue centrale dans la doctrine alors naissante de la « *negligence* » :

« ...There must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. ... The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour; and the lawyer's question: Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as long as so affected when I am directing my mind to the acts or omissions that are called in question. “

Il ne doit pas être imposé à l'exploitant d'un site de prévenir les agissements des outils de recherche et l'excuse « technologique » doit être strictement encadrée.

Une autre raison plus factuelle cette fois ôte à la première proposition de Google son intérêt: tous les outils de recherche ne respectent pas les protocoles d'exclusion (ou la fonction des balises sœurs « *noindex, nofollow* ») de sorte qu'imposer leur installation aux éditeurs n'offrirait aucune garantie.

En revanche, les FOR qui n'utilisent pas ces techniques simples et peu coûteuses engagent très certainement leur responsabilité sur les fondements respectifs de la responsabilité civile en droit civil et de la négligence en droit de la *common law*.

C'est d'ailleurs sur le terrain juridique que Google formule une seconde proposition, à savoir que les éditeurs recourent à la procédure de notification organisée par l'article 17 § 512 (d)¹⁶⁷ du USC précité afin de voir le contenu litigieux retiré de l'index en cause.

Outre le fait que ce dispositif évoqué au chapitre I est essentiellement une procédure *a posteriori*, procédure précontentieuse qui exige une action positive de l'auteur à l'attention de chaque prestataire qui aura indexé le contenu litigieux, le juge a estimé qu'en l'espèce, les faits de la cause ne permettaient pas au FOR d'invoquer ces dispositions dans la mesure où sa responsabilité n'était pas mise en cause sur le terrain de la fourniture de moyens : Ditto n'est

¹⁶⁶ voir l'arrêt *Donoghue (or McAlister) v. Stevenson*, [1932] A.C. 532, 1932 S.C.(H.L.) 31 sur <http://en.wikipedia.org/wiki>

¹⁶⁷ Précité au chapitre I.

pas un tiers à la contrefaçon qui se serait rendu coupable de contrefaçon par mise à disposition mais il est contrefacteur à part entière :

« ...as described in the briefs and herein, Kelly's claim is not based on Ditto's third-party liability for "referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity." 17 U.S.C. § 512(d). Rather, as described above, it is based on Ditto's display of full-size images on its own Web site..."

La doctrine du *fair use* a accepté en partie et sous conditions que les représentations graphiques entrent dans le champ de l' « usage légitime ». Son équivalent français s'applique beaucoup plus strictement et l'exception pour courte citation ne couvre pas les œuvres plastiques.

Qu'en est-il lorsqu'un texte ou un son est reproduit ou représenté au travers d'une courte citation ?

b) L'extrait d'une œuvre

L'extrait d'une œuvre peut revenir à exploiter une partie seulement de l'œuvre : c'est le cas par excellence de la courte citation (ii). Si cette dernière est licite sous certaines conditions, l'application de cette exception au droit d'auteur est plus problématique (i).

i) œuvre sonore et fichiers MP3

Après les images, un outil de recherche pourrait indexer des sources de fichiers son et proposer en sus de consulter un court extrait enregistré sur ses propres serveurs.¹⁶⁸

Dans cette hypothèse, les développements réservés à l'œuvre plastique restent valables bien que la reproduction d'œuvres sonores puisse plus facilement être considérée comme partielle : soit que la durée est plus courte, soit que la qualité sonore est dégradée.

La technologie MP3 par exemple permet de télécharger efficacement et rapidement des versions compressées sur support numérique à partir du réseau Internet. La qualité sonore peut être parfois très comparable à celle de l'enregistrement original mais ça n'est pas toujours le cas, loin s'en faut.

Un site Web « my.mp3.com" avait enregistré des milliers de titres musicaux sur ses propres serveurs (avant l'avènement du peer-to-peer) pour être ensuite téléverser sur les ordinateurs des internautes, à leur demande et sous réserve qu'ils prouvent être en possession d'une copie achetée.

La Recording Industry Association of America (RIAA) avait engagé des poursuites sur le fondement de la contrefaçon. La cour a procédé à une analyse classique des critères du *fair use* : la première condition n'a pas été jugée satisfaite parce que les enregistrements faisaient

¹⁶⁸ D'autres sites ont quant à eux installé des liens automatiques vers des fichiers son, voir à ce propos, le rapport de la commission du droit d'auteur du Canada, cité infra.

l'objet d'une utilisation « non transformatrice » et que le changement de format était en l'espèce inopérant. De surcroît, le juge a estimé que l'utilisation avait un but commercial indirect notamment à travers les revenus publicitaires, bien que le téléchargement en lui-même ait été gratuit.

C'est en réalité cet aspect du jugement qui intéresse notre propos. Bien sûr, depuis cette décision, d'autres juridictions ont eu l'opportunité de se prononcer sur la contrefaçon d'œuvres sonores, notamment à propos du « peer-to-peer »¹⁶⁹ mais la considération des revenus publicitaires est très certainement une considération qu'un juge français peut intégrer à son raisonnement dans le cadre de la directive du 22 mai 2001 *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, qui dispose que les utilisations licites « et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exempté(e)s du droit de reproduction prévu à l'article 2. »

L'exception de courte citation ne vise pas l'œuvre sonore.

Aucune exception n'est concédée à l'égard de l'œuvre sonore, à l'inverse des œuvres graphiques ou plastiques « destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les oeuvres d'art mises en vente... »¹⁷⁰.

Pourtant dans une décision récente, le juge français motive sa décision de manière surabondante. Est-ce à dire qu'une évolution serait envisageable ?

« Considérant que l'objet du litige est de déterminer si l'utilisation d'extraits de phonogrammes du commerce par la société Star Avenue sur son site Internet est soumise à l'autorisation du producteur de phonogrammes telle que prévue à l'article L 213-1 alinéa 2 du CPI ou si la société Star Avenue peut se prévaloir du régime dérogatoire au droit d'autoriser, en invoquant l'exception de courte citation instaurée par l'article L 211-3 du même code ; (...)

Considérant qu'aux termes de l'article L 213-1 alinéa 2 du CPI, l'autorisation du producteur de phonogramme est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au

¹⁶⁹ En France, affaire TGI Epinal chambre correctionnelle, 24 octobre 2000, « Ministère Public et SCPP c/ Conraud *Revue Mensuelle, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique*, commentaire n°125, 2000., p.12 ; et aux USA, actions intentées par le RIAA notamment, voir <http://www.riaa.com/news/filings/default.asp>:

[Verizon Case](#)

[Aimster Case](#)

[Napster Case](#)

[MP3Board Case](#)

[MP3.com Case](#)

[NAB Federal Court Case and Rulemaking Proceeding](#)

[DiMa Rulemaking Proceeding](#)

[Webcasting](#)

¹⁷⁰ C'est la double exception de l'article L 122-5-3° d) qui démontre que l'extrait sonore n'est pas couvert pas l'exception de courte citation.

public de son phonogramme autres que celles mentionnées à l'article L 214-1 du CPI ;

Que selon l'article L 211-3 du même code, les bénéficiaires des droits voisins du droit d'auteur ne peuvent interdire : Sous réserve d'éléments suffisants d'identification de la source :

les analyses et courtes citations justifiées par les caractères critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ;

(...)

Considérant qu'ils ont relevé à bon droit que l'exception aux droits voisins du droit d'auteur instaurée par l'article L 211-3 susvisé est d'interprétation stricte... »

A lui seul, ce considérant aurait dû suffire à motiver la décision parce que le code ne mentionne pas les œuvres sonores dans l'exception de l'article L 122-5-3° d). Pourtant, le juge d'appel continue sa motivation comme suit :

« Considérant que pour être licite, la citation doit : mentionner le nom de l'auteur et la source, être justifiée par une finalité critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information, être incorporée dans une œuvre seconde, être brève ;

(...)

Qu'au surplus, les premiers ont exactement estimé que la durée des extraits diffusés par la société Star Avenue, entre 30 et 40 secondes, au regard de celle des œuvres citées, d'environ 3 minutes chacune, ne répondait pas à la condition de brièveté requise ;

Comment interpréter la considération apportée par le juge à la brièveté de l'extrait musical ? En toute rigueur, une interprétation *a contrario* encourage les FOR à persévérer dans l'indexation des œuvres sonores, à condition d'en aménager la diffusion.

En deçà d'un certain seuil, l'œuvre sonore citée sera considérée comme suffisamment « brève » pour bénéficier de l'exception de « courte citation ».

ii) **courte citation et description du lien**

La courte citation fait l'objet d'une exception en droit français, à l'article L. 122-5 du CPI¹⁷¹:

« Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...)

3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :

a) Les analyses et *courtes citations* justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées ; »

Les conditions cumulatives posées par le législateur sont limpides dans leur principe. Comme nous venons de le constater, leur mise en application est plus hasardeuse.

¹⁷¹ article L. 122-6-3° d) du CPI

C'est pourquoi elle intéresse au premier chef, les prestataires de services de recherche : la citation d'une l'œuvre citée doit être courte, intégrée à l'œuvre citante - ce qui présuppose que cette qualité lui soit reconnue - le nom de l'auteur et la source doivent être cités clairement.

Dans l'affaire Microfor, c'est bien la qualité d'œuvre qui avait été refusée en appel à l'index constitué par la société Microfor à partir des articles des journaux « Le Monde » et « France Actualités » :

« Attendu que, pour décider que les « résumés signalétiques » insérés dans l'index ne pouvaient tenir lieu de courtes citations permises sans le consentement de l'auteur, l'arrêt retient que ces « résumés » ne sont pas incorporés dans une oeuvre au sens dudit article »

La Cour de cassation estime au contraire que l'index est bien une œuvre au motif que sa consultation ne se substitue pas à la lecture des articles cités :

« ...Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses constatations que les résumés, constitués uniquement de courtes citations de *l'oeuvre ne dispensant pas le lecteur de recourir à celle-ci*, étaient indissociables de la « section analytique » de la publication par le jeu de renvois figurant dans cette section, et que *cet ensemble avait le caractère d'une oeuvre d'information*, la cour d'appel a violé le texte susvisé... »

S'il en est ainsi, la courte citation devient plus facile à invoquer, une des conditions étant entendue avec une très grande souplesse.

A titre accessoire, notons qu'en vertu de cette jurisprudence, tout index composé par un FOR, y compris le plus basique, est une œuvre susceptible d'être protégée à son tour au titre de la protection sui generis reconnue au producteur de bases de données. Cet index est aussi susceptible de contrefaire une base de données antérieure, conçue par un autre prestataire de service de recherche comme un annuaire ou par un éditeur en ligne.

Si jusqu'à présent nous avons traité le résultat généré sans intégrer la dimension hypertextuelle, c'est que la directive « commerce électronique » ne s'y prête guère. Il est relativement aisé de rattacher la responsabilité des fournisseurs de services de recherche au wagon des articles 12 et suivants, lorsqu'on explore la qualification juridique des copies provisoires réalisées sur les serveurs proxy. Tel n'est pas le cas, si l'on prend en considération la fonction hypertexte du lien généré par l'outil de recherche ou l'annuaire.

Avant d'envisager le risque lié à la contrefaçon de base de données, auquel les fournisseurs d'outils de recherche s'exposent du fait de leur activité, il faut rappeler la typologie des liens hypertextes que la technologie met à la disposition des éditeurs de sites.

iii) Le droit du lien hypertexte

A ce stade du propos, un préliminaire technique s'impose, non seulement pour aborder le développement suivant relatif aux bases de données mais également pour identifier les liens les plus problématiques du point de vue juridique.

Du point de vue technique, un lien hypertexte est *"une connexion activable à la demande sur le Web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans l'Internet"*¹⁷² (Office de la langue française du Québec).

Mais il n'y a pas qu'un lien, cela serait trop simple. On en dénombre plus d'une sorte : lien permanent¹⁷³, lien absolu¹⁷⁴, lien relatif¹⁷⁵, lien brisé ou lien cassé¹⁷⁶, lien contextualisé ou lien contextuel¹⁷⁷, lien d'entrée¹⁷⁸, lien de retour¹⁷⁹, lien en profondeur ou lien profond¹⁸⁰, lien en surface¹⁸¹, lien entrant¹⁸², lien sortant, lien de sortie, ou lien externe¹⁸³, lien local¹⁸⁴, lien

¹⁷² lien hypertexte n. m.

Connexion activable à la demande sur le Web, reliant des données textuelles ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans Internet.

Note(s) : Dans les pages Web, la présence d'un lien hypertexte est signalée visuellement par son ancre qui peut être une partie de phrase ou un mot souligné ou de couleur différente de celle du texte, ou encore une image, une icône, un graphique.

Au pluriel, on écrira : des liens hypertextes.

Hyperlien est un terme générique désignant aussi bien un lien hypermédia qu'un lien hypertexte.

Le terme liaison hypertexte est très peu utilisé.

hypertexte n. m.

Présentation de l'information qui permet une lecture non linéaire grâce à la présence de liens sémantiques activables dans les documents.

Note(s) : Le terme hypertexte a été inventé par Ted Nelson en 1965. Grammaticalement, il a valeur de nom commun et d'adjectif qualificatif. Il existe également un adjectif dérivé, hypertextuel, dont l'usage est moins fréquent.

Dans le Web, on parle beaucoup d'hypertexte alors qu'il s'agit de plus en plus d'hypermédia puisque les données peuvent se présenter sous la forme de texte, d'image ou de son » (Office de la langue française du Québec), voir <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bibliotheque/dictionnaires/Internet/Index/index.html>

¹⁷³ Lien hypertexte pointant vers un billet ou un article spécifique dans les archives d'un blogue, qui restera toujours consultable après son archivage. (Office de la langue française du Québec)

¹⁷⁴ Lien hypertexte dont l'ancre possède un attribut HREF constitué de l'adresse Web complète des données vers lesquelles il dirige l'internaute et qui sont généralement situées dans un serveur différent de celui du document HTML qui contient l'ancre.

¹⁷⁵ Lien hypertexte dont l'ancre possède un attribut HREF constitué de l'adresse Web relative des données vers lesquelles il dirige l'internaute et qui sont généralement situées dans le même serveur ou le même répertoire que le document HTML qui contient l'ancre.

¹⁷⁶ Lien hypertexte dont la page référencée a disparu.

¹⁷⁷ Lien publicitaire textuel, ciblé en fonction de la thématique de chaque page d'un site de contenu, qui apparaît en réponse à une requête effectuée par l'internaute.

¹⁷⁸ Lien hypertexte pointant vers un site Web depuis un autre site, lui apportant du trafic, qui est pris en considération par les outils de recherche dans le calcul de l'indice de popularité.

¹⁷⁹ Lien qui renvoie, par simple clic, à la page Web consultée ou à l'une des pages auxquelles elle est reliée grâce à l'hypertexte. La création de liens retour permet notamment de savoir quels sites Web ont un hyperlien avec son propre site.

¹⁸⁰ Lien hypertexte qui renvoie directement vers une page interne d'un autre site Web, sans passer par sa page d'accueil.

¹⁸¹ Lien hypertexte externe qui renvoie vers la page d'accueil d'un autre site Web.

¹⁸² Lien hypertexte pointant vers un site Web depuis un autre site, lui apportant du trafic, qui est pris en considération par les outils de recherche dans le calcul de l'indice de popularité.

¹⁸³ Lien hypertexte reliant des données appartenant à des documents HTML hébergés dans des serveurs différents

¹⁸⁴ Lien hypertexte reliant des données appartenant à des documents HTML hébergés dans le même serveur.

interne¹⁸⁵, lien intrasystème ou lien intersystèmes¹⁸⁶, lien intradocument ou lien intrapage¹⁸⁷, lien relié¹⁸⁸, lien orphelin ou lien rompu¹⁸⁹, lien simple, ...

Les distinctions les plus pertinentes passent entre liens internes et liens externes, suivant qu'ils sont gérés par la même entité ou non, entre liens activables et liens automatiques, suivant qu'ils nécessitent l'action de l'utilisateur ou non et surtout entre liens simples et liens profonds, suivant qu'ils pointent vers la page d'accueil du site ou non.

En outre beaucoup d'entre eux peuvent se combiner avec la technique dite du « framing », le cadrage, « technique de programmation en code HTML, qui permet de structurer une page Web en plusieurs cadres autonomes. »

Cette technique est mise en place parfois entre des partenaires tels qu'un fournisseur de logiciel de réservation en ligne et un distributeur officiel de billets. Le site du fournisseur est sollicité mais apparaît au sein d'un cadre, celui du distributeur officiel. La plupart des réservations de billets d'avion en ligne se sont organisées de cette manière, pour renforcer l'intégration des formules train plus hôtel, plus avion, plus location de voitures, etc. La technique du cadrage n'est donc pas en elle-même illicite.

En revanche, le préjudice potentiellement occasionné par cette pratique est réel. Il a été largement évoqué plus haut à propos des arrêts Arriba¹⁹⁰ et CNN. Nous n'y reviendrons ici que pour souligner que cette technique conduit les juges à se placer sur le terrain de la concurrence déloyale et du parasitisme plutôt que sur celui de la contrefaçon.

L'action en **concurrence déloyale** est fondée sur les articles 1382 et 1383 code civil¹⁹¹ et n'est pas réalisée en l'absence de risque de confusion (contrairement au parasitisme). Cet élément est en revanche inopérant en droit d'auteur. L'action en parasitisme est également une action en responsabilité.

L'acte de **parasitisme** consiste à se placer dans le sillage d'un concurrent. Il est distinct des actes de contrefaçon, y compris et surtout des actes de contrefaçon de marque¹⁹². Une action en parasitisme peut être combattue au motif que les actes auraient déjà été retenus au titre de la contrefaçon. Cependant que la distinction entre les deux notions reste floue (au point que la notion de parasitisme semble de moins en moins utilisée par la Cour de cassation), le risque auquel le cadrage expose les outils de recherche qui le pratiquent encore est considérable.

¹⁸⁵ Lien hypertexte reliant des parties d'un même document HTML.

¹⁸⁶ Lien hypertexte reliant des données appartenant à des documents HTML hébergés dans des serveurs différents.

¹⁸⁷ Lien hypertexte reliant des parties d'un même document HTML.

¹⁸⁸ Lien hypertexte menant à d'autres sites Web qui portent sur le même sujet. (content related link)

¹⁸⁹ Lien hypertexte dont la page référencée a disparu.

¹⁹⁰ Citons également les affaires Southern District Court of New York, 5 juin 1997, voir <http://legal.Web.aol.com/decisions/dlip/wash.html>.

¹⁹¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 29 janvier 2002, n° B/1999/21396, Sté d'Etudes et de réalisations métalliques (SEREM) SA c/ Altrad Equipement Mefran SA, PIBD 2003, 762, III, p226, cité par « Propriété Industrielle », Editions du Juris-Classeur, juillet-août 2003, commentaire n° 65, p.30, note par Jacques Dragne et Jonana Schmidt-Szalewski.

¹⁹² Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} chambre, section B., 13 décembre 2002, Champagne Charles Laffite SA c/ Piper Heidsieck SA, Juris-Data n° 2002-212456, cité par « Propriété Industrielle », Editions du Juris-Classeur, octobre 2003, commentaire n° 83, p.30, note par Jacques Dragne et Jonana Schmidt-Szalewski.

La définition donnée par l'Office de la langue française du Québec est accompagnée d'une note expliquant en quoi l'utilisation du cadrage peut tromper l'internaute « d'attention moyenne » sur l'auteur véritable du site affiché¹⁹³. C'est dire si la technique est loin d'être confidentielle ; et pourtant elle est toujours en place sur les grands outils de recherche généralistes. Faut-il désespérer pour autant de pouvoir compter un jour sur l'autorégulation des acteurs de l'Internet ?

Certains des liens susceptibles de causer un tort au site lié ont amené le législateur et le juge à prendre quelques peu les devants.

Certains liens portent atteinte aux droits patrimoniaux ou au droit moral ; quels sont-ils ?

Classiquement, on retient les liens externes, c'est-à-dire les liens qui pointent vers un autre site que le site liant. Par exemple, le lien <http://www.sorbonne.fr/> placé sur la page <http://guide-voila.search.ke.voila.fr/11000/12178/12450/12505/12510/12530/> de l'annuaire Voilà est un lien externe.

Les liens externes mettent en relation deux éditeurs. En dehors de cette hypothèse, pas de préjudice. Parmi les liens externes, on distingue essentiellement trois types de liens : les liens de surface, les liens profonds et les liens orphelins.

La question intimement liée à l'examen de chacun des trois liens, est celle de la responsabilité du fait du lien hypertexte en général. Nous l'avons en partie traité en relation avec la responsabilité des intermédiaires de services Internet. En effet, les USA ont par le biais du DMCA abordé la question de front alors que le législateur communautaire a cru bon d'entrer dans des circonvolutions qui in fine n'offrent pas aux opérateurs une prévisibilité juridique satisfaisante.

Enfin, la jurisprudence a ouvert quelques pistes. Les éclairages qu'elle a offerts se situent d'ailleurs sur le terrain de la **contrefaçon**.

Les questions que posent les liens hypertexte du point de vue de la responsabilité se formulent en deux étapes : d'abord, le poseur de liens doit-il être tenu responsable des dommages ou des infractions qui résultent de la pose du lien litigieux ? Dans l'affirmative, et pour reprendre la terminologie pénale, doit-il être tenu responsable au titre d'auteur ou au titre de complice par fourniture de moyens ?

Pour soutenir que le poseur de liens ne devrait pas être tenu responsable des liens qu'il pose, autrement dit en ce qui nous concerne les liens proposés par un fournisseur de service de

¹⁹³ « Cette structuration particulière de la page Web permet, par l'insertion d'un hyperlien, d'intégrer ou de présenter dans un des cadres de la page Web d'origine, le contenu d'une page d'un site tiers, sans révéler à l'internaute l'origine réelle de ce contenu (c'est-à-dire sans mentionner ni l'adresse ni le titre de la page liée). L'internaute a l'impression qu'il n'a pas quitté le site visité, alors même que les éléments qu'il consulte appartiennent à un site tiers.

Afin d'éviter de créer une confusion dans l'esprit des internautes quant à la provenance des contenus, seuls sont généralement autorisés (sauf accord) les liens simples vers les pages d'un site donné. La mise en œuvre de certains liens profonds associés à la technique du cadrage (les liens de cadrage) est susceptible, selon l'utilisation qui en est faite, de constituer une atteinte au droit moral de l'auteur, plus spécifiquement à son droit à la paternité de l'œuvre, car le public peut être induit en erreur sur le titulaire réel du site. »

<http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bibliotheque/dictionnaires/Internet/fiches/8355275.html>

recherche (qu'il s'agisse d'un annuaire ou d'un outil de recherche), il a été avancé plusieurs arguments pertinents.

Le poseur de liens participe de la raison d'être du réseau Internet, à savoir l'interconnexion entre des sources documentaires éparses.¹⁹⁴ Freiner son activité ou la décourager reviendrait à mettre en question l'intérêt même d'une communication en réseau ouvert à l'échelle mondiale.

Dans le silence de l'éditeur d'un site lié, il est légitime de présumer qu'il accepte que des hyperliens dirigent vers son site, puisqu'à nouveau, c'est la fonction d'Internet que de relier les sites entre eux pour faciliter la consultation de documents par une navigation de lien en lien notamment. Visiter un lien en entrant directement l'URL ne représente pas l'idéal d'une consultation fluide et enrichissante.

Le forum des droits sur l'Internet¹⁹⁵ rapporte l'argument selon lequel en matière de contrefaçon, la responsabilité du poseur de lien ne saurait être engagée du seul fait qu'il met en relation un internaute et un éditeur parce qu'aucune reproduction matérielle, aucune fixation de l'œuvre n'est réalisée sur son propre serveur :

« Le raisonnement consistant à assimiler le site liant à un appareil permettant un acte de reprographie au sens de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle (loi n°95-4 du 3 janvier 1995) serait donc erroné. »

L'article en question dispose que :

« La reprographie s'entend de la reproduction sous forme de copie sur papier ou support assimilé par une technique photographique ou d'effet équivalent permettant une lecture directe. »

Or le système client de l'internaute ne lit pas l'information à laquelle renvoie le lien sur le serveur du fournisseur du lien mais sur celui de l'éditeur proprement dit. Cela cesse d'être vrai, dès lors que l'information est fixée sur un serveur cache du fournisseur de liens.

Dans le même sens, on souligne que le lien hypertexte ne fait qu'indiquer aux utilisateurs du réseau Internet une adresse URL, et pas le contenu lui-même. Il s'agit d'un renvoi à une information et pas la reprise de la dite information. En cela, la situation est comparable à celle d'un annuaire téléphonique auquel il ne saurait être reproché de fournir les numéros de téléphones de ses abonnés, en dehors évidemment de ceux qui refusent activement d'y figurer.

Or l'éditeur de site peut également manifester son refus d'être indexé dans un annuaire de liens hypertextes, soit par les mesures techniques évoquées plus haut, soit en le mentionnant explicitement dans les conditions d'utilisation qu'il aura rédigées à l'attention des visiteurs de son site.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Groupe de travail, « Liens hypertextes », note intermédiaire sur le cadre juridique des liens hypertextes au regard de la propriété littéraire et artistique, 17 juin 2002 ; voir

<http://www.forumInternet.org/telechargement/documents/lh20020617.pdf>

¹⁹⁵ voir rapport précité.

¹⁹⁶ Dans ce sens également, C. Rojinsky, Sens interdit : la responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible, Lamy, Cahiers droit informatique et réseaux, Jurisprudence, février 2003, n° 155, p.

Enfin, dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 février 2004, alors que le ministère public avait soutenu que « l'envoi d'un lien qui permet d'accéder à un site comportant des messages violents ou pornographiques participe de leur diffusion en permettant la circulation des photographies litigieuses », le juge du droit estime que :

« ...l'envoi à un tiers majeur d'un message ne contenant que l'adresse d'un site et le lien permettant d'y accéder ne suffit pas à caractériser le délit prévu par l'article 227-24 du Code pénal... »

L'article en question dispose que :

« Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. »

Dans son commentaire de la décision, A. Lepage explique l'interprétation restrictive du juge de cassation en faisant valoir que « l'infraction (...) était constituée du fait de la mise en ligne (...) elle ne devait rien à la création d'un lien : celui-ci facilitait l'accès au site illicite, il ne contribuait pas à la réalisation de l'infraction. »¹⁹⁷

Le fait de faciliter l'accès au site néanmoins ne correspondait-il pas à la définition de la complicité posée par l'article 121-7 du même code: « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation... » ?

N'eut-il pas été préférable du point de vue de la cohérence jurisprudentielle de juger qu'il y avait là au contraire complicité par mise à disposition par la personne qui avait envoyé les messages comme cela avait été jugé dans un arrêt¹⁹⁸ relatif à la contrefaçon de fichiers MP3 ?

7 : « ...on peut s'étonner que le simple renvoi à un contenu contrefaisant donne lieu à une condamnation en qualité d'auteur principal et non de complice... » ; la note de Dérieux sur TGI Paris, 17^{ème} chambre correctionnelle, 15 décembre 1998, Légipresse 1999, III, p.16 : « ...il n'y a pas diffusion, donc pas de représentation, puisque le lien s'est contenté de donner aux internautes les moyens de prendre connaissance du contenu des sondages sur un site étranger... », cités par Frédéric Sardain, *Revue Mensuelle, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique*, études, juin 2005, p.12.

¹⁹⁷ *Revue Mensuelle, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique*, commentaire n°62, mai 2004, p.42

¹⁹⁸ Voir sur http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=827 « Condamnation pour diffusion pirate de fichiers MP3. 26/10/2000 :

Le 24 octobre dernier, le tribunal correctionnel d'Epinal a condamné à quatre mois de prison avec sursis le responsable d'un site Web personnel qui avait proposé, sans droit, le téléchargement gratuit de plusieurs centaines de fichiers musicaux au format MP3. Vu le volume des fichiers, l'éditeur pirate ne les stockait pas sur son site. L'internaute choisissait ses morceaux sur une longue liste de liens disponibles sur le site, et pointant vers les sites où les fichiers étaient stockés. Peu importe que les morceaux contrefaisants aient été hébergés à l'étranger, la mise à disposition au public était effectuée en France. Pour avoir violé le droit des producteurs, à

La différence ne résiderait-elle pas finalement dans la distinction entre communication privée et communication au public ? C'est la thèse que nous privilégions puisque le juge semble insister sur cet élément d'appréciation.

La jurisprudence a su se montrer plus lisible. Dans l'affaire Ticketmaster par exemple, l'éditeur du site a échoué à deux reprises dans sa tentative d'obtenir en référé de la United States District Court for the Central District of California que tickets.com cesse de poser des liens profonds vers ses pages¹⁹⁹. Le juge estime que:

« Further, hyperlinking does not itself involve a violation of the Copyright Act (whatever it may do for other claims) since no copying is involved. The customer is automatically transferred to the particular genuine Web page of the original author. There is no deception in what is happening.

This is analogous to using a *library's card* index to get reference to particular items, albeit faster and more efficiently. »

L'analogie est forte: de même que mettre à disposition un index bibliographique ne constitue pas une contrefaçon des œuvres indexées, mettre à disposition une liste de liens hypertextes ne contrefait pas les documents cibles.

Comme toute analogie pourtant, elle connaît des limites. Dans le sens d'une plus grande sévérité à l'égard du fournisseur de lien hypertexte, on a pu soutenir que :

« la personne qui crée un hyperlien automatique ou intégré, vers une œuvre autorise la communication vers l'œuvre à partir du site visé par le lien, mais pas celle qui fournit le lien qui doit être activé par le créateur.

En soi, la création d'hyperliens n'implique pas la communication publique de quelque œuvre comprise dans les sites visés par les liens. Dans leur forme la plus simple, les hyperliens représentent une liste électronique d'adresses.

Toutefois, le fournisseur de contenu qui inclut dans une page Web un lien automatique chargé d'effectuer la transmission d'une œuvre musicale vers le destinataire, sans autre intervention de la part de ce dernier, se présente comme responsable du matériel qui se trouve sur les sites chaînés et en autorise donc la communication. »²⁰⁰

Si le lien simple est parfois mis en cause en tant que contrefaçon, il est en revanche rarement mis en cause dans sa fonction hypertextuelle proprement dite.

savoir les droits de communication et de mise à disposition au public, le tribunal a, non seulement, prononcé une peine de quatre mois de prison avec sursis mais a, également, condamné l'éditeur de 24 ans à verser 20 000 F de dommages-intérêts à la Société civile des producteurs de phonogrammes. La décision devra, par ailleurs, être publiée dans deux quotidiens régionaux et sur Internet. »

¹⁹⁹ Ticketmaster Corp., et al. v. Tickets.Com, Inc. U.S. District Court, Central District of California, March 27, 2000, voir <http://www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-03-27.html> et pour une liste de décisions relatives aux hyperliens, voir <http://www.linksandlaw.com/Version2.1.pdf> et *Revue Mensuelle, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique*, études n°21, juin 2005, p.11 par F. Sardain.

²⁰⁰ Commission du droit d'auteur, Canada, rapport annuel 1999-2000, p. 19, voir <http://www.cb-cda.gc.ca/aboutus/annreps/19992000-f.pdf>

C'est ce qu'évoque notamment le Copyright Board of Canada dans son rapport 1999-2000. C'est parce que le lien est profond ou automatique qu'il s'avère préjudiciable et potentiellement dangereux.

Dans le cas d'un lien automatique, l'internaute perd la faculté de décider de suivre ou de ne pas suivre le chemin indiqué par le lien : certes, la plupart du temps, l'internaute se félicite de la vitesse et de la facilité que lui procure le lien automatique lorsqu'il s'agit de télécharger des fichiers MP3 par exemple. Le préjudice est souffert par l'éditeur du site ou l'auteur.

Néanmoins, l'internaute est parfois piégé à son tour par les liens automatiques abondamment utilisés dans des sites transactionnels dont le seul objectif est d'amener l'utilisateur à devenir client. C'est ce que pratiquent bon nombre de casinos en ligne.

Le lien simple semble faire l'objet d'un consensus : la pratique, la doctrine et la jurisprudence²⁰¹ se rejoignent sur ce point.

Dans l'affaire Keljob, abondamment commentée, le juge distingue très nettement le lien simple du lien profond. Le premier bénéficie d'une présomption selon laquelle tout éditeur de site accepte l'établissement de liens simples vers son site dès lors qu'il le met en ligne. A contrario, le poseur de liens profonds n'est pas fondé à invoquer cette présomption et doit requérir l'autorisation de l'éditeur du site cible :

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

Les questions juridiques que posent cet arrêt sont nombreuses : quel pourrait être le fondement juridique de cette présomption ? La présomption formulée par le juge est-elle simple ou irréfragable ? Le cas échéant, comment renverser cette présomption ? Quelles sont les conditions de l'interdiction de lier posées par le juge ?

Les mesures techniques et les conditions d'utilisation formulées par l'éditeur²⁰² évoquées plus haut sont de nature à renverser cette présomption que les commentateurs s'accordent à considérer comme présomption simple²⁰³.

En substance, il ressort de la motivation du juge que concernant la présomption, seul l'emploi de liens profonds est encadré par des conditions strictes. Ces conditions ne sont pas réunies lorsque la création des liens :

« ...aurait pour conséquence :

- de détourner ou dénaturer le contenu ou l'image du site cible, vers lequel conduit le lien hypertexte,

²⁰¹ Pour l'arrêt fondateur Tribunal de commerce de Paris, 26 décembre 2000, Havas et Cadre On Line c/ Keljob, voir <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tcparis20001226.htm> avec le commentaire et les notes d'Arnaud Diméglio sur http://www.juriscom.net/pro/2/lh20010223.htm#_ftn1.

²⁰² Voir supra.

²⁰³ Dans ce sens, Arnaud Diméglio dans l'article précité.

- faire apparaître ledit site cible comme étant le sien, sans mentionner la source, notamment en ne laissant pas apparaître l'adresse URL du site lié et de plus en faisant figurer l'adresse URL du site ayant pris l'initiative d'établir ce lien hypertexte,

- de ne pas signaler à l'internaute, de façon claire et sans équivoque, qu'il est dirigé vers un site ou une page Web extérieur au premier site connecté, la référence du site cible devant obligatoirement, clairement et lisiblement indiquée, notamment son adresse URL,

sera considérée comme une action déloyale, parasitaire et une appropriation du travail et des efforts financiers d'autrui même si dans le cas d'espèce, la société KELJOB, simple moteur de recherches sur Internet, déclare ne pas exercer la même activité que la société CADRES ON LINE et ainsi ne pas être en concurrence avec elle, »

Dans l'affaire Tickemaster évoquée plus haut, la solution était exactement inverse.

Les fournisseurs d'outils de recherche devraient en toute logique adapter leur activité à l'environnement juridique des pays dans lesquels ils offrent leurs prestations. Cette stratégie, outre les difficultés technologiques qu'elle soulèverait, ne présente pas d'intérêt sur le plan financier. Les frais de contentieux sont largement contrebalancés par les revenus publicitaires pour la plupart des grands outils de recherche. Les frais d'image, eux...

Pour clore nos développements sur la fourniture de services de recherche et les aspects de la propriété littéraire et artistique qu'elle met en jeu, nous ferons une brève excursion sur le terrain de la protection sui generis du producteur de base de données et du droit moral.

§ 2 Le droit sui generis reconnu au producteur de bases de données

L'indexation d'une base de données par un outil de recherche est possible : il s'agit même d'un service payant que quelques prestataires proposent à des sites transactionnels tels que www.rueducommerce.com. Cette indexation, un temps dénommé « Trusted Feed » intéresse les commerçants en ligne qui souhaitent référencer un grand nombre de fiches produits sur les outils de recherche.

Les conflits surgissent quand un outil de recherche indexe une base de données à l'insu de son producteur. En effet, ce dernier s'est vu reconnaître un monopole d'exploitation taillé sur mesure.

Le CPI classe le droit sui generis du producteur de base de données en marge du droit d'auteur et des droits voisins, dans le livre III « Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données », sous l'article L341-1²⁰⁴ :

« Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.

²⁰⁴ inséré par Loi n° 98-536 du 1 juillet 1998 art. 5 Journal Officiel du 2 juillet 1998 en vigueur le 1er janvier 1998

Cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs. »

Dans les décisions précitées, Ticketmaster et Keljob, la contrefaçon de l'article L341-1 avait été alléguée, pour des **bases de données en ligne**.

La société fournisseur du moteur de recherche Keljob avait répondu qu'elle se contentait :

« ...dans le cadre de son activité de *simple moteur de recherche*, de procéder à des interrogations sur le site de Cadremploi, sans procéder à un quelconque téléchargement non autorisé, et d'informer les internautes de l'existence d'offres correspondant à leurs critères de recherche, notamment sur le site de Cadremploi... »

Cet argumentation, susceptible d'être reprise à leur compte par tous les prestataires de service de recherche, a trouvé un écho en appel et le juge²⁰⁵ a estimé dans une motivation abondante et très explicite que dans la mesure où le moteur ne téléchargeait pas la base de données, ne faisait qu'en lire les informations pour en déterminer la pertinence et conviait l'internaute à se connecter au site lié en toute transparence, la contrefaçon n'était pas caractérisé au regard de l'article L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle. Ce dernier dispose en effet :

« Le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation *répétée et systématique* de parties *qualitativement ou quantitativement non substantielles* du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données. »

Or le **moteur Keljob** avait fait valoir que le volume d'informations extrait par son moteur correspondait « à moins de douze pourcent du volume représenté par les offres ».

Cela n'a pas convaincu la troisième chambre du TGI de Paris²⁰⁶ qui en date du 5 septembre 2001 estime qu'il « demeure que les éléments extraits sont qualitativement substantiels » : les éléments extraits sont des informations-clefs, sont extraits quotidiennement (réutilisation répétée) et il a pu être constaté que jusqu'à un tiers des offres avaient été reprises.

²⁰⁵ Cour d'appel de Paris, 14^{ème} chambre, 25 mai 2001, SA Keljob C/ SA Cadremploi http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=Internet_dtauteur.htm

« qu'ainsi, Keljob *lit uniquement ce qui est nécessaire* pour déterminer si l'annonce entre dans le domaine d'intérêt de l'internaute (...) que l'internaute qui sélectionne une annonce parmi celles qu'il a pu trier rapidement grâce au moteur de recherche, est convié à se diriger vers le site Internet sur lequel cette annonce est détaillée; qu'il s'avère ainsi que la société Keljob ne télécharge pas la base de données de Cadremploi pour alimenter son propre système, mais procède seulement à des interrogations ponctuelles sur le site de Cadremploi (...); qu'elle relève également l'adresse (code URL) du site où l'annonce peut être consultée plus en détail, afin de pouvoir convier l'internaute à s'y rendre; que c'est uniquement pour fournir cette indication que le nom de Cadremploi est indiqué en référence par Keljob, dans les tris que son moteur de recherche effectue; (...) dans ces conditions, les éléments qui sont extraits par Keljob à partir du site de Cadremploi n'apparaissent pas constituer une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base de données de Cadremploi (...) qu'il ne s'avère pas non plus que Keljob se livre à des opérations qui excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données, au sens de l'article L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle;

²⁰⁶ <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tgiparis20010905.pdf>

Les faits de la cause limitent la portée de ce jugement en ce qui concerne les outils de recherche généralistes mais demeure d'une grande actualité pour les prestataires spécialisés.

D'autant qu'au début de la même année, le juge Gomez alors en référé²⁰⁷ estimait qu'un outil de recherche :

« qui n'est qu'un outil permettant de rechercher des informations à partir de critères qu'on lui fournit, ne peut être utilisé pour collationner, outre des références, des contenus ou parties de contenus aux fins de réutilisation immédiate dans le cadre d'une entreprise commerciale créée à cette occasion... »

Or l'intérêt d'un outil de recherche consiste justement dans l'index qu'il met à disposition des usagers. Il ne s'agissait pas d'une condamnation voilée de l'activité de prestataire de service de recherche mais la condamnation d'une activité jugée parasitaire menée « sans bourse délier ». La ligne de démarcation est très fine. Elle est aussi mouvante comme le démontrent les aléas de la procédure dans l'affaire Keljob.

L'environnement légal dans lequel évoluent les prestataires de service de recherche change en fonction du pays et en droit français, les droits patrimoniaux ne sont les seuls sur le fondement desquels une action peut être intentée : en France, le droit moral de l'auteur, dans ses divers composantes, est susceptible d'être invoquée par des éditeurs de sites référencés indûment par des moteurs de recherche.

Section II Droit moral

Le droit moral français a plusieurs composantes : le droit de paternité²⁰⁸, le droit de divulgation²⁰⁹, le droit à l'intégrité²¹⁰, le droit de modification ou d'adaptation²¹¹, le droit au retrait et le droit au repentir²¹² (modification).

²⁰⁷ <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tgiparis20010108.pdf>

²⁰⁸ **Article L121-1** du CPI L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre.

²⁰⁹ **Article L121-2** du CPI L'auteur a seul le droit de divulguer son oeuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci.

²¹⁰ **Article L121-1** du CPI L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. **Article L132-11** L'éditeur est tenu d'effectuer ou de faire effectuer la fabrication selon les conditions, dans la forme et suivant les modes d'expression prévus au contrat.

Il ne peut, sans autorisation écrite de l'auteur, apporter à l'oeuvre aucune modification.

Il doit, sauf convention contraire, faire figurer sur chacun des exemplaires le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur. A défaut de convention spéciale, l'éditeur doit réaliser l'édition dans un délai fixé par les usages de la profession. En cas de contrat à durée déterminée, les droits du cessionnaire s'éteignent de plein droit à l'expiration du délai sans qu'il soit besoin de mise en demeure.

L'éditeur pourra toutefois procéder, pendant trois ans après cette expiration, à l'écoulement, au prix normal, des exemplaires restant en stock, à moins que l'auteur ne préfère acheter ces exemplaires moyennant un prix qui sera fixé à dire d'experts à défaut d'accord amiable, sans que cette faculté reconnue au premier éditeur interdise à l'auteur de faire procéder à une nouvelle édition dans un délai de trente mois.

Article L132-22 L'entrepreneur de spectacles doit assurer la représentation ou l'exécution publique dans des conditions techniques propres à garantir le respect des droits intellectuels et moraux de l'auteur.

²¹¹ **Article L121-1** du CPI L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre.

²¹² **Article L121-4** du CPI Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de

On devrait s'attendre à ce que le droit moral soit très protégé en France à la lecture même du CPI qui aborde le régime du droit moral, conçu comme un tout, avant le régime des droits patrimoniaux.

Le droit moral est rangé au chapitre I du titre II consacré aux droits des auteurs ; les droits patrimoniaux au chapitre II. Une étude menée à l'échelon européen tend à confirmer cette intuition²¹³. Cette prééminence est accentuée par la jurisprudence, dont il ressort que le droit moral est absolu et détaillé.

§ 1 Le droit de divulgation

Le droit de **divulgation**²¹⁴ notamment empêcherait facilement la divulgation d'une information identique sur un medium qui n'a pas fait l'objet d'une autorisation distincte. C'est le cas des journaux en ligne qui requiert une nouvelle autorisation des journalistes²¹⁵.

Concrètement, l'auteur pourrait s'opposer à l'indexation même partielle par un FOR d'une œuvre inachevée qu'il aurait mis sur un serveur de développement, à condition qu'il démontre qu'il n'y avait pas communication au public. Cela reste vrai si l'œuvre est une commande et que le commanditaire ne s'oppose pas à l'indexation. Dans le cadre du droit au respect, le juge essaie de trouver un juste équilibre entre les intérêts d'un architecte et ceux du maître d'ouvrage²¹⁶. L'analogie autorise à transposer cette solution aux sites Web.

§ 2 Le droit à l'intégrité et au respect

Le droit à l'**intégrité** est suffisamment large pour accueillir des atteintes variées. La fortune de ces actions le sera tout autant. Il reste que l'auteur n'aura pas à démontrer que son honneur ou sa réputation²¹⁷ sont attentées par un outil de recherche qui aurait par exemple indexé une œuvre hors de son contexte.

faire publier son oeuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées.

²¹³ Etude Contrat relative aux droits moraux dans le contexte de l'exploitation des œuvres par les technologies numériques, Rapport Final, n° ETD/99/B5-3000/E°28, de Marjut Salokannel et Alain Strowel avec la collaboration de Estelle Derclaye, Avril 2000 disponible en ligne à

http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b53000e28_en.pdf

²¹⁴ Cass. March 14, 1900, DP, 1900, 1, p. 497.

²¹⁵ Tribunal de grande instance de Paris, 1ère chambre, 1ère section, 14 avril 1999, SNJ et autres c/ Figaro à <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tgiparis19990414.htm> Voir également Paris, 4th ch. Feb. 13, 1981, RIDA, Apr. 1982, p. 126

²¹⁶ Voir Cour de Cassation, chambre civile, 1^{er} décembre 1987, Ville de Lille v. Gillet, RIDA 1988, n°136, p. 137, dans cette affaire, la ville de Lille avait altéré le travail d'un architecte et n'avait excipé de motifs techniques ; voir également Tribunal de Grande Instance de Paris, 25 mars 1993, Hayama c/ Hôtel Nikko, RIDA juillet 1993, p.354, cités par Marjut Salokannel et Alain Strowel dans étude précitée.

²¹⁷ Puisque le CPI ne reprend pas la formulation de l'article 6 de la Convention de Berne :

Article 6 bis, Droits moraux:

1. Droit de revendiquer la paternité de l'œuvre; droit de s'opposer à certaines modifications de l'œuvre et à d'autres atteintes à celle-ci; 2. Après la mort de l'auteur; 3. Moyens de recours

(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. Voir http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P127_24066

Pour alléguer une violation du droit au **respect**, il suffirait de montrer par exemple que la catégorie ou la rubrique sous laquelle son œuvre est rangée, ou les mots-clefs²¹⁸ qui lui sont associés, ne respectent pas l'esprit de son oeuvre²¹⁹. La solution qui consisterait à utiliser la balise « keywords » du site source fait long feu dans la mesure où la plupart des moteurs n'en tiennent plus compte.

Pourtant le droit à l'intégrité protège également contre les citations erronées : ces erreurs de frappe ou erreurs sémantiques sont improbables dans le cas d'un moteur de recherche mais concevables pour un annuaire. Les citations peuvent être seulement tronquées²²⁰ et dénaturer l'esprit de l'œuvre, en lui faisant dire ce qu'elle ne dit pas ; encore faut-il que l'auteur démontre que l'index soit activement irrespectueux de son œuvre²²¹.

Il n'en reste pas moins qu'à l'épreuve du feu, le droit moral est parfois ardu à faire valoir dans le domaine de la communication au public en ligne ; dans la décision Microfor évoquée plus haut, le juge du droit a estimé que²²² :

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la société Microfor Inc ne pourra insérer dans l'index qu'elle publie sous le titre « France-Actualités » des références aux articles parus dans les journaux « Le Monde » et « Le Monde diplomatique », aux motifs qu'un examen comparatif d'un numéro du Monde et des notices de « France-Actualités » qui s'y rapportent permet de constater que les « résumés signalétiques » donnent une idée toujours incomplète et le plus souvent déformée tant de chaque article que de l'ensemble du journal ; que ces mutilations et altérations portent atteinte au droit moral de l'auteur, alors que l'auteur d'une banque de données d'informations dispose du choix des thèmes sur lesquels il réunit les informations ; que le choix opéré dans les articles d'un journal ou au sein de chaque article en vue de recueillir les informations relatives à tel ou tel thème trouvé dans l'oeuvre seconde, sans prétendre se substituer au journal lui-même ni dispenser le lecteur de s'y référer, loin d'être constitutif d'une atteinte au droit moral de l'auteur du journal n'est que l'expression du libre choix de l'auteur de l'oeuvre seconde ; qu'ainsi l'arrêt attaqué a violé l'article 6 de la loi du 11 mars 1957 ».

Un autre exemple typique en la matière nous est fournie par la décision du TGI de Saint Etienne mettant en cause un site contrefacteur qui renvoyait vers un site tiers : les liens étaient

²¹⁸ voir dans ce sens, l'article de M^o T. Verbiest www.juriscom.net/pro/1/resp19990430.htm

²¹⁹ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, 14 décembre 1987, RIDA 1988, n°138, p.299; et Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, 9 mai 1989, Juris-data, n. 022735; Dalloz 1990, sommaire. p. 160, cités par Marjut Salokannel et Alain Strowel dans étude précitée.

²²⁰ Voir dans ce sens, P. SIRINELLI, 'L'auteur face à l'intégration de son oeuvre dans une banque de données doctrinale', De l'écrit à l'écran, D., 1993, 44^e cahier, p. 329., cité par Marjut Salokannel et Alain Strowel dans étude précitée..

²²¹ Voir dans ce sens, P.Y. GAUTIER, 1999, n° 359, p. 537, cité par Marjut Salokannel et Alain Strowel dans étude précitée.

²²² « Attendu que la violation du droit de l'auteur au respect de son oeuvre implique une altération de celle-ci ; Attendu que, pour décider que les extraits des articles cités dans l'index constituaient des mutilations et des altérations, la cour d'appel a retenu que ces extraits donnaient une idée toujours incomplète et le plus souvent déformée tant de chaque article que de l'ensemble du journal ; Qu'en statuant ainsi, alors que cet index était, par nature, exclusif d'un exposé complet du contenu de l'oeuvre et qu'aucune erreur n'avait été relevée dans les citations, la cour d'appel a violé les textes susvisés... »

posés sur une page dont les messages publicitaires renvoyaient vers des sites pornographiques.²²³

Cet arrêt est à rapprocher d'une décision estimant que déplacer une œuvre hors de son contexte n'est pas une atteinte au droit moral si l'esprit de l'œuvre n'était pas lié au site d'origine²²⁴. Ce qui est vrai pour l'architecture, le sera pour le Web certainement.

Les œuvres graphiques sont très sensibles au droit à l'intégrité de sorte que le simple fait de recadrer une œuvre en la juxtaposant à d'autres œuvres²²⁵, changer l'environnement d'une œuvre ou l'utiliser à des fins publicitaires²²⁶ sont déjà des atteintes au droit moral de l'auteur. Ce sont pourtant des pratiques quotidiennes et systématiques dans le monde des outils de recherche.

§ 3 Le droit de paternité

De même, le droit de **paternité** est très clairement bafoué par les techniques tendant à dissimuler le site source d'une œuvre, à savoir le lien profond et le cadrage puisque la détermination et l'identification de l'auteur est rendue difficile, soit que le site éditeur soit masqué, soit que seul le site éditeur soit identifiable (via l'adresse URL affichée par le navigateur dans le champ prévu à cet effet ou sur l'interface graphique elle-même comme cela est rendu possible par l'utilisation de la balise « title »).

Il est parfois mentionné que le droit moral aurait pour fonction essentielle d'identifier l'origine d'une œuvre. Il serait un instrument d'identification de l'œuvre. Si a priori, le droit de paternité invite à une telle interprétation, c'est uniquement en rapport avec une exploitation commerciale, en ligne par exemple, que la mention de l'auteur constitue une indication d'origine de l'œuvre qui bien souvent revêt elle-même un caractère commercial. Or aux fins d'identification de l'origine d'un bien ou service commercial, la propriété intellectuelle utilise non pas le droit d'auteur mais la marque.

§ 4 Le droit de retrait

La jurisprudence très protectrice des auteurs en général se montre en revanche réticente à accepter l'exercice du **droit de retrait** si ce n'est encadré de conditions sévères. Les décisions font apparaître que l'exercice du droit de retrait est considéré abusif lorsque le motif de l'auteur est économique au lieu d'être moral ou intellectuel²²⁷.

²²³ TGI Saint Etienne, 6 décembre 1999, SACEM c/ Roche et Battie, cité par Frédéric Sardain, *Revue Mensuelle*, Lexis Nexis JurisClasseur, Communication Commerce électronique, études, juin 2005, p.13.

²²⁴ Tribunal de Commerce de Lyon, 28 avril 1997, C. Baldaccini c/ Soc. Slyci, RIDA 1997, n° 173, p. 237. son droit de divulgation s'étant épuisé par la première érection de la statue, cité par Marjut Salokannel et Alain Strowel dans étude précitée.

²²⁵ Paris, June 11, 1990, RIDA, n° 146, p. 293; Paris, Feb. 11, 1981, RIDA, n° 112, p. 126. par Marjut Salokannel et Alain Strowel dans étude précitée.

²²⁶ Cour d'appel de Paris, 11 juin 1997, Lemaître c/ Guerlain, RIDA, n° 174, 1997, p. 205 (utilisation des fresques du Musée des Colonies) cité par Marjut Salokannel et Alain Strowel dans étude précitée.

²²⁷ Cour d'appel de Paris, 13 janvier 1993, Juris-data, n°020603 ; Cour de cassation, 14 mai 1991, 1991, J.C.P., 1991, II, 21760, cités par Marjut Salokannel et Alain Strowel dans étude précitée.

Le fournisseur de liens est d'après nous soumis aux dispositions de l'article 13 de la directive « commerce électronique » et devra par conséquent retirer parfois l'œuvre de son index, quand bien même l'exercice du droit de retrait de l'auteur ne serait pas envisageable, si le prestataire ne se conformait pas « aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises ».

Enfin sur le plan du droit international privé, il est de jurisprudence constante que **l'inaliénabilité** ne saurait être écartée par des clauses contractuelles qui resteraient sans effet en France. De même que Yahoo Inc.²²⁸ doit distinguer les sites auxquels ces rubriques renvoit selon que l'internaute les consulte de France ou d'ailleurs, les FOR ne pourraient se prévaloir de stipulations organisant le transfert des droits moraux sur une autre tête que celle de l'auteur ou des ses ayants droits.

²²⁸ Dans le litige opposant *UEJF et Licra et Yahoo! Inc. et Yahoo France*, pour consulter l'affaire en ses différentes étapes, voir <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm#texte>

Conclusion

La suite logique du présent mémoire est de poursuivre notre analyse des droits mis en cause par l'activité des moteurs de recherche, au nombre desquels les droits de propriété industrielle sur les signes distinctifs tels que la marque ou les modèles. Si nous n'avons pas abordé la question de la représentation des logos sous le droit d'auteur, c'est en considération de son objet commercial, le logo s'analysant dès lors comme une marque figurative.

L'actualité jurisprudentielle des liens sponsorisés mérite d'être analysée dans le détail. L'utilisation des marques dans les mots-clefs mis aux enchères par les grandes régies en ligne suscite la réaction des titulaires de marques. Les distributeurs de produits authentiques souhaitent les utiliser dans leurs balises « keywords » mais aussi lors de leurs campagnes de liens publicitaires. Dans quelle mesure les sociétés de référencement et les agences de communication engagent-elles leur responsabilité ?

Endiguer la toute puissance du droit des marques en particulier réclamerait de renforcer la doctrine de l'épuisement des droits et de mettre à contribution la doctrine des installations essentielles²²⁹ à propos des fournisseurs de services de recherche²³⁰.

La théorie des installations essentielles a connu un succès remarquable ces dernières années. Cette notion propre aux économies de réseaux (ferroviaire, hydraulique, informatique, électrique, etc.) a-t-elle trouvé un chemin dans les décisions récentes²³¹ rendues en matière de liens hypertextes commerciaux²³² ? L'analyse de marché soutient-elle cette velléité ?

Y a-t-il des points de frictions entre la protection des titulaires et la protection des citoyens ? L'information commerciale délivrée sur les outils de recherche est sujette à la réglementation propre à la publicité. Quelles sont les spécificités que la publicité en ligne a suscitées ?

Quel est le régime juridique des référencements obtenus grâce à une optimisation technique réalisée par un prestataire spécialisé ? S'agit-il de liens « publicitaires clandestins » soumis au droit de la publicité ?

Les consommateurs protégés par la réglementation sont aussi des citoyens.

Or chaque nouvelle technologie Web pose la question de sa qualification. Le R.S.S. (really simple syndication) doit-il s'analyser comme un courrier électronique soumis à l'opt-in ? Quelle est la portée du consentement de l'utilisateur ?

Une nouvelle génération de liens sponsorisés, encore plus contextuels voit le jour sur la marché nord-américain des mots-clefs, les Adlinks. Susciteront-ils également une évolution juridique ?

²²⁹ Traduction de « essential facilities doctrine ».

²³⁰ J. André, «Le positionnement payant : une pratique admissible mais encadrée», partie I, 26 déc. 2002, disponible sur <http://abc-netmarketing.com>

²³¹ voir par exemple, Cour d'appel de Versailles 12ème chambre, section 1 Arrêt du 10 mars 2005, Google c/ Viaticum, Luteciel, voir http://www.legalis.net/jurisprudence.php3?id_rubrique=10

²³² la prétention d'un annonceur à monopoliser un mot-clef.

Enfin, les usagers des prestataires de service de recherche sont parfois des utilisateurs inavertis ; alors comment appréhender les outils que les outils de recherche mettent à leur disposition ?

Le service de courrier électronique en ligne de Google, le Gmail, scanne les courriers électroniques des titulaires de compte pour générer des publicités contextuelles dans l'interface administrative : quelle est le niveau de conformité de cet outil avec la directive²³³ "protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données" ? Quid des nouvelles combinaisons logiciel et matériel « Google Mini²³⁴ » et « Google Search Appliance » qui scannent l'intranet de la société, au regard du respect à la vie privée des salariés ?

Enfin les questions des parlementaires en attestent toutes les semaines, l'exposition aux contenus attentatoires aux bonnes moeurs dont les outils de recherche sont les véhicules reste une préoccupation constante. Les outils de recherche doivent-ils fournir l'identité des éditeurs lorsqu'ils en auraient la possibilité technique ?

Notre conclusion ouvre sur autant de sujets d'interrogation parce que l'activité des fournisseurs de services est polymorphe. Elle emprunte tantôt à la technique, tantôt au marketing. Cette ambiguïté n'est pas congénitale mais elle devenue la condition de survie de ces prestataires. Les questions juridiques qu'elle suscite ne sont pas toutes d'égal intérêt mais se régénèrent sans cesse. Ayant entrevu la profondeur des considérations qu'une étude plus complète de cette activité d'intermédiaire devrait intégrer, nous sommes convaincus qu'un travail d'envergure désormais nous attend.

²³³ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995

²³⁴ http://www.google.fr/entreprise/mini/product_tours_demos.html

Sommaire :

| | |
|---------------------------|---|
| Introduction | 2 |
|---------------------------|---|

Partie III. DES FOURNISSEURS D’HYPERLIENS A LA RECHERCHE D’UN REGIME DE RESPONSABILITE

| | |
|--|---|
| Chapitre I La nature du régime de responsabilité des fournisseurs d’outils de recherche est incertaine..... | 8 |
|--|---|

| | |
|---|----|
| Chapitre II L’unité du régime de responsabilité des fournisseurs d’outils de recherche est remise en cause | 14 |
|---|----|

Partie IV. LA RESPONSABILITE DES OUTILS DE RECHERCHE A L’EPREUVE DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

| | |
|---|----|
| Chapitre I Le cadre général..... | 18 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| Section I L’activité des fournisseurs d’outils de recherche..... | 19 |
| Section II La typologie des fournisseurs d’outils de recherche..... | 22 |

Chapitre II Le cadre juridique

| | |
|--|----|
| Section I Droits patrimoniaux..... | 26 |
| § 1 Le monopole d’exploitation reconnu à l’auteur..... | 26 |
| 1) Les attributs du monopole d’exploitation reconnu à l’auteur..... | 26 |
| a) Droit de reproduction et indexation sur serveurs caches..... | 26 |
| b) Droit de représentation et affichage des résultats..... | 32 |
| 2) Les objets du monopole d’exploitation reconnu à l’auteur..... | 41 |
| a) L’intégralité de l’œuvre : | 41 |
| i) œuvre littéraire et titre..... | 41 |
| ii) œuvre graphique et image..... | 44 |
| b) L’extrait d’une œuvre : | 50 |
| i) oeuvre sonore et fichiers MP3..... | 50 |
| ii) courte citation et description du lien..... | 52 |
| iii) droit du lien hypertexte..... | 53 |
| § 2 Le droit sui generis reconnu au producteur de bases de données..... | 61 |
| Section II Droit moral..... | 63 |
| § 1 Le droit de divulgation..... | 63 |
| § 2 Le droit à l’intégrité et au respect..... | 64 |
| § 3 Le droit de paternité..... | 66 |
| § 4 Le droit de retrait..... | 66 |

| | |
|-------------------------|----|
| Conclusion | 67 |
|-------------------------|----|

| | |
|----------------------|----|
| Annexes | 70 |
|----------------------|----|

Annexe 1. Glossaire tiré de l'Office québécois de la langue française

<http://www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/bibliotheque/dictionnaires/Internet>

peer-to-peer / poste-à-poste n. m.

Technologie d'échange de fichiers entre internautes, permettant à deux ordinateurs reliés à Internet de communiquer directement l'un avec l'autre sans passer par un serveur central.

pair-à-pair n. m.

proxy server / serveur mandataire n. m.

Élément de coupe-feu servant d'intermédiaire entre le navigateur d'un internaute utilisant un réseau local et le serveur Web qu'il veut consulter, permettant ainsi à des données de sortir du réseau local et d'y entrer, sans mettre en danger la sécurité du réseau.

Note(s) : Les serveurs mandataires, d'abord créés pour des raisons de sécurité, ont évolué pour devenir également des serveurs caches.

Le terme anglais proxy vient du latin procuratio qui veut dire « procuration ». C'est sous l'influence de l'anglais que proxy server a été traduit par serveur proxy. On rencontre aussi en français serveur de proximité, même si l'idée de proximité n'a rien à voir avec ce type de serveur. En fait, c'est le terme mandataire qui rend de façon exacte le rôle que joue un tel logiciel.

proxy cache server / serveur cache n. m.

Serveur mandataire doté d'une mémoire de masse pouvant stocker et mettre à jour régulièrement les pages Web les plus consultées par un groupe d'internautes, raccourcissant ainsi le temps d'accès à ces pages consultables en différé, et réduisant le trafic sur le réseau.

Les serveurs mandataires, d'abord créés pour des raisons de sécurité, ont évolué pour devenir également des serveurs caches. Un serveur cache est très utile, notamment pour un fournisseur d'accès à Internet, même quand il n'y a pas de coupe-feu.

fichier MP3 n. m.

Fichier son compressé au format MP3, obtenu par téléchargement dans Internet ou créé à partir d'un CD audio, que l'on peut écouter directement sur son ordinateur ou à l'aide d'un baladeur numérique MP3.

Note(s) : L'abréviation « MP3 » (MPEG1 Audio Layer 3) fait référence à MPEG (Moving Picture Experts Group), une norme de compression d'images animées et de séquences audio destinée aux applications multimédias.

Ainsi, un procédé de codage audio permet de compresser les fichiers son 12 fois plus qu'un fichier sonore normal, tout en permettant d'atteindre une qualité sonore comparable à celle d'un CD. Alors qu'une minute de musique occupe 12 Mo d'espace mémoire sur un CD audio, elle en occupera environ 1 Mo dans un fichier MP3.

Deux logiciels MP3, accompagnant le baladeur, permettent, l'un de transférer des fichiers MP3 vers le baladeur, et l'autre de convertir les plages musicales d'un CD audio en fichiers MP3.

URL (Uniform Resource Locator) / adresse URL n. f.

Chaîne de caractères normalisés servant à identifier et à localiser des ressources consultables sur Internet et à y accéder à l'aide d'un navigateur.

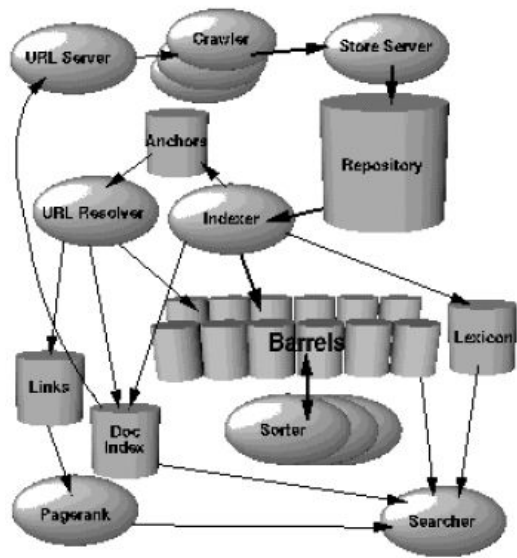
Note(s) : Une adresse URL (<http://www.olf.gouv.qc.ca/ressources/gdt.html>), celle du GDT par exemple, comprend le nom du protocole de communication (http) ou encore ftp, telnet, mailto, news, etc., des protocoles associés à d'autres services offerts sur Internet; le nom du serveur (www.olf.gouv.qc.ca), nom de domaine de l'ordinateur hébergeant la ressource demandée; le chemin d'accès à la ressource (/ressources/gdt) qui permet au serveur de connaître l'emplacement de la ressource (c'est-à-dire le répertoire, le sous-répertoire et le nom du fichier demandé) et l'extension (html) qui indique le format dans lequel la page a été créée. Dans une adresse URL, la barre oblique permet de spécifier un sous-répertoire.

Les termes adresse URL et adresse Web ne sont pas de parfaits synonymes. Comme l'adresse URL a été conçue pour le Web et qu'elle est utilisée pour identifier les sites et les pages Web (toute page Web pouvant être liée ou consultée en connaissant son URL), on l'a aussi appelée adresse Web. La notion d'« adresse Web » est donc étroitement liée à celle d'« adresse URL ». Le Web permet d'établir un hyperlien vers toute ressource identifiable avec une URL. Mais la notion d'« URL » est plus vaste, elle permet de consulter des ressources en dehors du Web (ex. : les sites FTP, les forums Usenet). L'adresse Web commence par www et conduit l'internaute vers la page d'accueil d'un site Web, alors que l'adresse URL, plus longue, commence par le nom du protocole (http, ftp, etc.) et indique avec

précision le chemin d'accès des ressources dans Internet. Ainsi, une adresse URL n'est pas forcément une adresse Web, mais une adresse Web peut être écrite sous une forme simplifiée ne reprenant qu'une partie de l'URL.

Les termes adresse universelle et adresse réticulaire, adoptés par la Commission générale de terminologie et de néologie de France, sont moins clairement associés à la réalité du Web et d'Internet que les termes adresse URL et adresse Web, couramment utilisés par les internautes. Ils n'ont donc pas été retenus pour désigner cette notion.

Annexe 2. Représentation schématique de l'infrastructure de Google en 1998.



Annexe 3. Bibliographie et sitographie

Sites juridiques :

| | |
|---|--|
| http://www.droit-tic.com | site de Droit TIC |
| http://www.finclaw.com | site de Findlaw |
| http://www.gigalaw.com | site de Gigalaw |
| http://www.juriscom.net | site de Juriscom |
| http://www.copyright.gov | site de l'Agence du copyright aux USA |
| http://cyber.law.harvard.edu | site de l'école de droit de l'université de Harvard |
| http://www.legalis.net | site de Legalis |
| http://www.wipo.int | site de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle |
| http://www.conseil-constitutionnel.fr | site du Conseil constitutionnel |
| http://www.dess-droit-Internet.univ-paris1.fr | site du DESS Droit de l'Internet Paris I |

Autres sites :

| | |
|---|--|
| http://abc-netmarketing.com | site de ABC Netmarketing |
| http://legal.Web.aol.com | site de America On Line |
| http://www.loc.gov | site de la bibliothèque du Congrès américain |
| http://www.riaa.com | site de la Recording Industry Association of America |
| http://www.awt.be | site de l'Agence Wallonne des Télécommunications |
| http://legal.edhec.com | site de l'Ecole Des Hautes Etudes Commerciales |
| http://www.oqlf.gouv.qc.ca | site de l'Office Québécois de la langue française |
| http://europa.eu.int | site de l'Union Européenne |
| http://www.ebsi.umontreal.ca | site de l'université de Montréal |
| http://www.fundp.ac.be | site de l'université de Namur |
| http://en.wikipedia.org/wiki | site de Wikipedia, encyclopédie en ligne |
| http://www.cndp.fr | site du Centre national de Documentation Pédagogique |
| http://www.conseil-constitutionnel.fr | site du Conseil constitutionnel |
| http://www.geste.fr | site du Groupement des Editeurs de Services en Ligne |
| http://management.journaldunet.com | site du Journal du Net - Management |
| http://www.education.gouv.fr | site du ministère de l'éducation nationale |
| http://www.finances.gouv.fr | site du ministère des finances et de l'économie |
| http://www.w3.org | site du W3C |

Outils de recherche :

| | |
|---|-------------------------|
| http://www.dmoz.org | metamoteur de recherche |
| http://www.alexa.com | outil de recherche |
| http://www.alltheWeb.com | outil de recherche |
| http://www.altavista.com | outil de recherche |
| http://www.aol.com | outil de recherche |
| http://www.free.fr | outil de recherche |
| http://www.google.com | outil de recherche |
| http://www.hotbot.com | outil de recherche |

| | |
|---|--|
| http://www.lycos.com | outil de recherche |
| http://www.mirago.com | outil de recherche |
| http://www.msn.com | outil de recherche |
| http://www.myway.com | outil de recherche |
| http://www.netscape.com | outil de recherche |
| http://www.teoma.com | outil de recherche |
| http://www.tiscali.com | outil de recherche |
| http://www.voila.fr | outil de recherche |
| http://www.wisenut.com | outil de recherche |
| http://www.yahoo.com | outil de recherche |
| http://www.cndp.fr/spinoo | outil de recherche du Centre national de Documentation Pédagogique |

Ouvrages et articles:

« Informatique, Télécoms, Internet », sous la direction de Alain Bensoussan, Editions Francis Lefebvre, 2004

Revue Mensuelle « Communication Commerce électronique », Groupe Lexis Nexis, JurisClasseur

Revue Mensuelle « Propriété Industrielle », Groupe Lexis Nexis, JurisClasseur

« Pour la confiance en l'économie numérique », collection Aux sources de la loi, les éditions des Journaux Officiels.

« L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers : un essai d'identification », Extrait de la Revue Générale de Droit International Public, Evelyne Lagrange, éditions A. Pedone, avril-juin 2004.

« Le guide des infractions », Jean-Christophe Crocq, Dalloz, collection dalloz service, 3^{ème} édition, 2001.

« Droit de la propriété industrielle », par Joanna Schmidt-Szalewski et Jean-Luc Pierre, deuxième édition, Litec, 2001

« Intellectual Property, Patents, Trademarks and Copyright », Arthur R. Miller et Michael H. Davis, West Group Editions, third edition, 2000.

“Lexique des termes juridiques”, 13^{ème} édition, 2001, Dalloz

« Présence accrue des grands annonceurs sur le Web », Stratégie Internet, informations et conseils pour dirigeants d'entreprises, Benchmark Group, n° 91, mars 2005

« Le nouveau droit du commerce électronique », la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, par Thibault Verbiest, préface de Marc Lollivier, LGDJ, 2005-09-01

« Dictionnaire de la culture juridique », sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, Quadriga / Lamy – PUF, 2003

« Introduction au droit de l'union européenne », par Jacqueline Dutheil de la Rochère , 3^{ème} édition, Hachette Supérieur, 2002

« Business Law », par Robert W. Emerson et John W. Hardwicke, Barron's Educationnal Series, third edition, 1997

"Google this: Search Engine results weave a Web for trademark infringement actions on the Internet", Heidi S. Padawer, Syracuse University, Washington University School of Law, WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY, VOL. 81:1099

"Harvard Journal of Law & Technology", Volume 16, Number 2, Spring 2003

"The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual" par Sergey Brin and Lawrence Page, p.16, disponible sous format .pdf sur le site de Standford University.

« Droit d'auteur et numérique », Professeur Lucas, Litec, 1998

« Digital Copyright and the New Creative Dynamics », par Paul Ganley, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 12, n°3, 282-332.

"DMCA, Section 104 Report", A Report of the Register of Copyrights Pursuant to §104 of the Digital Millennium Copyright Act, U.S. Copyright Office, August 2001

"Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology", Final Report, Study contract n° ETD/99/B5-3000/E°28 par Marjut Salokannel et Alain Strowelavec la collaboration de Estelle Derclaye, Avril 2000

« Les autoroutes de l'information », P.Sirinelli, RIPIA 1996

"Project Looking Forward Sketching the Future of Copyright in a Networked World Final Report" Prepared for the U.S. Copyright Office by Professor I. Trotter Hardy, May 1998

"Adverse possession for intellectual property: adapting an ancient concept to resolve conflicts between antitrust and IP law in the information age", par Constance E. Bagley et Gavin Clarkson, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 16, Number 2 Spring 2003

"Les mécanismes de réservation et les créations multimédias", thèse par Antoine Latreille, Université de Paris Sud - Faculté Jean Monnet, 1995

« La contrefaçon du fait des liens hypertextes » par Frédéric Sardain, Revue Mensuelle « Communication Commerce électronique », Groupe Lexis Nexis, JurisClasseur, juin 2005, Etudes, n°21, p.9.

"La fair use et les exceptions au droit d'auteur : aspects de droit comparé », par Wulf Olivier, sous la direction de M.Vogel, université de paris II, institut de droit comparé, 2003
www.droit-tic.com

La responsabilité des outils de recherche sur Internet en droit français et en droit belge, Par Maître Thibault Verbiest, 30 avril 1999
<http://www.juriscom.net/pro/1/resp19990430.htm>

« Liens hypertextes : commentaire de l'affaire Keljob », par Arnaud Dimeglio, 23 janv. 2001,
www.juriscom.net/pro/2/lh20010223

« La responsabilité des outils de recherche », par Murielle Cahen, 29 novembre 2002
www.elic-droit.com/web/editorial/dossier.php?dossier_id=26

“A propos de la responsabilité des outils de recherche”, par Valérie Dédallian, 19 février 2000
www.juriscom.net/chr2/fr20000219.htm

« Protection d'une base de données et site Web », Gérard HAAS et Olivier de TISSOT, 8 septembre 1999
<http://www.juriscom.net/chr/1/fr19990908.htm>

« Rapport annuel 1999-2000 », commission du droit d'auteur Canada, 2000
www.cda-cb.gc.ca

« De la responsabilité arachnéenne sur Internet : Quelle issue pour les tisseurs de liens en France ? », par Lionel THOUMYRE, Lex Electronica, vol. 10, n°1, Hiver 2005
<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/thoumyre.htm>

« Les oeuvres en ligne en droit comparé : droits américain et français », Julien Lacker, mémoire réalisé sous la direction du Professeur Pierre SIRINELLI, mai 2003
<http://www.jriscom.net>

« La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet », par Sophie PIRLOT DE CORBION
<http://www.fundp.ac.be/recherche/publications/fr/54624.html>

« The end of linking? », Chris Sherman, 22 décembre 1999
<http://www.lists.w3.org/Archives/Public/w3c-waieo/1999OctDec/att-0093/01-aa121099.htm>

« Project Looking Forward Sketching the Future of Copyright in a Networked World”, Final Report, May 1998, Prepared for the U.S. Copyright Office by Professor I. Trotter Hardy, College of William and Mary, School of Law »
<http://www.copyright.gov/reports/thardy.pdf>

Journal du Management d'octobre 2003,
<http://management.journaldunet.com/dossiers/03109lancement/viral.shtml>

U.S. Copyright Office, “DMCA section 104 Report”, août 2001, p. 112, cf.
<http://www.loc.gov/copyright/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>

« Droit de la propriété intellectuelle et notion de public », Caroline Colin, sous la direction de Monsieur le Professeur Sirinelli
http://legal.edhec.com/Showroom/Articles/Memoire1_2001.htm

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html

"Liens Hypertextes », Note intermédiaire sur le cadre juridique des liens hypertextes au regard de la propriété littéraire et artistique, 17 juin 2002

<http://www.forumInternet.org/telechargement/documents/lh20020617.pdf>

Textes légaux:

Code de la propriété intellectuelle

Code civil

Code pénal

www.legifrance.gouv.fr

Traité OMPI sur le droit d'auteur, les interprétations et exécutions des phonogrammes du 20 décembre 1996, JOCE 11 avril 2000

Accord de Marrakech du 15 décembre 1993, instituant l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

Directive CE, n° 2001 / 29 du Conseil du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE L 167, 22 juin 2001, p. 0010 - 0019

Directive 2000 / 31 / CE du Parlement européen et du Conseil 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»), JOCE L 178 du 17 juillet 2000, p. 0001 - 0016

Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 2887 (title IV amending §108, §112, §114, chapter 7 and chapter 8, title 17, United States Code), enacted October 28, 1998.

| |
|--|
| Annexe 4. Panorama jurisprudentiel sommaire |
|--|

| <u>juridiction</u> | <u>date</u> | <u>affaire</u> |
|-----------------------|------------------|--|
| CA Paris | 12 mai 2005 | Dreamnex |
| CA Versailles | 10 mars 2005 | Viaticum & Luteciel c/ Google |
| TGI Paris | 9 février 2005 | Assoc. Zone c/ Loftv |
| TGI Nanterre | 17 janvier 2005 | Accor c/ Overture |
| TGI Paris | 4 janvier 2005 | Louis Vuitton c/ Google |
| TGI Meaux | 9 décembre 2004 | Net-Ultra c/ AOL France |
| TGI Nanterre | 16 novembre 2004 | Hôtels Méridiens c/ Google |
| T. Haarlem | 12 mai 2004 | |
| CA Aix-en-Provence | 10 mars 2004 | Alliel |
| TGI Nanterre | 8 mars 2004 | Viaticum & Luteciel c/ Google |
| 9th Cir. | 14 janvier 2004 | Playboy |
| Landgericht Hamburg | 14 novembre 2003 | Metaspinner c/ Google .de |
| TGI Nanterre | 13 octobre 2003 | Viaticum & Luteciel c/ Google |
| TGI Paris | 4 mars 2003 | Frédéric M. c/ Ziff Davis |
| CA Paris | 26 février 2003 | SCPEA (Areva) c/ Greenpeace |
| USCA for the 9th Cir. | 7 janvier 2003 | Kelly c/ Arriba |
| TGI Paris | 29 octobre 2002 | Emmanuel Odin |
| TGI Paris | 8 août 2002 | J'Accuse c. Unité Radicale nouveau |
| TGI Paris | 2 août 2002 | SCPEA (Areva) c/ Greenpeace |
| Cour Copenhague | 5 juillet 2002 | Newsbooster |
| TGI Toulouse | 5 juin 2002 | Domexpo c. NFrance Conseil nouveau |
| TGI Paris | 5 juin 2002 | Gotha.fr nouveau |
| TGI Lyon | 28 mai 2002 | Père Noël nouveau |
| CA Versailles | 16 mai 2002 | UEJF c. Multimania nouveau |
| CA Paris | 2 avril 2002 | Monsieur E c. Le Ministère public nouveau |
| TGI Paris | 26 mars 2002 | Monsieur T. c. MRAP nouveau |
| TGI Paris | 26 février 2002 | Monsieur Timothy K et Yahoo Inc. nouveau |
| TGI Paris | 18 février 2002 | Telecom City c. Finance.net (Boursorama) nouveau |
| TGI Paris | 13 février 2002 | Monsieur A. C. c. Tati nouveau |
| TGI Paris | 15 janvier 2002 | Monsieur P. V. c. Liberty Surf et Free nouveau |
| TPI Bruxelles | 15 janvier 2002 | Infonie Bénélux |
| Cour de cassation | 27 novembre 2001 | Jean-Louis C. nouveau |
| TGI Meaux | 19 novembre 2001 | Eurodisney |
| TGI Paris ref ord | 30 octobre 2001 | AAARGH |
| TGI Paris | 30 octobre 2001 | J'accuse c. Wanadoo, AOL France et a. nouveau |
| Cour de cassation | 16 octobre 2001 | Monsieur Georges T. (Marianne en ligne) nouveau |
| TGI Paris | 5 septembre 2001 | Keljob c/ Cadre Emploi |
| TGI Paris | 5 septembre 2001 | Keljob |
| CA Paris | 25 mai 2001 | |
| CA Paris | 25 mai 2001 | Keljob c/ Cadre Emploi |
| CA Paris | 25 mai 2001 | KeljobKeljob c/ Cadre Emploi |
| CA Paris | 14 mars 2001 | Wolke Injks |
| CA Paris | 14 mars 2001 | Distrimart |
| TGI Paris | 28 février 2001 | |
| TGI Rochefort-sur-Mer | 28 février 2001 | Monsieur Christophe G. c. France Télécom Interactive nouveau |
| TGI Paris | 6 février 2001 | Ciriel c. Free |

| | | |
|------------------------------|-------------------------|---|
| Cass. Crim. | 30 janvier 2001 | |
| TGI Paris, ch. presse | 16 janvier 2001 | P. c. B |
| TGI Paris ord ref | 8 janvier 2001 | Keljob c/ Cadre Emploi |
| T. com Paris ord ref | 26 décembre 2000 | Havas c/ Keljob |
| TGI Nanterre | 11 décembre 2000 | Ornis |
| T. Corr. Paris | 6 décembre 2000 | Réseau Voltaire |
| TGI Paris | 20 novembre 2000 | Yahoo! |
| TGI Paris | 6 novembre 2000 | Yahoo! |
| TGI Epinal | 24 octobre 2000 | Conraud |
| TGI Paris | 20 septembre 2000 | One Tel |
| TGI Paris | 31 juillet 2000 | Bertrand D. c. Altavista |
| CA Paris | 23 juin 2000 | X & Y c. Z |
| TGI Nanterre | 24 mai 2000 | Multimania |
| TGI Paris | 22 mai 2000 | Yahoo! |
| USDC Los Angeles | 27 mars 2000 | Ticketmaster |
| USDC CD of California | 16 décembre 1999 | Kelly c/ Arriba |
| TGI Saint-Etienne | 6 décembre 1999 | SACEM c/ Roche et Battie |
| TGI Saint-Etienne | 6 décembre 1999 | SACEM c/ Roche et Battie |
| CA Paris | 10 novembre 1999 | D.J. c. F.C.O. |
| TGI Paris | 25 octobre 1999 | H. B. et F. G. c. S. M. nouveau |
| CA Caen | 8 septembre 1999 | Monsieur S c. Le Ministère public nouveau |
| TGI Strasbourg | 27 août 1999 | Infonie c. M. X |
| T. de La Haye | 9 juin 1999 | Eglise de scientologie |
| TGI Paris | 28 janvier 1999 | Jean-Louis C. |
| TGI Paris | 15 décembre 1998 | |
| TGI Paris | 13 novembre 1998 | Professeur F. nouveau |
| TGI Mans | 16 février 1998 | Monsieur H. c. Le Ministère public nouveau |
| cass com | 3 janvier 1996 | Figaro c/ Caddie |
| Cass civ | 6 avril 1994 | CNN (Cable Network c/ Novotel) |
| cass com | 10 janvier 1989 | |
| cass com | 2 février 1988 | |