

## LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE À L'ÈRE NUMÉRIQUE

*Alain Girardet*  
*Conseiller, Cour de Cassation*

L'idée que l'auteur, d'une oeuvre ou d'une invention, puisse détenir sur celle-ci un droit exclusif, assimilé à un droit de propriété, s'est progressivement imposée en France au fil du XVIII<sup>ème</sup> siècle, comme le relève Sir Colin Birss. Certes, le roi pouvait déjà accorder à l'auteur et à l'inventeur une exclusivité d'exploitation sous la forme d'un privilège concédé, comme ce fut le cas en 1538 pour Clement Marot et en 1554 pour Ronsard. Mais ce n'était pas un droit. Au XVII<sup>ème</sup> puis au XVIII<sup>ème</sup> siècles, les débats s'animèrent et un juristes comme Domat ( 1625-1696) milita pour que l'inventeur de choses nouvelles reçût une contrepartie à l'exploitation de sa création ( *The civil law in its natural order*, vol 1), puis Malesherbes, Rousseau, Voltaire, Diderot, Beaumarchais et bien d'autres, appelèrent de leurs voeux, la reconnaissance d'un droit d'exploitation propre à l'auteur, transmissible à ses héritiers pour assurer leur subsistance, ce que rappelle la citation mise en exergue. A partir de 1760, plusieurs décisions judiciaires consacrèrent ce droit. Les héritiers de La Fontaine, puis ceux de Fénélon en furent les premiers bénéficiaires. La Révolution n'a fait que tirer les conséquences des évolutions déjà intervenues.

Mais il faut noter, ici, l'écho qu'eut en France le statute of Anne de 1709, relatif aux droits des éditeurs. En effet, les éditeurs parisiens, qui souhaitaient obtenir les mêmes avantages que ceux de leurs homologues londoniens, se référèrent aux écrits des juristes et philosophes anglais tels ceux de John Locke. Les idées ont traversé le Channel. Les Britanniques, qui considéraient que la propriété de l'auteur ne pouvait être éternelle et les Français, qui sacralisaient le travail de l'auteur, sont assez vite arrivés à la conclusion que la propriété de celui-ci sur son oeuvre était une propriété bien singulière. Comme le relève Michel Vivant<sup>1</sup> cette singularité résidait, selon la conception française, dans le fait que la propriété intellectuelle trouvait sa source et sa limite dans la personne même de l'auteur, alors que, selon la conception britannique, l'appropriation privative ne devait pas se traduire par un appauvrissement indu du domaine public. Le parallélisme des deux histoires, s'est retrouvé, dans la portée des droits que nos juridictions respectives ont, au fil des ans, reconnus aux auteurs.

---

<sup>1</sup> Michel Vivant , droit d'auteur et droits voisins , 3<sup>ème</sup> édition no11

Est-ce- toujours vrai à l'ère numérique ? N'assiste-t-on pas à une remise en cause de ces conceptions, et, avec elle, à un reflux des droits de propriété intellectuelle ? Les utilisateurs d'internet (les internautes) se livrent, en grand nombre, à un piratage des oeuvres d'autrui, sans gêne ni hésitation, estimant que, sur internet , tout serait libre, tout relèverait du domaine public et voyant dans la protection des droits de propriété intellectuelle, une atteinte à leurs libertés.

Un quotidien relevait même que des groupes de grands- mères américaines s'adonnaient à des piratages en ligne en échangeant des modèles de broderies protégés par des droits d'auteur.<sup>2</sup> Toutes les générations sont concernées. Le partage des fichiers de pair à pair s'est généralisé, la contrefaçon emprunte de nouvelles voies comme celle offerte par le streaming, la pratique de création de liens s'est généralisée, facilitant ainsi la consultation et le chargement d'oeuvres multiples...et les juridictions peinent à suivre l'évolution rapide de ces pratiques.

Les moyens numériques offrent en effet des possibilités infinies de création d'oeuvres nouvelles à partir d'oeuvres existantes et les auteurs de ces créations revendiquent leur liberté d'expression. Comment résoudre ces conflits entre droits fondamentaux dont l'invocation dans les contentieux des propriété intellectuelle est de plus en plus en plus prégnante.<sup>3</sup> La fameuse balance des intérêts que nous employons les uns et les autres, est-elle une réponse suffisante ? Ne faut-il pas faire le constat de la difficile répression des activités contrefaisantes menées à grande échelle par le vecteur d'internet ?

Nous avons dû adapter et coordonner nos réponses, mais nous devons cependant nous interroger sur leur efficacité. Nous aborderons ici, essentiellement, le droit d'auteur, mais une analyse comparable peut-être développée pour les autres droits de propriété intellectuelle: droits de marque, de brevet et de dessins et modèles.

L'oeuvre 'transformative', dénomination issue de l'américain, est une oeuvre numérique réalisée à partir d'une oeuvre préexistante. Elle relève, en droit français, de la qualification juridique d'oeuvre dérivée dont l'article L.113-4 u code de la propriété intellectuelle énonce qu'elle est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'oeuvre préexistante. Mais, ce qui caractérise l'oeuvre transformative, c'est la croissance exponentielle de leur nombre, grâce au développement impressionnant des moyens techniques qui

---

<sup>2</sup> Libération, 29 août 2000

<sup>3</sup> Le Conseil d'Etat a publié un rapport sur 'le numérique et les droits fondamentaux', portant principalement sur la protection des données personnelles.2014 Documentation française

en facilitent la création en permettant toute sorte de montages, de mixages, de collages, d'insertions diverses de films, sons, ou photographies, parfois retouchées. On parle, de 'mash-up', de 'prequel', 'fan-fiction', 'fanvid', 'spin-off', 'cross-over', 'lip dub', 'supercuts'. On va par exemple de l'anecdote vidéo postée sur Daily motion par les amis qui hurlent 'Bon anniversaire' avec pour fond sonore le Happy Birthday de Steewie Wonder, jusqu'au mash-up de Christine and the Queens fusionnant dans Paradis perdus de Chrisophe et Heartless de Kanye West<sup>4</sup> 'On s'y perd' !!!

Les auteurs de toutes ces oeuvres numériques revendiquent haut et fort leur liberté d'expression. Mais, quelle est la place de la liberté d'expression, dont relève la liberté de création, face aux droits de propriété intellectuelle ?

Deux affaires illustrent notre réponse. Dans la première, trois photographes, présents lors de défilés de mode et représentant des médias, procédèrent à une diffusion parallèle, en ligne, des photographies qu'ils avaient prises, La société à laquelle ils avaient cédé leurs droits n'étant pas accréditée, les grandes maisons de couture les ont assignées en contrefaçon.

Condamnés par la cour d'appel de Paris, les photographes ont formé un pourvoi que la Cour de cassation a rejeté. Ils ont alors porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, en soutenant, comme ils l'avaient fait devant la Cour de cassation, que les condamnations prononcées à leur encontre portaient atteinte à leur liberté d'expression et n'étaient pas justifiées en application de l'article 10, §2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention).

Il définit le 'supercuts' comme l'assemblage de scènes de films similaires, le 'cross-over' comme une oeuvre où se rencontrent des personnages de fiction d'oeuvres préexistantes.

Nous savons que les limitations à l'exercice de la liberté d'expression ne sont admises qu'à la condition qu'elles soient prévues par la loi, justifiées par la poursuite d'un intérêt légitime et proportionnées au but poursuivi, c'est à dire rendues nécessaires dans une société démocratique .

---

<sup>4</sup> Pierre Henaff L'oeuvre transformative . Sécuriser l'oeuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l'auteur de l'oeuvre préexistante in *Communication et commerce électronique* , no 4, avril 2016, page 13 , lexis nexis

La Cour de Strasbourg a retenu, de façon très didactique, que la liberté d'expression qu'il convenait de sauvegarder, était dotée d'une force plus ou moins grande selon le type de discours (elle distingue une situation où est en jeu l'expression strictement commerciale de tel individu de celle où est en cause sa participation à un débat touchant à l'intérêt général); et elle prend en considération la nature du droit d'autrui opposé à la liberté d'expression. Le fait que le droit d'auteur soit lui même un droit de l'homme, l'a conduit à reconnaître aux autorités nationales une plus grande marge d'appréciation.

En d'autres termes, lorsque le but poursuivi est celui de la 'protection des droits et libertés d'autrui' et que ces 'droits et libertés' figurent eux mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention. Pour réaliser la conciliation de tels droits, la Cour reconnaît aux Etats une 'marge d'appréciation importante'.

En l'espèce, relevant le caractère commercial de l'opération ( les photographes avaient mis dans le commerce les photos litigieuses), et en reconnaissant la marge d'appréciation importante dont disposait le juge français, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 10.<sup>5</sup>

La seconde affaire a opposé l'auteur de photographies publicitaires présentant le visage de femmes maquillées, à un peintre qui intégrait régulièrement ces photographies, après les avoir parfois retouchées, dans la composition de ses tableaux dont elles représentaient une part non négligeable de la surface. Le peintre, M. Klasen, revendiquait son adhésion à un mouvement international artistique dénommé 'la figuration narrative' qui entend exercer une critique politique de la société contemporaine. Il expliquait qu'il avait choisi ces photographies, car elles représentaient, selon lui, le modèle de la 'femme objet', victime de la société de consommation.

Assigné en contrefaçon par le photographe, le peintre a opposé la liberté d'expression artistique consacrée par l'article 10 de la Convention. Condamné pour contrefaçon, le peintre s'est pourvu en cassation. Il a fait valoir que sa condamnation était disproportionnée au but poursuivi et que la cour d'appel aurait dû apprécier, in concreto, la proportionnalité de l'atteinte portée aux droits de l'auteur de l'oeuvre préexistante.

---

<sup>5</sup> CEDH , 10 janvier 2013, req. No36769/08, Ashby DonaldC/ France

La question était manifestement délicate car elle remettait en cause la définition des limites apportées aux droits de l'auteur.

Certes, on sait que la méthode que promeut la Cour de Strasbourg pour résoudre un conflit de droits fondamentaux, est celle de la mise en balance des intérêts en présence. Faute de pouvoir hiérarchiser des droits d'égale valeur, il faut les concilier ; il convient d'opérer une balance des intérêts entre les différents droits et libertés fondamentaux.

Mais le droit français, comme celui de nombreux pays d'Europe continentale, repose sur le principe d'une liste fermée d'exceptions, d'interprétation stricte. La directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 dresse une liste limitative d'exceptions au droit de l'auteur dont aucune ne porte sur la liberté d'expression.<sup>6</sup> Or accepter que l'on puisse contester le droit exclusif de l'auteur sur le fondement de l'article 10 de la Convention revient à écorner le principe de liste fermée des exceptions... élément clé du modèle du droit d'auteur européen continental.<sup>7</sup>

Dans notre affaire, la Cour de cassation a annulé la décision ayant condamné l'artiste pour contrefaçon. Elle a, dans les termes suivants, considéré que les juges n'avaient pas procédé à la balance des intérêts en présence: qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait la cour d'appel a privé sa décision de base légale.<sup>8</sup>

Des décisions comparables ont été prises par la cour Constitutionnelle allemande et la Cour de cassation belge notamment. Mais citons la décision de la Court of appeal de Londres, *Ashdown c/Telegraph Group Ltd* (2001) EWCA Civ.1142, no 45 :

*Rare circumstances can arise where the right of freedom of expression will come into conflict with the protection afforded by the Copyright Act, notwithstanding the express exceptions to be found in the Act ... This will make necessary for the court to look closely at the fact of individual cases*

Nous retrouvons encore cette problématique lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère contrefaisant ou non contrefaisant de liens hypertextes.

---

<sup>6</sup> en dehors des exceptions de parodie, de caricature et de courte citation

<sup>7</sup> Alexandre Zollinger droit d'auteur est liberté d'expression. Comment procéder à la balance des intérêts in concreto ? Communication et commerce électronique, avril 2017, no4, p.14

<sup>8</sup> Civ 1ère, 15 mai 2015, no13-27.391

Créer un lien hypertexte, c'est, comme le relève également Sir Colin Birss, permettre de faire sortir de la confidentialité certaines informations, c'est ouvrir l'accès à des oeuvres reproduites sur d'autres sites et en faciliter ainsi la reproduction ... le tout sans que le titulaire des droits de propriété intellectuelle ait donné son consentement.

La jurisprudence française a énoncé, depuis le début des années 2000, que la raison d'être d'internet et ses principes de fonctionnement impliquaient nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement. La liberté d'établir un lien, sauf à répondre des abus résultant de son utilisation apparaît inhérente au principe de fonctionnement de l'internet.<sup>9</sup>

Mais il s'agit là d'une nouvelle illustration de ce combat de titans que se livrent ces deux droits et libertés fondamentaux que sont, d'une part, la liberté d'expression, et d'autre part le droit d'auteur.<sup>10</sup>

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui a fait un très gros travail pour dégager les critères d'appréciation de la légalité de ces liens, bien que beaucoup reste encore à faire, comme le relève M Birss, invite les juges nationaux à procéder à cette balance des intérêts. Elle a énoncé dans de nombreux arrêts, que la protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ... (mais) qu'il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait être assurée de manière absolue.<sup>11</sup>

Là encore, il incombe au juge de procéder au cas par cas, à la balance des intérêts et à l'application du principe de proportionnalité. A lui de trouver le juste point d'équilibre qui lui permet de protéger le droit de la propriété intellectuelle sans pour autant violer, par exemple, la liberté d'information et celle d'entreprendre.

Convenons que l'exercice est délicat, parfois même périlleux ... pour un juriste continental qui, comme nous l'avons vu, est (ou était ?) imprégné d'une culture juridique qui considérerait que la propriété intellectuelle trouve sa source et sa limite dans la personne même de l'auteur, alors que le juriste anglo-saxon est, me semble-t-il, plus attentif à ce que les droits exclusifs de propriété intellectuelle ne constituent pas des obstacles indus à la liberté d'entreprendre.

---

<sup>9</sup> TGI Paris, 12 mai 2003, Legipress 2003, no205 .

<sup>10</sup> C. Caron , Communication et ccerce électronique no10, octobre 2016, p 25

<sup>11</sup> CJUE 26 avril 2017, C-527/16, 8 septembre 2016, C-160/15, 24 novembre 2011, C-70/10

Nous retrouvons toujours cette même problématique lorsqu'il est demandé au juge de prononcer des mesures d'interdiction d'accès, de blocage, pour lutter contre les téléchargements, et les partages de fichiers de pair à pair. Dans quelle mesure le fournisseur d'accès à internet et le fournisseur d'hébergement peuvent-ils voir leur responsabilité engagée? Ces questions ont donné lieu à une abondante jurisprudence que la CJUE a su harmoniser en partie.

Ainsi, pour les injonctions de blocage des sites contrefaisants adressées à des fournisseurs d'accès à internet, lesquels sont des intermédiaires, la CJUE a précisé que ces injonctions devaient revêtir plusieurs qualités et assurer une balance des intérêts entre divers droits et libertés fondamentaux.<sup>12</sup>

Dans plusieurs arrêts la Cour de cassation a, pareillement, énoncé qu'il convenait de trouver le juste point d'équilibre permettant d'assurer la protection du droit de la propriété intellectuelle sans pour autant méconnaître les libertés d'information et d'entreprendre et les droits de propriété intellectuelle.

Pour ce qui concerne l'appréciation de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement, les sites de partage de vidéos, tels que Dailymotion, You tube, Google Vidéo, la jurisprudence s'est progressivement fixée après avoir retenu, un temps, leur responsabilité en tant qu'éditeur. La Cour de cassation a énoncé que les exploitants de ces sites de partage, qui ne sont pas à l'origine des contenus placés par les internautes, ne sont pas des éditeurs et qu'ils doivent bénéficier du statut d'hébergeur, peu important que ceux-ci vivent de recettes publicitaires et peu important aussi qu'ils procèdent à des opérations de classement, de formatage pour rendre plus lisibles les informations et les données qu'ils hébergent Cass Civ 1re17 février 2011, jurisprudence conforme à celle de la CJUE.

Finalement, la seule approche pertinente est celle qui consiste à examiner si l'hébergeur avait joué un rôle actif de contrôle et/ou s'il avait connaissance du contenu des données, considérations de nature à conférer à l'hébergeur la qualité d'éditeur de contenus. Dans tous les autres cas, les hébergeurs bénéficient du régime de responsabilité atténuée prévue par la loi du 21 juin 2004 et la directive no2000/31 du 8 juin 2000. Mais la situation n'est pas aussi simple. Des situations nouvelles bousculent ces distinctions.

---

<sup>12</sup> CJUE 24 novembre 2011, aff C 70/10, 16 février 2012, affaire C 360/10, 27 mars 2014, affaire C 314/12

On citera, par exemple, outre l'apparition des plateformes qui ont un fonctionnement hybride, l'existence des sites dits 'miroirs' qui permettent de contourner les retraits de noms de domaine et les déréférencements ordonnés par les tribunaux. L'adresse WEB disparaît, mais le service illicite demeure, changeant simplement de nom de domaine ou même uniquement d'extension géographique. Par exemple le site 'meagaupload.com' 'fermé par la justice américaine en 2012 est réapparu sous l'adresse 'meagaupload.ma' ('ma' pour Maroc).<sup>13</sup>

De même nous avons eu à connaître de la 'réapparition' d'oeuvres que l'hébergeur avait dû retirer en raison de l'opposition des titulaires de droits de propriété intellectuelle, mais qui, par la suite, avaient été mises en ligne à partir d'autres adresses. La cour d'appel avait considéré que l'hébergeur ayant été déjà été informé des droits qui protégeaient ladite oeuvre, devait prendre les mesures nécessaires pour en prévenir la réapparition, peu importe que cette mise en ligne ait une autre provenance.

La Cour de cassation a annulé cette décision aux motifs qu'elle aboutissait à soumettre les hébergeurs à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des reproductions illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées. Cass Civ 1ère, 12 juillet 2012, no11-13.669.<sup>14</sup> Son raisonnement est imparable, mais il rend bien difficile la tâche des titulaires de droits qui devront, à chaque réapparition, procéder à une nouvelle et coûteuse notification de leurs droits à l'hébergeur.

Pour conclure, je dirais que nous n'échapperons pas à un nécessaire examen de l'efficacité des réponses juridiques que nous mettons en oeuvre pour réguler ce gigantesque monde d'échanges et d'informations que constitue désormais Internet . On y trouve tout. Et le juge ne peut manquer de s'interroger sur ce qu'il privilégie. Je ne crois pas que les droits de propriété intellectuelle soient méprisés, mais ils sont affectés et fortement contestés dans l'univers numérique.

Les juridictions en Europe, à la différence de celles de la Chine, de l'Iran, de l'Arabie saoudite et de bien d'autres Etats, savent faire primer, à juste titre, la protection de la vie privée et celle des données personnelles.

---

<sup>13</sup> Boris Barraud , la crise de la sanction , Droit de l'immatériel , Revue Lamy, no 128, Juillet 2016,p.128

<sup>14</sup> Idem 11-20.358, 11-13.666



Mais nos critères d'appréciation des atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle ne doivent-ils pas être évalués? Il conviendrait d'essayer d'aller plus loin dans la définition des critères à prendre en considération pour procéder à cette 'balance des intérêts'. Où situer ce point d'équilibre?

Comment, aussi, mieux appréhender la responsabilité des plateformes face à la diffusion des contenus contrefaisants? Tout ceci relève de la compétence des juges. Le régime de responsabilité des intermédiaires que sont les fournisseurs d'accès et les hébergeurs pourrait également être réexaminé. Mais, on sait que la proposition qui consisterait à supprimer le régime de responsabilité atténuée dont ceux-ci bénéficient, pour les soumettre à un régime de droit commun, aurait inmanquablement un impact négatif sur l'exercice des libertés fondamentales et entraînerait au surplus un contentieux abondant, sans parler des coûts astronomiques de transaction.

La recherche de la responsabilité des contrefacteurs seraient paradoxalement négligée au profit de celle des intermédiaires. C'est dire que la voie des évolution est étroite, mais qu'il nous faut l'emprunter !