

Le droit d'auteur et l'internet

Rapport du groupe de travail
de l'Académie des sciences morales et politiques
présidé par M. Gabriel de Broglie

Juillet 2000

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
1. DES IMPLICATIONS D'INTERNET SUR LE DROIT D'AUTEUR	9
1.1 BREF HISTORIQUE DU DROIT D'AUTEUR	9
1.1.1 <i>Le privilège du libraire sur l'œuvre imprimée.....</i>	<i>10</i>
1.1.2 <i>Le privilège de l'auteur sur son œuvre</i>	<i>11</i>
1.1.3 <i>La propriété de l'auteur sur le fruit de son travail.....</i>	<i>13</i>
1.2 LA RÉVOLUTION DU NUMÉRIQUE	16
1.2.1 <i>Est simplement dit numérique ce qui relève des nombres</i>	<i>17</i>
1.2.1.1 Facilité de conservation	17
1.2.1.2 Facilité de consultation	18
1.2.1.3 Facilité de reproduction	18
1.2.1.4 Facilité de mixage	19
1.2.2 <i>Le numérique doit aujourd'hui se concevoir en relation avec l'internet</i>	<i>19</i>
1.3 LES IMPLICATIONS DU NUMÉRIQUE SUR LE DROIT D'AUTEUR	21
1.3.1 <i>L'œuvre clonée.....</i>	<i>21</i>
1.3.2 <i>L'œuvre désagrégée.....</i>	<i>22</i>
1.3.3 <i>L'œuvre insituée ou a-topique</i>	<i>23</i>
1.4 DES IMPLICATIONS QUI NE SE LIMITENT PAS AU SEUL DROIT D'AUTEUR	24
1.4.1 <i>Banalisation ou démocratisation de la publication, disparition ou valorisation de la référence ?</i>	<i>24</i>
1.4.2 <i>Protection du droit des auteurs, fichage des utilisateurs ?</i>	<i>25</i>
2. LA LÉGISLATION ACTUELLE ET SES LACUNES	27
2.1 LA LÉGISLATION ACTUELLE S'APPLIQUE, NON SANS DIFFICULTÉ.....	27
2.1.1 <i>En droit, la législation protégeant le droit d'un auteur sur son œuvre s'applique à l'internet</i>	<i>27</i>
2.1.1.1 La législation sur la propriété intellectuelle saisit l'œuvre en tant que résultat d'une activité créative de l'esprit.	28
2.1.1.2 La numérisation des œuvres ne modifie pas leur nature.....	28
2.1.2 <i>Dans la pratique, l'application de certains éléments inhérents au droit de la propriété intellectuelle peut poser certaines difficultés.....</i>	<i>29</i>
2.1.2.1 Les différentes composantes du droit d'auteur ne sont pas touchées de la même manière par le développement des techniques de numérisation.....	29
2.1.2.1.1 Les droits moraux reconnus aux auteurs par la législation semblent moins touchés par l'environnement numérique, alors même qu'ils sont, à l'inverse des droits patrimoniaux, perpétuels et inaliénables.	30
2.1.2.1.2 L'effectivité des droits patrimoniaux traditionnellement attachés au droit d'auteur est davantage remise en cause.....	31
2.1.2.2 Les exceptions légalement prévues au droit d'auteur mettent davantage en lumière les menaces pesant sur l'effectivité de ce droit	32
2.1.2.2.1 Les utilisations privées.....	33
2.1.2.2.2 Les utilisations publiques.....	34
2.1.2.3 Territorialité du droit.....	35
2.2 LA LÉGISLATION ACTUELLE EST LACUNAIRE	36
2.2.1 <i>Clarifier les situations : les titulaires et les actes.....</i>	<i>36</i>
2.2.1.1 La titularité des droits sur l'internet soulève deux difficultés	36
2.2.1.1.1 La question de la création de logiciel.....	36
2.2.1.1.2 La notion d'œuvre collective s'applique-t-elle à l'œuvre multimédia numérique diffusée sur internet ?	37
2.2.1.2 Les actes soumis au droit d'auteur doivent également être clarifiés	39
2.2.1.2.1 La première concerne les reproductions provisoires des intermédiaires.....	39
2.2.1.2.2 La seconde question, plus délicate, concerne les reproductions dites de proximité réalisées par les serveurs	40
2.2.2 <i>La responsabilité des acteurs de l'internet est insuffisamment précisée.....</i>	<i>41</i>
2.2.2.1 Des solutions certaines.....	42
2.2.2.1.1 Les fournisseurs du contenu	42
2.2.2.1.2 Le fournisseur du câble	44
2.2.2.2 Certaines solutions sont moins évidentes	44
2.2.2.2.1 Le fournisseur d'hébergement.....	44

2.2.2.2.2	Le fournisseur d'accès.....	46
3.	COMBLER LES LACUNES DE LA LÉGISLATION	47
3.1	DE NOMBREUX RAPPORTS ONT ÉTÉ CONSACRÉS AU DÉVELOPPEMENT DU RÉSEAU INTERNET.....	47
3.1.1	<i>L'internet et le numérique en général.....</i>	47
3.1.2	<i>Aspects particuliers d'internet.....</i>	47
3.2.	LA POSITION DES DIFFÉRENTS ACTEURS FRANÇAIS DU NUMÉRIQUE ET DU RÉSEAU INTERNET	48
3.2.1	<i>Les acteurs institutionnels</i>	48
3.2.1.1	La position du gouvernement.....	48
3.2.1.2	Le calendrier du programme d'action gouvernemental pour la société de l'information.....	49
3.2.2	<i>Les acteurs non institutionnels</i>	51
3.2.2.1	Les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins	52
3.2.2.1.1	La simplification de la gestion des droits.....	53
3.2.2.1.2	L'élaboration de procédures techniques d'identification et de prévention de la piraterie	53
3.2.2.1.3	La préservation de l'existence et de l'exercice des droits.....	53
3.2.2.2	Les opérateurs	54
3.2.2.3	Les utilisateurs	55
3.3.	LES TRAITÉS INTERNATIONAUX.....	55
3.3.1	<i>L'accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle touchant au commerce.....</i>	55
3.3.2	<i>Les traités de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).....</i>	56
3.3.2.1	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.....	57
3.3.2.2	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes	57
3.4	LES DIRECTIVES EUROPÉENNES.....	58
3.4.1	<i>La proposition de directive sur le droit d'auteur et les droits voisins.....</i>	59
3.4.1.1	Le droit de reproduction.....	60
3.4.1.2	Le droit de communication au public	61
3.4.1.3	L'exception de copie privée.....	61
3.4.1.4	Les supports d'enregistrement et les mesures de protection techniques	62
3.4.2	<i>La proposition de directive relative à certains aspects du commerce électronique dans le marché intérieur</i>	63
3.4.2.1	Le principe de non-autorisation préalable.....	64
3.4.2.2	La détermination de l'Etat membre compétent.....	64
3.4.2.3	La responsabilité des prestataires de services en ligne	64
3.4.2.4	La responsabilité de l'hébergeur.....	65
4.	LA VOIE DE LA RÉGULATION.....	67
4.1.	L'AUTORÉGULATION DU RÉSEAU INTERNET EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR TEND À SE DÉVELOPPER ..	67
4.1.1	<i>Les tentatives d'autorégulation à l'échelon mondial</i>	67
4.1.1.1	L'autorégulation du commerce mondial sur le réseau internet.....	68
4.1.1.2	Certaines initiatives ont plus précisément pour objectif de garantir la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres	68
4.1.1.3	Les mesures techniques de protection.....	68
4.1.1.3.1	L'identification des œuvres numériques	69
4.1.1.3.2	Les protections techniques anti-piratage	71
4.1.1.3.3	La gestion des droits.....	72
4.1.2	<i>L'autorégulation sectorielle</i>	72
4.1.2.1	La simplification de la délivrance des autorisations	73
4.1.2.1.1	L'exemple de SESAM	73
4.1.2.1.2	La territorialité de la gestion des droits.....	73
4.1.2.2	Le cas de l'industrie phonographique	74
4.1.2.2.1	L'initiative pour la sécurité de la musique numérique ou SDMI	75
4.1.2.2.2	Diffusion et téléchargement de musique sur le réseau	75
4.1.2.3	Les droits des journalistes sur leurs écrits.....	76
4.1.2.3.1.	L'accord VNU.....	77
4.1.2.3.2	La charte du groupement des éditeurs de services en ligne ou Geste	77
4.2	LE RÔLE DE L'ÉTAT	78
4.2.1	<i>La régulation technique du droit d'auteur par le tatouage des œuvres n'est pas, en premier lieu, sans inconvénients ni danger</i>	78
4.2.2	<i>Les codes de bonne conduite portant sur le contenu des informations ne constituent pas plus une solution universelle pouvant se passer de toute intervention de l'Etat.....</i>	79
4.3	LA CO-RÉGULATION	81
5.	CONSÉQUENCES SUR LA CONCEPTION DU DROIT D'AUTEUR.....	83
5.1	LE PROBLÈME THÉORIQUE : LES DEUX CONCEPTIONS DU DROIT D'AUTEUR	83

5.1.1	<i>Le droit d'auteur dans le droit romano-germain</i>	83
5.1.1.1	Le caractère incorporel de l'objet du droit.....	83
5.1.1.2	Les éléments non patrimoniaux	85
5.1.1.3	Un droit hybride.....	85
5.1.2	<i>Le copyright</i>	86
5.2	LE PROBLÈME PRATIQUE	87
5.2.1	<i>Le thème de la facilitation</i>	87
5.2.1.1	Un obstacle au développement de la création française sur l'internet ?.....	88
5.2.1.2	La nullité de la cession globale des œuvres futures.....	88
5.2.2	<i>Le thème de la simplification</i>	89
5.2.3	<i>Avantages comparatifs</i>	90
ANNEXES	93

- Introduction

L'auteur a toujours eu la tâche difficile de concilier deux exigences contradictoires de son amour-propre. Son souhait d'être connu du plus vaste public possible, qui le pousse à publier ou à diffuser son œuvre, et à courir ainsi le risque d'être copié, plagié, repris, enrichi, contredit, et le désir d'être reconnu comme le seul auteur de l'œuvre, qui peut l'inciter à ne pas la laisser s'échapper et à la conserver jalousement. Longtemps, le mécénat permit de concilier ces deux exigences.

Mais, pour les pouvoirs publics, cette solution n'était sans doute pas optimale. L'utilité sociale d'une œuvre se mesure à sa diffusion, à sa capacité à provoquer ou à nourrir le débat, à enrichir la culture nationale. En ce sens, la législation sur le droit d'auteur doit éviter l'abus de droit de l'auteur sur son œuvre. Mais, dans le même temps, elle doit créer les conditions favorables de l'épanouissement des beaux-arts et, pour se faire, garantir à l'auteur un niveau suffisant de sécurité juridique et de reconnaissance morale et matérielle de ses droits sur l'œuvre pour récompenser l'auteur et inciter d'autres talents à s'exprimer.

De la recherche de ce délicat équilibre, la technique de diffusion de l'œuvre ne peut être absente. Tout dépend de la plus ou moins grande capacité offerte à copier ou réutiliser une œuvre. La quantité ou le volume de contenu artistique, littéraire ou musical, conditionne naturellement le degré de protection accordé aux droits que l'auteur tire de son œuvre. La qualité de la reproduction est également en jeu : l'auteur dispose également d'un droit au respect de l'intégrité de son œuvre, de même que le lecteur ou le public ont le droit d'être assuré que l'œuvre qu'ils apprécient est bien le produit du génie de son auteur, sans modification ou altération.

Cette problématique existe bien avant l'invention de l'imprimerie. *« Pour exercer un contrôle intellectuel et économique sur la circulation des livres, l'Université avait voulu en effet que les ouvrages indispensables aux études des maîtres et des écoliers fussent soigneusement vérifiés dans leur texte, afin qu'il ne s'y glissât point d'erreurs qui eussent pu en dénaturer le sens. Pour permettre dans les meilleures conditions la multiplication des copies, sans altération du texte et sans spéculation abusive de la part des copistes, l'Université mit au point un système fort ingénieux de prêt de manuscrits contrôlés et soigneusement revus, à partir desquels des copies pouvaient être faites contre une rémunération tarifée (« taxée »). Le manuscrit de base « l'exemplar » revenait après copie au stationnaire et ce dernier pouvait alors le louer une nouvelle fois. Cette méthode avait le grand avantage d'éviter des altérations de plus en plus graves, de copie à copie, puisque chacune était faite à partir d'une même modèle unique.¹ »*

Les techniques numériques permettent aujourd'hui de se passer d'« exemplar » puisqu'elles permettent précisément, par la perfection de la copie, de faire du double un nouvel « exemplar ». Mais faut-il pour autant dire que la seule question liant droit d'auteur, techniques numériques et internet tourne autour de la titularité des droits, et du respect des droits de l'auteur sur son œuvre ? Rien n'est moins certain. L'environnement numérique moderne autorise également des altérations de l'œuvre d'autant plus redoutables qu'elles sont à la fois facilement réalisables et difficilement décelables. Jamais sans doute les techniques n'ont à la fois permis une si grande capacité de diffusion de la pensée et présenté autant de

¹ Lucien Febvre, Henri-Jean Martin, *L'apparition du Livre*, Albin Michel, p. 25

risques pour l'œuvre et pour les droits de son auteur. Tout est aujourd'hui mis en ligne et disponible sur internet, et l'on y trouve n'importe quoi. Chacun peut y publier ou diffuser son œuvre, et personne n'est capable de dire qui en est l'auteur ou, simplement, qui est à l'origine de la mise en ligne. Comme l'écrit Jorge Luis Borges, au sujet de sa bibliothèque de Babel, comparables à de nombreux égards au monde du réseau Internet :

« Quant on proclama que la Bibliothèque comprenait tous les livres, la première réaction fut un bonheur extravagant. Tous les hommes se sentirent maîtres d'un trésor intact et secret. Il n'y avait pas de problème personnel ou mondial dont l'éloquente solution n'existât quelque part (...). A l'espoir éperdu succéda, comme il est naturel, une dépression excessive. La certitude que quelque étagère de quelque hexagone enfermait des livres précieux, et que ces livres précieux étaient inaccessibles, sembla presque intolérable. » Comme l'écrit encore Borges, *« la Bibliothèque est si énorme que toute mutilation d'origine humaine ne saurait qu'être qu'infinitésimale. (...) si chaque exemplaire est unique et irremplaçable, il y a toujours, la Bibliothèque étant totale, plusieurs centaines de milliers de fac-similés presque parfaits qui ne diffèrent du livre correct que par une lettre ou par une virgule.² »*

A l'image des livres de cette Bibliothèque, le document sur le réseau internet - et tout internaute en a certainement fait l'expérience plus d'une fois -, est accessible à tous tout en étant bien des fois introuvable ; est consultable à souhait, mais à la merci de toute altération ; est copiable à l'infini, mais incapable d'assurer la stabilité de son contenu.

Le propre d'une législation sur le droit d'auteur est de rechercher un équilibre entre ces différents points : protéger les droits que l'auteur tient sur l'œuvre de son esprit, et protéger l'intégrité de l'œuvre ; assurer aussi, dans les meilleures conditions, la diffusion de l'œuvre, et garantir l'authenticité des copies. L'environnement numérique, et plus particulièrement le réseau internet, rend cet équilibre difficile à trouver et délicat à maintenir.

L'objet de ce rapport est d'analyser les incidences sur le droit d'auteur de ce nouveau moyen de communication et de dresser un état des lieux du respect du droit d'auteur et des droits voisins dans les nouvelles technologies de l'information.

Ce bilan comporte cinq parties :

Une rapide histoire du droit d'auteur montre tout d'abord que son apparition, relativement tardive et progressive, est liée au développement d'une technique de diffusion de la pensée : l'imprimerie. A cet égard, les nouvelles techniques numériques semblent lui porter irrémédiablement atteinte. Celles-ci offrent certes des facilités de conservation et de consultation inédites. Mais elles permettent également de reproduire l'œuvre et de la mixer avec d'autres avec une facilité déconcertante. L'usage combiné des liens hypertextes, qui servent à naviguer d'un site ou d'un document à l'autre, et des fonctions dites de « copier/coller », offrent une possibilité nouvelle de copier l'œuvre, de l'enrichir ou de lui porter atteinte.

La nouveauté radicale réside sans doute dans la qualité de la copie, qui inciterait plutôt à parler de « clonage » de l'œuvre. La « copie privée » apparaît aujourd'hui comme une exception dont la raison d'être était liée au support. Légitime pour la copie manuelle,

² Jorge-Luis Borges, « La Bibliothèque de Babel », *Fictions*, Gallimard Folio p. 78

compréhensible pour la copie analogique ou tolérable pour la photocopie, l'exception de copie privée serait obsolète et devrait, pour certains, disparaître dans l'environnement numérique. L'œuvre, à vrai dire, perd de sa consistance dès lors qu'il est possible de la désagréger en morceaux, chacun réutilisables à souhait. La localisation même de l'œuvre devient difficile dans l'environnement numérique où tout peut être cloné et expédié ailleurs sur le réseau (*chapitre I*).

Trois arguments sont en général avancés pour soutenir que le droit d'auteur ne serait pas applicable dans un environnement numérique. L'indifférenciation des éléments de l'œuvre représenterait une première difficulté ; l'objet même de la protection ne serait plus clairement identifiable dès lors qu'il peut s'agir aussi bien d'une image, d'un son ou d'une série de lignes de programmation lorsque le logiciel est lui-même l'objet de la protection ; la facilité d'emprunt ou l'impossibilité de le déceler rendrait, enfin, la législation protégeant le droit d'auteur parfaitement inadaptée à l'environnement numérique.

Mais, d'un point de vue juridique, le droit d'auteur s'applique entièrement au réseau internet, et la numérisation de l'œuvre ne change rien à cela dès lors que la législation sur la propriété intellectuelle saisit l'œuvre en tant que résultat d'une activité créative de l'esprit. Il est vrai que, dans la pratique, l'effectivité de certaines des composantes traditionnelles du droit d'auteur est remise en cause. Mais la difficulté réside surtout dans le caractère lacunaire de notre droit en la matière. Certaines situations doivent être clarifiées, notamment en ce qui concerne la titularité des droits ou la nature d'actes techniques propres au réseau internet comme les reproductions intermédiaires ou de proximité. Surtout, la responsabilité des acteurs de l'internet est insuffisamment précisée. Deux questions, notamment, se posent : le fournisseur d'hébergement, d'une part, le fournisseur d'accès, d'autre part, peuvent-ils être exonérés de toute responsabilité ? (*chapitre II*).

De nombreux rapports ont déjà été rédigés afin de tenter de combler les lacunes de la législation. Mais les différents acteurs de l'internet partent sur des positions parfois tellement divergentes qu'il est difficile de concevoir leur rapprochement. Pourtant, certaines solutions s'imposent déjà à la France, par le biais de normes internationales. Deux conventions ont été conclues en décembre 1996 sous l'égide de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (O.M.P.I.). La première concerne le droit d'auteur, la seconde les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Un autre accord porte également sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle touchant au commerce. Il s'agit de l'accord sur les A.D.P.I.C., annexé à l'accord de Marrakech du 15 avril 1994 conclu dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce (O.M.C.). Enfin, la Communauté européenne, par le biais d'une proposition de directive sur le droit d'auteur et les droits voisins, influencera nécessairement le droit français en la matière (*chapitre III*).

De nombreuses voix s'élèvent, dans le même temps, pour soutenir que l'environnement numérique et l'utilisation du réseau internet semblent particulièrement se prêter à la voie de l'autorégulation - ou, plus exactement, semblent mal s'accorder avec une réglementation étatique nécessairement nationale, a priori et impersonnelle, pour un monde dit international, décentralisé, hétérogène et virtuel. La mentalité de type libertaire, voire anarchisante, ayant accompagné l'essor de ces techniques s'avère en outre plus propice à une autorégulation des acteurs qu'à une approche traditionnelle en termes de lois et règlements.

De très nombreuses expériences, sectorielles ou à vocation transversale, se sont déjà développées sur ce point, en France comme dans le monde. Les journalistes ou le monde de

l'édition de disques ont ainsi déjà réussi à s'entendre sur la question des droits d'auteur appliqué à l'environnement numérique. Le recours à des techniques de protection semble également être une réponse appropriée à la protection du droit d'auteur et des droits voisins sur internet, comme les techniques de marquage ou de tatouage des œuvres et les procédés anti-piratage.

Mais l'autorégulation ne peut constituer la seule réponse. L'Etat ne peut en effet se désintéresser totalement d'une matière qui met en cause la liberté de communication des pensées et des opinions, protégée par l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. La voie de la co-régulation semble, à cet égard, plus prometteuse (*chapitre IV*).

Quel droit faut-il, dans ces conditions, appliquer ? La réponse dépend de considérations juridiques ou philosophiques. Le droit d'auteur à la française traduit en effet également une conception de l'auteur et de sa place dans la société. Mais les enjeux de la question sont bien évidemment nombreux, et ne sont pas exclusivement culturels. Rappelons que le « marché » de la culture représentait en France en 1998 13,4 milliards de Francs de chiffre d'affaire pour le livre, 7,6 pour l'industrie du disque, 6 pour le cinéma, 4,3 pour le multimédia et 3,7 pour la vidéo.

Or, dans le débat sur le bien fondé du droit d'auteur à la française, l'argument économique est, en général, présenté à charge du droit d'auteur : « ... *la perspective exclusivement utilitariste ou lobbyiste des derniers développements du droit intellectuel –notamment sur le plan communautaire- fait perdre de vue les origines, le sens, la spécificité et les richesses du droit d'auteur. Il est le plus souvent présenté, par opposition au brevet ou au copyright, comme une construction d'un idéalisme encombrant, peu adaptée aux réalités économiques du monde moderne afin de susciter de hâtives décisions législatives. A suivre la progression des directives communautaires, on a le sentiment que le droit d'auteur est un péril dont il faut protéger l'Europe* »³.

Il est vrai que, pour aussi simpliste qu'elle puisse paraître, la distinction qui voudrait que le droit d'auteur protège avant tout le créateur alors que le copyright concernerait avant tout l'investisseur témoigne assez bien de la réalité des choses. Le droit américain est davantage un droit des affaires, le droit d'auteur un droit de la personne. L'un a vocation à protéger le preneur du risque financier, l'autre celui qui prend le risque de créer. L'œuvre est perçue par l'un surtout comme un produit susceptible d'être commercialisé, par l'autre d'abord comme le produit de l'esprit.

Faut-il, dans ces conditions, craindre de faire ici la « *Chronique d'une mort annoncée* » selon l'expression reprise par le professeur Pierre Sirinelli⁴ ? Il semble en réalité que les solides principes du droit d'auteur et des droits voisins appellent, dans l'environnement numérique, une simple adaptation plus qu'un bouleversement (*chapitre V*).

³ « La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création », rapport remis aux ministres de la culture, de la justice et au secrétaire d'Etat à l'industrie par MM. Philippe Gaudrat et Guy Massé, février 2000

⁴ « Le droit d'auteur à l'aube du 3^{ème} millénaire », La semaine Juridique édition générale, 5 janvier 2000, p. 13

1. Des implications d'internet sur le droit d'auteur

Un rapide aperçu de l'histoire du droit d'auteur met en évidence aussi bien sa capacité d'adaptation à l'apparition de nouvelles techniques et sa faiblesse particulière face à la numérisation des œuvres. La conjugaison de cette technique avec la diffusion par internet est lourde d'implication pour le droit d'auteur.

1.1 Bref historique du droit d'auteur

L'histoire du droit d'auteur se mélange, sans se confondre, avec celles du livre, de la lecture, et de l'émergence de l'individu. Principal point de rencontre entre le lecteur, qui est le destinataire de l'œuvre, l'auteur, qui en est le créateur, et le livre, qui est son support, l'émergence progressive d'un droit reconnu à l'auteur sur son travail est le centre géométrique d'un triangle d'intérêts parfois divergents.

La reconnaissance d'une singularité de l'œuvre est ancienne. Renouard, dans son étude publiée en 1838, situe l'origine du terme "plagiat" dans les épigrammes 53 et 54 du poète hispano-romain Marc Valère Marcial :

LIII - Quintianum facit assertorem

*Commendo tibi, Quintiane, nostros :
Nostros dicere si tamen libellos
Possim, quos recitat tuus poeta :
Si de servitio gravi queruntur,
Assertor venias, satisque praestes,
Et, quum se dominum vocabit ille,
Dicas esse meos, manumque missos.
Hoc si terque quaterque clamitaris,
Impones plagiaro pudorem.*

LIV – Ad Fidentinum, plagiarum

*Una est in nostris tua, Fidentino, libellis
Pagina, sed certa domini signata figura ;
Quae tua traducit manifesto carmina furto.
Sic interpositus villo contaminat uncto,
Urbica Lingonicus Tyriantinna bardocucullus :
Sic Aretinae violant crystallina testae :
Sic niger, in ripis errat quum forte Caystri,
Inter Ledaos ridetur corvus olores :
Sic urbi multisona fervet sacer Atthide lucus,
Improbas Cecropias offendit picas querelas.
Indice non opus est nostris, nec vindice libris :
Stat contra, dicitque tibi tua pagina, Fur es⁵.*

⁵ Epigramme 53 : « Je vous recommande mes vers, Quintianus, si toutefois je puis les appeler ainsi quand ils sont récités par certain poète de vos amis. S'ils se plaignent de leur pénible esclavage, soyez leur défenseur et leur appui ; et si cet autre se dit leur maître, déclarez qu'ils sont à moi et que je les ai affranchis. Cette protestation, répétée trois et quatre fois, fera rougir le plagiaire. »

Epigramme 54 : « Il n'y a dans mes livres, Fidentinus, qu'une seule page de ta façon, mais si bien marquée de ton cachet, qu'elle annonce hautement ta friponnerie. Ainsi la cape du Lingon, appliquée sur la robe pourpre du citadin, la couvre de graisse ; ainsi la vaisselle de terre d'Arétium jure parmi les cristaux ; ainsi l'on rit du noir corbeau, lorsqu'il se montre par hasard sur les bords du Caïstre, au milieu des cygnes chéris de Lédas ; ainsi l'on est choqué d'entendre le pic mêler ses cris aux chants harmonieux dont Philomène fait retentir les bosquets

Le mot « plagiarus » désignait semble-t-il la personne s'étant rendue coupable du crime de « plagium », c'est-à-dire ayant vendu un esclave ne lui appartenant pas ou, pire encore, ayant vendu comme esclave un homme libre. Par une assimilation fulgurante de l'esclave à l'œuvre, que l'on hésite à analyser davantage tant elle peut être riche de sens ou de contresens, l'utilisation métaphorique du mot plagiat désigne depuis longtemps le crime commis par les voleurs d'un écrit.

La violation du droit ainsi désignée par un mot, la nature du droit lui-même devait être précisée : avant d'être conçu comme un droit de propriété, le droit d'auteur a tout d'abord été considéré comme un privilège détenu sur l'œuvre.

1.1.1 Le privilège du libraire sur l'œuvre imprimée

Ce privilège distinguait, dans les premières étapes de son évolution, privilège financier et moral. S'agissant de ce dernier, des auteurs tels que Bappert ont montré l'ancienneté, remontant parfois à l'Antiquité, de cette composante du droit d'auteur⁶. Les passages célèbres que le *Digeste* consacre au vol des manuscrits montrent que ce vol est considéré comme relevant d'une nature distincte de celui d'autres biens. Selon Claude Colombet⁷ "*c'était reconnaître implicitement que le manuscrit a la singularité de n'être pas seulement un bien économique, mais d'être lié à la personne de son créateur et, dépassant la matérialité, de contenir l'œuvre elle-même, création spirituelle*".

Les origines du droit pécuniaire peuvent pour leur part être rattachées aux privilèges d'impression. C'est en effet dans le domaine de la création littéraire, avec l'invention de l'imprimerie, que la notion de droit d'auteur s'est cristallisée à partir de ces privilèges. Comme l'écrit Vilbois, "*ce mot de privilège a dominé toute la période comprise entre le début du XVI^e siècle et la fin du XVIII^e non seulement en France mais dans toute l'Europe : il a eu sur le développement du droit d'auteur une importance primordiale (...)*"⁸. Le privilège de l'imprimeur a, à cet égard, devancé celui de l'auteur.

Les premiers privilèges d'impression sont accordés dès le XVI^e siècle par des pouvoirs publics évidemment moins préoccupés par la protection du droit d'auteur que soucieux de censure, du commerce des livres et de la réglementation de la profession d'imprimeur. Un des premiers privilèges ainsi accordé semble être celui qui apparaît à Venise en 1495, pour une édition d'Aristote ; suivront, en France, des privilèges accordés par Louis XII en 1507 et 1508, l'un pour l'édition des épîtres de saint Paul, l'autre pour les œuvres de saint Bruno.

L'auteur, à cette époque, répugne en général à se faire rémunérer par le libraire, sauf lorsqu'il acceptait de se faire correcteur. Sinon, l'auteur préférerait sans doute vivre du mécénat, par les dons qu'il obtenait en remerciement des dédicaces. J. Hoyoux a ainsi montré

sacrés. Mes livres n'ont besoin ni qu'on les accuse, ni qu'on les défende ; la page s'élève contre toi et te dit : « tu es un voleur ». » (traduction de Désiré Nisard, Collection des auteurs latins, Firmin-Didot, Paris, 1878, p. 548-549

⁶ Walter BAPPERT, *Wegw zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedanken*.

⁷ Claude COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Paris, 9^e édition, 1999.

⁸ Jean VILBOIS, *Du domaine public payant en matière du droit d'auteur*, Paris, 1928.

qu'Erasmus avait organisé un véritable réseau d'agents chargés de collecter les récompenses par toute l'Europe⁹. Comme l'écrit Henri-Jean Martin, « *bientôt, il paraîtra normal aux auteurs de vendre à un libraire leur manuscrit contre argent comptant. Certes, beaucoup d'entre eux, ceux qui sont gens de qualité, refusent d'accepter l'argent. Mais la plupart des hommes de lettres ne sont pas aussi fiers. (...) Dans ces conditions, on comprend mieux les fameux vers de Boileau :*

*Je sçai qu'un noble esprit peut sans honte et sans crime
Tirer de son esprit un tribut légitime
Mais je ne puis souffrir ces auteurs renommés
Qui, dégoûtés de gloire et d'argent affamés,
Mettent leur Apollon aux gages d'un libraire
Faisant d'un art divin métier de mercenaire »¹⁰.*

L'examen de ces privilèges montre en effet qu'ils n'étaient pas destinés à proprement parler à l'auteur, mais ne concernait en réalité que l'imprimeur-libraire, sur qui pesait en premier lieu l'obligation, s'il souhaitait obtenir le privilège, de soumettre l'ouvrage à l'autorité qui se réservait le droit d'exercer sa censure. Le privilège ainsi accordé se traduisait par un monopole temporaire dans l'impression de l'œuvre qui était censé compenser, pour le détenteur du privilège, les coûts d'impression. La durée du monopole coïncidait ainsi, le plus souvent, avec le temps supposé nécessaire pour l'édition de l'ouvrage.

Le privilège ne protégeait donc pas tant l'œuvre comme création de l'esprit que le produit de l'impression, et l'auteur restait principalement soumis aux conditions de l'imprimeur, ainsi que le décrit Jean Vilbois : « *Seuls en effet les imprimeurs et libraires, groupés en corporations, avaient le droit d'impression et de vente des livres subordonné en outre à la permission royale. L'auteur obligé de traiter avec eux dut fatalement subir leurs conditions : tantôt il se contentait de mettre au jour sa production en abandonnant le profit entier à l'imprimeur, tantôt il se déclarait satisfait du prix minime qu'on lui offrait. Les libraires de Paris se rendaient donc propriétaires pour un prix fixe et modique des manuscrits dont ils exploitaient la reproduction garantie par le privilège* ». Pire encore, les libraires jouissaient du droit de publier, sans l'autorisation de l'auteur, un livre dont ils avaient pu obtenir copie. Le monopole de publication des *Précieuses ridicules* fut ainsi accordé au libraire Ribou, qui obtint même un privilège interdisant à Molière d'imprimer sa pièce, même s'il est vrai que ce privilège fut annulé par la suite à la demande de l'auteur¹¹.

1.1.2 Le privilège de l'auteur sur son œuvre

L'apparition du privilège de l'auteur est, en comparaison, plus tardive, et la consécration d'un droit exclusif de l'auteur sur son œuvre ne se fera qu'au XVIII^e siècle à l'issue d'un riche débat d'idées.

Cette consécration ne s'est faite que progressivement. La première étape de cette évolution est marquée par la délivrance de privilèges non plus –ou non plus seulement– à

⁹ J. Hoyoux, *Les moyens d'existence d'Erasmus*, dans Bibliothèque d'humanisme et Renaissance, t. VI, 1944, p. 7 à 59, cité par Lucien Febvre, *Henri-Jean Martin, L'apparition du livre*, Albin Michel

¹⁰ Lucien Febvre, *Henri-Jean Martin, L'apparition du livre*, Albin Michel, p. 236

¹¹ G. Mongrédien, *La vie littéraire au XVII^e siècle*, Paris, 1947, p. 257, cité par Lucien Febvre, *Henri-Jean Martin, L'apparition du livre*, Albin Michel

l'imprimeur, mais aussi à l'auteur. Comme l'écrit Claude Colombet, *“en 1761, pour la première fois, les petites-filles de La Fontaine demandèrent et obtinrent un privilège personnel pour la publication des Fables ; le Conseil du Roi affirma même que les ouvrages de leur aïeul leur appartenaient par droit d'hérédité. En 1777, le Conseil du Roi restitue à la famille de Fénelon le privilège accordé pour l'édition de ses œuvres : il déclare que les continuations de privilèges ne pourraient être accordées aux libraires qu'avec l'agrément des héritiers”*.

Le droit d'auteur naît ainsi en France sous la forme du privilège. Il est formalisé par un arrêt du Conseil du Roi daté du 30 août 1777, dont il est dit qu'il fut inspiré par Malesherbes, qui constitue un premier code de la propriété intellectuelle. Cet « arrêt sur les privilèges » prévoyait que :

“(…) le privilège en librairie est une grâce fondée en justice et qui a pour objet, si elle est accordée à l'auteur de récompenser son travail, si elle est accordée au libraire de lui assurer le remboursement de ses avances et l'indemnité de ses frais (...)”.

De cette distinction, l'arrêt du Conseil du Roi déduit que ces deux privilèges ne sauraient porter sur la même durée : au privilège de l'auteur était reconnu un caractère perpétuel, alors que celui de l'éditeur ne pouvait se prolonger après la mort de l'auteur.

Progressivement se diffusait l'idée selon laquelle l'auteur, en créant des œuvres, rendait à la collectivité des services plus éminents que les imprimeurs et libraires en distribuant celles-ci. Les doléances des auteurs commençaient à être accueillies par le Conseil du Roi quand survint la Révolution de 1789.

C'est une conception similaire qui apparaît à la même époque dans le reste de l'Europe. Le Royaume-Uni, encore précurseur, se dote dès le 11 janvier 1709 du statut de la reine Anne, publié sous une rubrique intitulée significativement « An act for the encouragement of learning », qui donne à l'auteur, et non plus au libraire, la possession du copyright. L'auteur conserve le monopole d'impression et de vente de son ouvrage pour une période de 14 années, renouvelable une fois s'il est encore en vie à l'expiration du premier délai. Le chemin parcouru est considérable : quelques années auparavant, en 1667, le poète Milton, vendant *Paradise Lost* pour la somme de 5 livres à son éditeur Samuel Simmons, a sous doute pensé qu'il avait remarquablement négocié son contrat qui prévoyait qu'une même somme lui serait versé à l'épuisement des première, deuxième et troisième éditions.

Il s'agit, de même, en Espagne, de l'ordonnance royale du 22 mars 1763, par laquelle Charles III disposait *“que de aquí en adelante no se conceda a nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto”*¹², et de l'ordonnance royale du 20 octobre 1764, qui déclare le caractère héréditaire du droit d'auteur *“por la atención que merecen aquellos literatos, que después de haber ilustrado su Patria, no dexan más patrimonio a sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el de imitar su buen exemplo”*¹³.

¹² « Ne sera désormais plus concédé aucun privilège pour l'impression d'un livre, si ce n'est à l'auteur même qui l'a rédigé »

¹³ « En raison de l'attention que mérite ces auteurs qui, après avoir illustré leur Patrie, laissent pour seul héritage à leurs familles le revenu honnête qu'elles peuvent tirer de leurs œuvres et de l'imitation de leur bon exemple ».

1.1.3 La propriété de l'auteur sur le fruit de son travail

La perception du droit sur l'œuvre comme droit de propriété est postérieure et peut être liée à l'avènement, avec la Révolution française, de l'Etat moderne. D'un privilège dont l'octroi était soumis au pouvoir quasi-discrétionnaire du monarque, le droit d'auteur devient un droit reconnu impersonnellement et inconditionnellement par la loi.

Cette reconnaissance n'a pas pour autant été sans difficultés. La fin du XVIIIème siècle a en effet été le théâtre d'un conflit entre l'idéal révolutionnaire, qui postule la liberté d'imprimer comme corollaire au libre exercice de toute activité économique et donc, par là même, la suppression de tout privilège, et l'idée selon laquelle le monopole est plus à même de défendre les droits de l'auteur.

Un certain nombre d'écrivains tentent ainsi de trouver une justification plus acceptable à l'exclusivité d'impression que le seul privilège royal. L'illégalité des reproductions non autorisées doit pouvoir être sanctionnée, sans pour autant fonder les poursuites sur ce privilège. Tel est le cas notamment de Diderot, qui rédige en juin 1767 sa fameuse *Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire* :

“Monsieur, le privilège n'est ici qu'une sauvegarde accordée par le souverain pour la conservation d'un bien dont la défense dénuée de son autorité expresse excéderait souvent la valeur. (...)

Est-ce qu'un ouvrage n'appartient pas à son auteur autant que sa maison ou son champ? Est-ce qu'il n'en peut aliéner à jamais la propriété? Est-ce qu'il serait permis ... de dépouiller celui qu'il a librement substitué à son droit?

(...)

En effet quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches... Je le répète, l'auteur est maître de son ouvrage, ou personne dans la société n'est maître de son bien. Le libraire le possède comme il était possédé par l'auteur. Or le droit du propriétaire est la vraie mesure du droit de l'acquéreur”.

Diderot s'efforce alors de distinguer le privilège du libraire, fondé sur un véritable droit, des autres privilèges qui portent directement et arbitrairement atteinte à la liberté :

“Ce titre odieux qui consiste à conférer gratuitement à un seul bénéficiaire auquel tous ont une égale et juste prétention, voilà le privilège abhorré par le bon citoyen et le ministre éclairé! Reste à savoir si le privilège du libraire est de cette nature.

(...)

C'est le nom même de privilège qui a exposé ce titre à la prévention générale et bien fondée qu'on a contre tout autre exclusif”.

Diderot défend là une conception moderne du droit d'auteur qui tend à se généraliser en Europe. Ces idées sont également celles développées, à même époque, par l'allemand Pütter et, avant lui, par l'avocat et canoniste Louis d'Héricourt dans un mémoire daté de 1725 qui concerne la polémique qui opposait alors les libraires de Paris, favorisés par les privilèges, et les libraires de province, qui bénéficiaient moins de l'attention royale : *“(...)ce ne sont point*

les privilèges que le roi accorde aux libraires qui les rendent propriétaires des ouvrages qu'ils impriment, mais uniquement l'acquisition du manuscrit, dont l'auteur leur transmet la propriété au moyen du prix qu'il en reçoit".

Dans son œuvre *Commentaries on the Laws of England*, William Blackstone attribue au droit sur l'œuvre le même fondement que Locke donne à tous les droits de propriété, à savoir le travail :

"There is still another species of property, which, being grounded on labour and invention, is more properly reducible to the head of occupancy than any other; since the right of occupancy itself is supposed by Mr. Locke, and many others, to be founded on the personal labour of the occupant. And this is right, which an author may be supposed to have in his own original literary compositions: so that no other person without his leave may publish or make profit of the copies".

Cette argument est fondamental, et seule cette assimilation du droit d'auteur à un droit naturel, fruit du travail de l'homme, permettra sa survie lorsque les autres privilèges seront supprimés par la Révolution française.

Les lois du 19 janvier 1791 et du 19 juillet 1793, intitulées respectivement « Décret relatif aux spectacles » et « Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs », consacrent en effet cette conception du droit d'auteur. Comme le déclare alors Le Chapelier :

"La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain... comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail..."

Le rapport de présentation du projet de loi de 1793 réalisé par Lakanal au nom du comité de l'instruction publique va dans le même sens :

"... et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive... C'est après une délibération réfléchie que votre comité d'instruction publique vous propose de consacrer des dispositions législatives qui forment, en quelque sorte, la déclaration des droits du génie".

Tous ces textes montrent que le droit d'auteur en France présente le caractère d'un droit subjectif, reconnu par la loi, de l'auteur sur son œuvre ; d'un droit exclusif, dont l'auteur jouira toute sa vie, et dont ses héritiers bénéficieront également pendant une certaine période à l'expiration de laquelle l'œuvre, dans l'intérêt de tous, tombe dans le domaine public.

La loi du 19 janvier 1791 consacre le droit de représentation. Aux termes de son article 2, *"les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public dans toute l'étendue de la France sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs"*. L'article 5 dispose que *"les héritiers ou cessionnaires des auteurs seront propriétaires des ouvrages durant l'espace de 5 années après la mort de l'auteur"*.

La loi du 19 juillet 1793 consacre le droit de reproduction : *“les auteurs d’écrits en tous genres, les compositeurs, les peintres et dessinateurs qui font graver les tableaux et dessins, jouiront leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans tout le territoire de la République et d’en céder la propriété en tout et en partie”* (article premier). L’article 2 prévoit que *“leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l’espace de dix ans après la mort des auteurs”*.

Pour le professeur André Françon¹⁴, les rédacteurs de ces deux lois semblent bien avoir considéré le droit d’auteur comme un droit naturel dont le législateur se contentait de constater l’existence. La propriété littéraire et artistique n’était donc pas une pure création de la loi. L’évolution ultérieure de cette partie de la propriété intellectuelle confirmera la force de ce droit dit « naturel » que l’ensemble de l’Europe adoptera avec quelques nuances. Les auteurs, avant la Révolution française, avaient ébauché une organisation assurant une défense collective de ce droit largement méconnu par les utilisateurs des œuvres. C’est à l’initiative de Beaumarchais que se crée en 1777 le groupement des écrivains de théâtre en conflit avec les comédiens français.

La législation française ne sera en réalité que très peu modifiée au cours du XIX^{ème} siècle, mais la propriété littéraire et artistique prendra une dimension internationale. Une première convention signée à Berne en 1886 est fondatrice en ce domaine, car elle consacre la prise de conscience des créateurs face à la circulation accrue des œuvres à travers le monde. Ce mouvement est en réalité parti de France : les auteurs littéraires, conduits par Victor Hugo, Honoré de Balzac et Alexandre Dumas, s’organisent en France en 1837 en Société des gens de lettre et militent, avec les compositeurs de musique regroupés en 1851 dans la SACEM, pour que les gouvernements établissent les premiers instruments internationaux.

C’est la loi du 11 mars 1957 qui, d’une part, codifie en quelque sorte un siècle et demi de jurisprudence et, d’autre part, selon son exposé des motifs, tente, déjà, de *« répondre au besoin qu’ont éprouvé les créateurs intellectuels d’être protégés en tenant compte des conditions techniques et économiques nouvelles et aussi des nouvelles formes d’art surgies depuis la législation révolutionnaire »*,

De ce rapide historique, qui ne pouvait ici prétendre à l’exhaustivité, il est possible de tirer la double observation que le droit d’auteur moderne s’est constitué, d’une part, fidèlement à la conception d’un droit personnel et, d’autre part, de manière concertée entre le législateur et les créateurs.

Mais le législateur de 1957 n’a sans doute prévu ni l’essor des moyens photographiques ou électromagnétiques de reproduction, et par là même l’extraordinaire explosion de la copie privée, ni l’apparition, avec la télécommunication, d’un mode de transport par réseau permettant au destinataire de recevoir, non pas une seule œuvre, mais à peu près tout ce qu’il est possible de concevoir en matière d’œuvre. Elle ne manquera pourtant pas de s’adapter, principalement par voie jurisprudentielle, à la radiodiffusion, au cinéma, à la photocopie, à la télévision, aux télécommunications, aux logiciels ...

La loi du 3 juillet 1985 tire tardivement la conséquence de ces lacunes et tente d’adapter la législation française au développement de l’audiovisuel en intégrant, en premier lieu, la diffusion des œuvres par satellite et par câble et en étendant le régime des œuvres

¹⁴ Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Litec, 1999

cinématographiques aux œuvres audiovisuelles, et en instituant des droits voisins au bénéfice des auxiliaires de la création que sont les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et les organismes de radiodiffusion.

Enfin, une dernière phase de cette construction législative s'est effectuée dans le cadre du travail de simplification législative des composantes de la propriété intellectuelle confié par le Premier ministre au Conseil d'Etat : propriété littéraire et artistique et propriété industrielle ont été regroupées dans un code unique, le code de la propriété intellectuelle approuvé par le Parlement le 1^{er} juillet 1992. Bien qu'elle ait été effectuée à droit constant, sous réserve de quelques modifications terminologiques, cette codification n'est en réalité pas neutre car elle reflète la structure internationale manifestée par l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), tout en fondant des actions juridiques communes au droit d'auteur et à la propriété industrielle, en particulier pour renforcer les moyens de lutte contre les contrefaçons et la piraterie.

Ce code a été plus récemment modifié et complété, d'une part pour renforcer la législation anti-contrefaçon (loi du 27 septembre 1994) et, d'autre part, pour transposer en droit national certaines directives européennes¹⁵.

*

La chronologie est éclairante à plusieurs titres : comme l'écrit encore Lucien Febvre, le métier d'auteur, au sens moderne, est lié à l'imprimerie et né grâce à elle. Le droit de l'auteur apparaît plus tardivement que l'innovation technique. En outre, plus la loi est précise, spécifique ou technique, moins elle sera adaptable aux changements de circonstances, la rendant d'autant plus précaire, alors que, comme le remarquait le Conseil d'Etat dans les considérations générales de son rapport annuel pour 1991, « *le législateur du XIX^{ème} siècle s'en tenait (...) aux grands principes et, par voie de conséquence, à des rédactions assez générales pour permettre des interprétations évolutives* »¹⁶ ; la législation ne réagit qu'avec retard aux conséquences sur le droit d'auteur de l'apparition et l'essor d'une nouvelle technique ; la jurisprudence tente, avec un décalage certes moins important, d'adapter les principes existants aux nouvelles conditions de diffusion de l'œuvre.

Il en va évidemment de même s'agissant du numérique.

1.2 La révolution du numérique

Le numérique est une technique permettant la transcription de l'information. Sa force réside dans ce qui pourrait être appelé sa capacité de « dissolution » : tout contenu, quelle que soit sa forme, peut être décomposé, réduit et conservé. Son intérêt réside dans sa capacité de restitution : toute réduction peut faire l'objet du processus inverse de reconstitution, à l'identique, du contenu originel. A cette alchimie du contenu, le réseau Internet ajoute la magie de l'ubiquité : l'abolition des distances, la rapidité de communication, la facilité de transport permettent au contenu d'être ici et ailleurs.

¹⁵ Voir chapitre III

¹⁶ Rapport public pour 1991, p. 24, La Documentation française, 1992

1.2.1 Est simplement dit numérique ce qui relève des nombres

La numérisation d'une œuvre consiste donc à la réduire à une série de nombres. Telle est la technique utilisée, depuis 1980, par le disque numérique : le signal visuel ou sonore est tout d'abord échantillonné, c'est-à-dire découpé à intervalles rigoureusement égaux. L'amplitude de chaque échantillon est ensuite mesurée, puis convertie en son équivalent binaire¹⁷. Il suffit alors de lire la suite de ces équivalences pour recréer une traduction parfaite du message d'origine ou, plus exactement, sa reproduction à l'identique mais sous un autre langage. Le produit final est le même, mais sa composition est différente.

Dans le cas du disque numérique, la suite binaire est déposée, suivant une spirale, sur la surface du disque, et la lecture est réalisée par un faisceau laser, ce qui élimine tout contact entre le disque et la tête de lecture.

Cette technique présente des avantages considérables, et il n'est pas étonnant qu'elle se soit à la fois développée et popularisée avec la vitesse que l'on sait. Tout risque d'usure de l'information est, a priori, exclue. L'information est déposée, non pas sur la surface du disque, comme c'était le cas pour les anciens vinyles, mais en profondeur, et est ainsi plus à l'abri de la poussière et des mauvais traitements. La qualité originale de l'enregistrement est préservée. Le numérique offre ainsi une facilité inégalée de conservation, de consultation, de reproduction et de modification.

1.2.1.1 Facilité de conservation

Cette méthode permet tout d'abord de stocker une grande densité d'information sur un espace extrêmement réduit. Un disque numérique de 12 cm de diamètre peut contenir plus de 6 milliards d'information élémentaire. Alors que la mémoire d'un micro-ordinateur atteignait difficilement 64 ou 128 kilo-octets il y a seulement vingt ans, les disques durs des modèles actuels peuvent renfermer plus de 256 millions d'octets, il est désormais possible, à faible coût, d'emporter avec soi, sur un lecteur portable de la taille d'un agenda, et les *mémoires* de Saint-Simon, et la *Recherche*, et tous les textes souhaités, à moins que l'on ne leur préfère du son, de l'image et de l'image animée.

La numérisation du texte peut être regardée comme ayant des effets similaires, toutes proportions gardées, à ceux d'un autre saut technique : le passage du rouleau de papyrus aux codex de plusieurs pages en parchemin, plus pratique à manier, tenant dans la main et permettant, comme l'écrivait au Ier siècle le poète Marcial, de mettre

*« Homère sur des pages de parchemins !
L'Illiade et toutes les aventures
D'Ulysse, ennemi du royaume de Priam !
Tout cela enfermé dans un petit morceau de peau
Plié en plusieurs petits feuillets ! »*¹⁸.

¹⁷ Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, p. 7491

¹⁸ Epigrammes, XIV, 184, cité par Alberto Manguel, *Une histoire de la lecture*, Actes Sud, 1998

Paradoxalement, la lecture informatique des textes numérisés est également à l'origine d'une sorte de régression au rouleau de papyrus qui, comme aujourd'hui nos écrans d'ordinateur, n'offrait à la lecture qu'une portion du texte, supposait qu'il soit déroulé, interdisait qu'il soit feuilleté, et ainsi rendait moins commode la prise en main du texte et, par là-même, la vision d'ensemble que peut en avoir le lecteur.

Mais là où le rouleau supposait un classement sur des étagères ou dans des boîtes rondes spécialement conçues à cet effet, avec des étiquettes fixées à leur extrémité pour en faciliter l'identification, le texte numérique présente l'immense avantage de se classer sans occuper d'espace et de se retrouver sans perdre de temps.

1.2.1.2 Facilité de consultation

Comme l'écrit Alberto Manguel, « *je me repose avec confiance sur les possibilités que m'offre l'informatique de traquer dans des bibliothèques plus vastes que celle d'Alexandrie un renseignement inaccessible, et mon ordinateur personnel peut « accéder » à toutes sortes de livres (...) Les notes que je prends en lisant sont conservées dans la mémoire déléguée de mon ordinateur. Tel l'érudit de la Renaissance qui pouvait parcourir à sa guise les salles de son palais mémoire afin d'y retrouver une citation ou un nom, je pénètre aveuglément dans le labyrinthe électronique qui bourdonne derrière mon écran. Grâce à sa mémoire, je dispose de souvenirs plus précis (si la précision est importante) et plus abondants (si l'abondance paraît désirable) que mes illustres ancêtres (...)* ».

Les moteurs de recherche permettent en effet en quelques secondes d'aller chercher, au sein de textes de plusieurs milliers de pages, la citation recherchée, ou d'en extraire systématiquement toutes les phrases dans lesquelles, par exemple, l'auteur a utilisé un de ses mots préférés. Les gestionnaires de fichier permettent, quant à eux, de classer toutes les œuvres numérisées par genre, types et catégories, avec une facilité digne du plus efficace bibliothécaire appliquant encore aujourd'hui les préceptes de Saint Thomas d'Aquin recommandant de ranger les textes que l'on aime et dont on souhaite se souvenir.

1.2.1.3 Facilité de reproduction

L'accessibilité de l'œuvre numérisée est sans doute sa première qualité. Mais la facilité de reproduire tout ou partie d'un texte, par la vertu de cet outil que les utilisateurs d'ordinateurs ont appris à connaître sous le nom de « copier/coller », permet de se constituer une sorte de bibliothèque parfaite des ouvrages ou des passages que l'on estime remarquables ou auxquels on tient plus particulièrement. Le résultat de la tâche pénible des copistes d'autrefois est aujourd'hui à la portée de tous. Le texte le plus dense, le livre le plus long peuvent être reproduits en un instant, et d'une seule pression de doigt, sans que la moindre erreur de reproduction ne puisse se glisser dans le nouvel exemplaire.

Ces techniques de reproduction ne se limitent pas à l'écrit, mais trouvent également à s'appliquer au son, à l'image ou à l'image animée. Le « copier/coller » s'applique aussi bien à un morceau de musique qu'à une photographie ou à une séquence de film, et la reproduction de ses œuvres de l'esprit, qui supposait autrefois un travail parfois long et fastidieux, se fait aujourd'hui, grâce au numérique, avec une facilité déconcertante.

1.2.1.4 Facilité de mixage

La reproduction de l'œuvre peut n'être que partielle : rien n'interdit de ne copier/coller qu'une partie du texte ou de l'œuvre pour l'insérer au sein d'une autre. Chaque œuvre est démontable en morceaux dont l'utilisateur est libre de choisir la taille, et libre de les réutiliser par ailleurs comme il l'entend pour construire, à partir de ces éléments, autre chose.

Les liens hypertexte permettent de passer instantanément du document consulté à un autre qui le complète, l'illustre ou le contredit, et autorisent ainsi, selon le vocabulaire marin désormais universellement accepté, de naviguer entre les œuvres. Précisons que ces liens hypertexte peuvent mettre en relation, par le réseau Internet, des données stockées dans les immenses mémoires de milliers d'ordinateurs physiquement réparties sur toute la planète, et il est facile de comprendre que les capacités d'accès aux œuvres numériques ne peuvent être comparées qu'à cette bibliothèque de Babel infinie imaginée par Jorge-Luis Borges.

1.2.2 Le numérique doit aujourd'hui se concevoir en relation avec l'internet

L'Internet, pour Inter-Networks, est un ensemble de réseaux informatiques privés et publics qui sont interconnectés entre eux grâce à un protocole de communication commun. Issu à l'origine du premier réseau de téléinformatique mis en place en 1969 par le ministère américain de la défense, le réseau s'est progressivement développé. La connexion entre réseaux, c'est-à-dire « l'internet » proprement dit, n'est devenue possible qu'avec la définition de normes communes, parmi lesquelles figure notamment le protocole de communication TCP/IP (transmission control protocol over internet protocol), qui est progressivement élaboré dans les années 1970. En 1979, le ministère américain de la défense crée l'Internet configuration board. Puis, en 1983, la partie militaire du réseau, appelée Milnet, est isolée de sa partie civile, Arpanet. Celle-ci est alors principalement destinée à la communication des établissements scientifiques, mais est intégrée, en 1990, au réseau de la national science foundation qui en finance le développement jusqu'en 1995.

Deux évolutions techniques permettent d'ouvrir l'internet au grand public : d'une part, la création, en 1992, du world wide web (www) développé par le CERN à Genève, qui est un système d'interface graphique facilitant grandement la navigation sur le réseau ; l'apparition, d'autre part, de grands réseaux privés interconnectés qui prendront, à partir de 1995, le relais du réseau de la national science foundation.

La conjugaison dans l'usage entre l'internet, qui est le mode de diffusion, et le numérique, qui est le support, est à l'origine d'un nouvel espace qui n'est ni hiérarchisé, ni réellement ordonné ; le transport des données s'effectue sans passage obligé dans le cheminement ; les données sont transportées par paquets suivant un trajet non déterminé à l'avance mais qui utilise les tronçons du réseau les moins chargés. Le langage TCP/IP est standardisé au niveau international, et permet à tout utilisateur relié au réseau d'accéder à l'information et de la transporter.

Cet espace a cru exponentiellement. Le nombre de personnes le pratiquant est, semble-t-il, passé de un million en 1990 à près de 100 millions en 1998¹⁹. Le world wide web

¹⁹ id.

contiendrait, selon certaines estimations, plus de 800 millions de documents et presque un milliard de pages, dont seulement un gros tiers sont indexées par les moteurs de recherche²⁰. Certains prétendent que le trafic y croîtrait de 30% par mois.

Mais cette toile serait néanmoins, selon un article publié par la revue Nature, d'une taille restreinte : en utilisant comme unité de mesure de cet univers le lien hypertexte (ou, ce qui revient au même, le geste permettant d'activer ce lien, à savoir le « double clic » sur le bouton de la souris), il a été calculé qu'il suffirait de passer, en moyenne, 19 fois d'une page de l'internet à une autre pour relier deux documents quelconques figurant sur la toile²¹. 19 « doubles clics » suffisent donc, en moyenne, pour revenir au point de départ de la navigation virtuelle : le diamètre de la toile mondiale n'est donc, en quelque sorte, que de 19 liens hypertexte ou de 19 « doubles clics ».

La France n'est pas restée à l'écart de cette évolution, même si l'on peut encore observer un certain retard par rapport aux Etats-Unis, au Royaume-Uni ou à l'Allemagne. Une enquête récente montre que les internautes sont 14,8 millions au Royaume-Uni de Grande Bretagne, contre 13,5 millions en Allemagne.

La France compte, en 1999, entre 5,3²² et 5,7 millions d'internautes²³, ce qui représente une augmentation de 47 % depuis 1998, contre 33 % au Royaume-Uni et 22 % en Allemagne.

Cette population est certes encore assez ciblée : il s'agit majoritairement de jeunes de 18-24 ans (24%) et des jeunes adultes de 25 à 34 ans (28%) ; deux internautes sur trois sont des hommes, les étudiants (25 %), les cadres les professions intellectuelles supérieures (25 %) et les professions intermédiaires (22 %) sont sur-représentées, ainsi que l'est la région Ile-de-France (33 %).

Mais le développement de cette technique de communication est impressionnant : le pourcentage de foyers connectés à l'internet est passé de 5 à 10 % entre avril 1999 et avril 2000, alors que le nombre de foyers équipés d'un micro-ordinateur est passé, entre avril 1996 et avril 2000, d'à peine 12 % à plus de 25 %. Sur ces bases, le marché des particuliers représenterait, à la moitié de l'an 2000, près de 2 300 000 abonnements à Internet, soit 4,6 millions d'utilisateurs à domicile, ou encore un taux de pénétration des foyers français de 10 %. D'ici à la fin de l'an 2000, l'Allemagne, la France et la Grande-Bretagne compteront, selon les estimations, une population totale de 52 millions d'internautes.

Quoi qu'il en soit, et le chiffre est éloquent, 2,8 millions d'utilisateurs consultent chaque jour l'internet en France, ce qui représente plus d'internautes que d'acheteurs de la presse quotidienne nationale et 7 à 8 fois plus que de spectateurs de cinéma. Plus de 500 000 sites personnels ont été créés ces dernières années en France.

Ces statistiques montrent bien que le phénomène est nouveau, singulier par son ampleur, impressionnant par ses implications potentielles.

²⁰ Le Monde, 23 septembre 1999

²¹ Nature, 9 septembre 1999

²² Etude NOP Research group, cité par Yahoo ! actualités, 27 avril 2000

²³ Etude Médiangle réalisée en novembre 1999 pour le CSA

1.3 Les implications du numérique sur le droit d'auteur

Ces implications sont multiples. Il était inconcevable que la maîtrise sans précédent que les techniques numériques donnent sur la matière de l'œuvre n'aille pas sans conséquences sur la portée même du droit d'auteur. Trois d'entre elles peuvent être plus particulièrement isolées.

1.3.1 L'œuvre clonée

La première implication du numérique sur le droit d'auteur et les droits voisins est liée à la possibilité de multiplier à l'infini l'œuvre, sans pouvoir pour autant distinguer, à la *énième* copie, celle-ci de l'original. La reproduction à l'identique devrait d'ailleurs conduire à parler de clonage plutôt que de copie.

A cette première atteinte au droit de reproduction, le mélange du numérique et de l'internet ajoute un autre risque pour le titulaire de droits en volatilisant les œuvres dans une circulation planétaire dans laquelle, du fait de la convergence des techniques, les frontières traditionnelles entre informatique, télécommunication, édition littéraire ou musicale et audiovisuelle deviennent plus floues²⁴.

L'évolution de la technique, à cet égard, semble emporter celle des mentalités. Il est certes hasardeux de tenter de discerner ce que seront les comportements et les goûts de consommateurs dans une dizaine d'années. Mais force est de constater que, pour l'instant, les nouvelles générations semblent nettement moins attachées au support de l'œuvre que les précédentes. L'importance du livre et de sa couverture, du disque et de sa pochette, qui motivait ou incitait parfois l'acquisition de l'œuvre, et enrichissait le plaisir de sa possession, semble désormais moins grande que par le passé : le contenu est presque seul à compter, et les plus jeunes générations ne voient aucune atteinte au droit de propriété intellectuelle attachée à l'œuvre, qu'elle soit musicale, écrite ou graphique, dans le fait de la stocker dans la mémoire de son ordinateur personnel. Si la mémoire d'ordinateur tend à devenir le support universel de l'œuvre, la présentation de l'œuvre tend à s'uniformiser : la magie du numérique réside précisément dans cette capacité à réduire le multimédia à « l'unimédia ».

Or, l'historique du droit d'auteur montre qu'il est né du support. Parce que le support permet d'identifier l'œuvre ; parce que cette matérialisation de l'œuvre permet de cerner ainsi la portée de l'activité créatrice qui en est à l'origine. S'il est possible de dire que l'analogique est le semblable et le numérique le vraisemblable, selon l'expression de Paul Virilio, il ne faut alors pas sous-estimer le risque de voir, par la banalisation du support numérique, s'estomper la personne même de l'auteur et oublier que les droits qu'il détient sur l'œuvre sont nés de son travail. Le contenu « virtuel » des œuvres numériques facilite cet oubli, et il est possible de constater, certes avec prudence, qu'un tel phénomène est déjà à l'œuvre s'agissant des jeux vidéos, que les jeunes générations ont du mal à considérer comme des œuvres issues d'une activité créatrice et, par là-même, protégées par le droit d'auteur.

D'aucun se demandent d'ailleurs si les notions de « copie » ou de « copie privée » conservent encore un sens dans l'environnement numérique dès lors que celle-ci peut ouvrir la

²⁴ André Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998

voie au pur et simple pillage²⁵. Interdite en 1985 pour les logiciels, interdite également pour les bases de données sous format numérique, la copie privée apparaît aujourd'hui comme une exception dont la raison d'être était liée au support. Légitime pour la copie manuelle, compréhensible pour la copie analogique ou tolérable pour la photocopie, l'exception de copie privée serait obsolète et devrait, pour certains, disparaître dans l'environnement numérique.

Si l'auteur s'estompe, l'œuvre n'est plus, quant à elle, parfaitement identifiable.

1.3.2 L'œuvre désagrégée

L'hypertextualisation permet en effet, en deuxième lieu, de modifier, mélanger, transformer l'œuvre dont les frontières tendent à disparaître. L'unicité de l'œuvre et sa stabilité semblent remises en cause. La dématérialisation de l'œuvre signifie-t-elle, pour autant, sa condamnation ?

Chaque innovation s'est accompagnée de l'apparition d'une nouvelle forme d'art. La technique numérique n'échappe évidemment pas à la règle, elle qui permet la création commune d'œuvres « en réseau » par plusieurs artistes (« Afrique virtuelle », www.olats.org), les expositions en ligne (par exemple Art Entertainment Network du Walker Art Center de Minneapolis (www.walkerart.org) ou les œuvres interactives, comme le *Verbarium* de Christa Sommerer et Laurent Mignonneau, consultable sur le site, ou –faudrait-il dire-, visible dans la galerie virtuelle de la fondation Cartier (www.fondation.cartier.fr)²⁶. On le voit : présenter la relation entre le réseau Internet et l'auteur d'œuvre de l'esprit exclusivement en termes de risque serait réducteur et occulterait l'apport potentiel du réseau à la création elle-même. Le droit d'auteur ne doit, à cet égard, restreindre les nouvelles possibilités, encore largement inconnues ou méconnues, qui s'offrent aux auteurs.

Il est vrai que le droit d'auteur a, dans le passé, démontré la capacité d'adaptation dont il pouvait faire preuve face à l'apparition de nouvelles techniques. Une mise en perspective permet à cet égard de relativiser l'importance de la « révolution » numérique : certes, l'œuvre est facilement copiable, mais cette facilité rappelle celle ouverte, en son temps, par la photocopieuse ; certes, l'œuvre est volatile, mais cette capacité à être transformée était déjà celle de la photographie ; certes encore, l'œuvre est dématérialisée, mais pas plus que ne l'est la musique diffusée radiophoniquement. La numérisation de l'œuvre ne doit pas laisser craindre la désagrégation de ses frontières, et le droit d'auteur doit s'appliquer, sans doute aucun, à l'œuvre numérisée.

Mais la souplesse de l'œuvre numérisée ou numérique en constitue précisément, au regard du droit d'auteur, la principale faiblesse. Les comparaisons avec les évolutions précédentes du droit d'auteur ne doivent pas induire en erreur : jamais technique n'a autant facilité la copie et la transformation de l'œuvre, qu'elle soit écrite, peinte ou composée.

Les emprunts à l'œuvre numérisée ou numérique peuvent être quasiment indécélables. C'est par exemple le cas, semble-t-il plus fréquent qu'il ne paraît, de l'utilisation d'un morceau musical numérisé pour en faire le fond sonore d'une autre chanson de variété. Des

²⁵ Voir Chapitre II

²⁶ Cités par Le Monde, 23 février 2000

bibliothèques de sons numériques sont déjà disponibles, dans lesquelles il est particulièrement facile de sélectionner des échantillons de mélodies, de rythmes ou d'accompagnements. Si les emprunts ont toujours existé, la composition de demain ressemblera-t-elle à une « écriture du collage »²⁷ ? La modification de l'œuvre est tout aussi facile, et il est possible, à titre d'illustration, de citer les cas de ce professeur finlandais ayant mis en ligne les lettres de la marquise de Sévigné... tout en y apportant, discrètement, quelques petites modifications, ajouts ou suppressions.

1.3.3 L'œuvre insituée ou a-topique

La conjugaison entre l'internet et les techniques numériques permet un accès à l'information pour un coût minime indépendant de la distance réellement parcourue par les données qui aboutissent à votre ordinateur. L'œuvre dématérialisée, malléable à souhait, n'est plus réellement situable dans l'espace. « L'internaute » tentera de « naviguer » sur le « réseau » pour la localiser, ou des « moteurs de recherche », sorte d'astrolabes d'Internet, le feront à sa place. Repérée, l'œuvre sera sur l'écran de l'ordinateur-terminal, et sera évidemment ailleurs, sur les câbles du réseau, dans la mémoire de l'ordinateur serveur.

Les terminaux peuvent ainsi permettre la diffusion en ligne d'ouvrages, d'images ou de musique. Or, la numérisation permet, à partir des sites visités, de ne pas se contenter d'une consultation des documents, mais de se les approprier en les « téléchargeant », ce qui signifie techniquement importer, au moyen de voies téléphoniques, la série numérique de données et la recopier intégralement sur la mémoire de son ordinateur. L'œuvre y est alors « physiquement » présente, certes sous sa forme numérisée, mais utilisable à volonté.

Comme l'écrit Pierre Bellanger, « *la révolution numérique fait que le prix de l'intelligence informatique et celui du débit des informations (la bande passante) tendent vers zéro (...) la valeur ajoutée se déplace de la bande passante, qui devient un produit générique, aux services qui l'accompagnent (...) dans l'univers du logiciel, et qui sont un traitement de l'information (« priorisation », « cryptage », « sécurisation », traduction, mise à jour, validation, certification, adressage, personnalisation, méta-information sur l'information). La différenciation vient du service qui accompagne le produit, et non de son prix ou de sa disponibilité ; elle se déplace du couple prix-choix vers le couple interface-client* »²⁸.

Le régime juridique du droit d'auteur ne peut évidemment ignorer les possibilités ouvertes par la technique. Le rapport rédigé en septembre 1998 par le Conseil d'Etat sur *internet et les réseaux numériques*²⁹ soulignait particulièrement au nombre des difficultés, celles de la contrefaçon, de la détermination de la loi applicable et du tribunal compétent et, enfin, des exceptions au droit d'auteur et tout particulièrement l'exception de copie privée.

²⁷ Selon l'expression de M. Maurice Pham, chef des services musicaux de la Sacem, Le Monde, 11 janvier 2000

²⁸ Pierre Bellanger, « L'horizon numérique. L'audiovisuel, communication et société », *Multimédia*, septembre 1999, cité par Louise Cadoux et Pierre Tabatoni, « Internet et protection de la vie privée », *Commentaire* n°89 p. 59

²⁹ La Documentation Française, 1998

1.4 Des implications qui ne se limitent pas au seul droit d'auteur

Le mouvement est en effet irréversible, et les enjeux ne doivent pas être sous-estimés. Les implications du développement des techniques numériques sur le droit d'auteur débordent largement cette notion. Une approche économique et commerciale est traditionnellement opposée à une approche culturelle.

1.4.1 Banalisation ou démocratisation de la publication, disparition ou valorisation de la référence ?

La protection des œuvres sur le réseau internet, mais aussi la facilité d'y créer des sites en français, touche à la place de notre culture dans le monde. A cet égard, il convient de rappeler que les sites en français ne représentent que 1,8% des sites recensés contenant plus de 500 mots, contre 84 % pour les sites en anglais, 4,5 % pour l'allemand, 3,1 % pour le japonais, et 1,2 % pour l'espagnol³⁰. Comme dans le passé, la protection du droit d'auteur ne doit pas constituer un handicap à la création artistique et à la diffusion d'œuvres françaises sur le réseau Internet.

Or, le caractère « révolutionnaire » du numérique réside sans doute moins dans le saut technique réalisé, somme toute comparable à celui de l'invention du parchemin ou, évidemment, de l'imprimerie, que dans la capacité ouverte à tous de publier et d'être lu dans le monde entier. Alors que le seuil de rentabilité de l'impression d'un ouvrage est traditionnellement fixé à 1 000 ou 2 000 exemplaires, les techniques numériques permettent de faire tomber le coût de production estimé d'un ouvrage à 20 ou 30 francs le livre environ³¹. Le tirage moyen d'un ouvrage se situe actuellement aux alentours de 8 à 10 000 exemplaires, près de 40 % étant destinés au pilon. L'informatique permet aujourd'hui de publier « à la demande » un ouvrage de plus de 600 pages en moins d'une minute. Certaines librairies en ligne, comme Amazon.com, disent déjà pouvoir offrir à leurs clients plus de 3 millions de titres, soit très largement plus que le plus important des libraires ne peut en stocker.

Les conséquences de la démocratisation de ce pouvoir de publier restent encore à mesurer. « (...) *l'univers des réseaux n'impose à personne sa place et brouille à loisir les distinctions entre les fonctions, les niveaux, les dignités. Cela vaut pour les individus comme pour les objets virtuels, sites ou textes. Qui est l'auteur, qui ne l'est pas ? Dans le monde réel, est auteur celui qui a vu son ouvrage publié. Dans le monde virtuel, est auteur celui qui décide de l'être – et qui, pour peu qu'il soit en effet doté du narcissisme propre à cette catégorie d'individus, se verra conforté dans sa conviction par des chiffres de fréquentation qui n'ont rien à voir avec les tirages de l'édition papier, ni même avec le nombre de véritables lecteurs* »³².

Il a beaucoup été écrit que la démocratisation du pouvoir de publier constituait la principale révolution causée par le réseau internet. Il a été également dit que le réseau ferait disparaître les hiérarchies de valeur, qu'elles soient intellectuelles, historiques ou de prestige, et constituait la dernière étape de la démocratisation du savoir en ce qu'elle permettait à tous de participer tant à sa diffusion qu'à son élaboration.

³⁰ Etude Babel citée dans *Le Monde*, 22 mai 1997

³¹ *Le Monde interactif*, mercredi 14 juin 2000

³² Richard Robert, « L'écrit en révolution », *Esprit*, mars-avril 2000, p. 205

Mais le caractère révolutionnaire de cette évolution peut sans doute être tempéré à deux égards. D'une part, la généralisation du pouvoir de publier s'accompagnera probablement, non pas d'une banalisation ou d'une disparition de la référence, qu'elle soit universitaire, professionnelle ou institutionnelle, mais au contraire de sa valorisation : dès lors que tout un chacun peut publier, le lecteur honnête tentera de trouver, entre tous les sites consultables, celui digne de l'être par la qualité de l'information donnée, par le crédit qui peut lui être accordé, par la pertinence et la précision du choix des éléments y figurant.

D'autre part, la numérisation des fonds officiels, ou celle des grands éditeurs, et leur mise à disposition en ligne, sera une garantie de fiabilité de l'information, et sans doute aussi une source de profits commerciaux. Peut-être faudra-t-il, à l'avenir, relativiser là encore la portée de cette « révolution » du réseau internet : les grands groupes de communication ou les grandes institutions resteront les détenteurs du quasi-monopole de la diffusion de l'information légitime, utile ou simplement de valeur.

1.4.2 Protection du droit des auteurs, fichage des utilisateurs ?

Si la protection des œuvres est possible, notamment par la régulation des flux et par le biais de techniques de chiffrement et de marquage des œuvres³³, celle-ci ne doit pas se faire au détriment de la protection de la vie privée. Or, les mêmes techniques qui permettent de marquer les œuvres ou de les protéger contre le piratage peuvent être utilisées pour organiser le fichage généralisé des utilisateurs du réseau Internet.

La présentation du réseau internet comme un espace de liberté ou, faudrait-il dire, la réclame qui en est faite, est trompeuse : le réseau des réseaux est sans doute l'espace le plus surveillé que l'on puisse imaginer. Dans ce phalanstère virtuel, toute action peut être vue par tous, toute connexion laisse une trace, toute trace peut être stockée à jamais dans la mémoire d'un ordinateur.

Deux techniques rendent en effet l'usage d'internet nettement moins anonyme et libre que l'on ne pense. D'une part, un « protocole », nommé TCP/IP, est nécessaire pour que les informations soient correctement transférées d'un ordinateur au serveur. Or, chaque demande effectuée par l'utilisateur du réseau contient également de nombreuses informations sur l'environnement de son ordinateur. Ces informations seront systématiquement transmises au serveur, qui mémorisera ces informations comme des « variables d'environnement » : l'adresse électronique, la configuration informatique, les programmes utilisés, ainsi que, évidemment, l'heure et la date de la connexion. Autant d'informations que le serveur peut ajouter à celles dont il pourrait disposer également par ailleurs.

L'utilisateur est, d'autre part, identifié par une sorte de mouchard ou de cafteur, nommé « cookie » en américain, qui se compose d'un ensemble de variables que le client et le serveur s'échangent lors de transactions HTTP. Ces variables sont stockées sur la machine cliente dans un simple fichier texte. Le cookie est donc un enregistrement d'informations permettant au serveur d'identifier l'utilisateur.

L'internaute, on le voit, est repéré et identifié à son insu, et n'a aucune prise sur ces techniques. Il est possible de déterminer l'heure exacte de sa connexion, de reconstituer son

³³ voir chapitre IV

itinéraire sur le réseau, de mémoriser le temps passé sur chacune des pages du site visité, celle qui a le plus attiré son attention, de savoir précisément ce qu'il y a fait, s'il l'a consulté, s'il y a acheté quelque chose, s'il y a copié un texte, etc. La collecte des données se fait sans dans l'ignorance de l'utilisateur, et donc, bien évidemment, sans son consentement. Il peut en aller de même de leur traitement : le tri des informations collectées, leur croisement avec d'autres fichiers peut constituer une richesse pour le serveur. Mais rien ne garantit l'utilisation, peut être commerciale, qui en sera faite.

Comme l'écrit la CNIL, « ces techniques permettent donc de mesurer l'audience d'un site, de produire des statistiques en vue d'un meilleur positionnement ou d'une meilleure organisation. Où est l'atteinte aux libertés dans cet exemple ? Certainement pas dans le fait de produire des statistiques, mais dans la capacité d'utiliser à cette fin des informations relatives à votre comportement sans que vous le sachiez ni que vous puissiez vous y opposer. (...) Certains diront sans doute "et alors ? Que peut faire un informaticien avec mon adresse IP et les pages que j'ai consultées ? Il n'a pas mon nom, il ne sait pas où j'habite ni qui je suis vraiment, c'est là l'essentiel". Les informations fournies par l'audit sont-elles si anodines ? Lorsque l'internaute utilise une adresse IP fixe, elle identifie de façon unique et permanente son ordinateur et très souvent son utilisateur. Dans ce cas, tout ce que vous faites peut être mémorisé et mis en relation d'une session à l'autre sur le serveur. Ces informations vous décrivent soit dans votre vie privée, soit dans votre vie professionnelle, selon que vous utilisez Internet chez vous ou dans le cadre de vos activités professionnelles. Elles peuvent être échangées, rapprochées, croisées. Cédées à qui ? Exploitées à quelles fins ? Si cette adresse appartient en fait à l'entreprise où l'organisme qui vous emploie, que se passera-t-il si c'est à votre employeur que ces informations sont retournées ? (...) Imaginons que vous souhaitiez aller consulter le site d'un syndicat auquel vous souhaitez adhérer, d'un parti politique dont vous vous sentez proche, d'un centre de recherche sur une maladie invalidante dont vous ou un de vos proches est atteint, d'une religion, d'un groupe de pensée... »

La traçabilité des goûts et des comportements de chacun sur l'internet en constitue sans doute l'un des principaux dangers. Le droit *to be left alone*, selon l'expression utilisée en 1890 par les juristes de Boston³⁴, risque d'être rapidement battu en brèche par les exigences commerciales de « cibler » au mieux la clientèle en décortiquant au plus près l'ensemble de ses centres d'intérêts. Il n'appartenait pas à ce rapport de se pencher plus avant sur ces questions, mais il est évident qu'elles ne peuvent être ni occultées, ni sous-estimées, dans une étude globale des conséquences de la diffusion d'internet.

³⁴ Cité par Louise Cadoux et Pierre Tabatoni, Internet et protection de la vie privée, *Commentaire* n°89 p. 57

2. La législation actuelle et ses lacunes

La législation protégeant le droit d'auteur s'applique au réseau internet, sans doute aucun, mais non sans quelques lacunes que les juges ont tenté de combler par la voie jurisprudentielle.

2.1 La législation actuelle s'applique, non sans difficulté

La numérisation de l'œuvre et sa diffusion sur le réseau mondial peut laisser penser que le droit d'auteur ne saurait trouver à s'y appliquer tant les différences seraient importantes entre l'œuvre, telle qu'elle est traditionnellement entendue, et ce que les nouvelles techniques permettent de faire.

Trois types de difficultés sont en général évoqués lorsque l'on parle d'Internet et de droit d'auteur :

- L'indifférenciation des éléments de l'œuvre représenterait une première difficulté à l'application du droit d'auteur à l'œuvre numérisée ;
- L'objet même de la protection ne serait plus clairement identifiable dès lors qu'il peut s'agir aussi bien d'une image, d'un son ou d'une série de lignes de programmation lorsque le logiciel est lui-même l'objet de la protection ;
- La facilité d'emprunt ou l'impossibilité de le déceler rendrait, enfin, la législation protégeant le droit d'auteur parfaitement inadaptée à l'environnement numérique.

Ces critiques sont fortes, et loin d'être dénués de pertinence. Pourtant, la législation s'est déjà adaptée à d'autres transformations techniques. Aucune considération de droit ou d'opportunité ne permet de soutenir que la législation relative au droit d'auteur ne s'appliquerait pas au réseau Internet.

2.1.1 En droit, la législation protégeant le droit d'un auteur sur son œuvre s'applique à l'internet

L'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété intellectuelle exclusif et opposable à tous* ».

2.1.1.1 La législation sur la propriété intellectuelle saisit l'œuvre en tant que résultat d'une activité créative de l'esprit.

Le support de l'œuvre est indifférent. Qu'il soit matériel ou non, palpable ou seulement visible, la notion d'œuvre est, au sens de la propriété intellectuelle, indépendante de la qualité, de la nature ou même de la matérialité du support.

Rien d'étonnant, donc, à ce que le développement des techniques numériques et la diffusion des œuvres par la voie de l'internet ne portent pas atteinte aux fondements du droit de la propriété intellectuelle. Que l'œuvre circule sous la forme d'un tableau ou d'un livre, ou qu'elle soit communiquée sous la forme d'informations codées ou numériques, la législation ne s'en applique pas moins. Comme il a en a été jugé depuis longtemps, s'agissant de la diffusion radiophonique ou des enregistrements sur disques ou sur bandes, le changement de support ne modifie pas le droit applicable. De même que se sont constitués un art vidéo, ces œuvres instantanées que sont les « performances », des œuvres éphémères comme peut l'être, par exemple, un feu d'artifice, un art virtuel peut se développer : le droit d'auteur et les droits voisins s'y appliquent identiquement.

2.1.1.2 La numérisation des œuvres ne modifie pas leur nature

La dématérialisation des œuvres ne saurait en effet avoir pour effet de les faire échapper à la législation sur la propriété intellectuelle. A cet égard, la nouveauté apportée par la diffusion d'œuvres sur l'internet doit être relativisée. Jamais, en droit, la matérialité de l'œuvre n'a été une condition de l'application du droit d'auteur, et la loi de janvier 1791 prévoyait, déjà, un droit de représentation des œuvres théâtrales qui, par nature, ne peut être matérialisée.

Plus encore, le droit de la propriété intellectuelle a déjà dû affronter, et a déjà su s'adapter sans difficulté à la dématérialisation de l'œuvre lorsque les premières décisions juridictionnelles commencèrent à appliquer la loi aux œuvres radiodiffusées. A tout prendre, il est possible de dire que la législation de la propriété intellectuelle a déjà eu à faire face à une dématérialisation de l'œuvre de même nature mais sans doute d'une toute autre importance que celle impliquée aujourd'hui par les nouvelles techniques. L'œuvre musicale radiodiffusée a, depuis longtemps, subi cette dématérialisation dont on voudrait croire aujourd'hui qu'elle constitue une nouveauté. Bien avant le réseau mondial, l'œuvre musicale a été, au sens propre du terme, « délocalisée », pour ne pas dire, comme en chimie, sublimée. Une solution relativement simple à ces difficultés a été trouvée dans la licence légale de radiodiffusion d'un disque du commerce prévue par l'article 12 de la convention de Rome de 1961, et reprise, avec quelques nuances, par l'article L. 214-1 du code de la propriété intellectuelle.

L'internet permet, il est vrai, de dématérialiser également l'image. Mais cela nous autorise-t-il à soutenir que serait intervenu un changement de nature dans l'œuvre tel que celle-ci ne puisse être protégée par le droit d'auteur ? Là encore, il serait faux d'écrire que la législation protégeant le droit d'auteur serait confrontée à une nouveauté radicale. La technique diffère, mais les effets sont les mêmes que ceux de la télédiffusion, pour laquelle il n'a jamais été soutenu que le droit d'auteur ne pourrait s'appliquer. La protection n'est donc pas liée au support, et les nouvelles techniques ne changent rien à cela. L'œuvre, pour être protégée, doit seulement marquer l'apport intellectuel du créateur.

Les techniques de l'informatique permettent, il est également vrai, d'incorporer dans l'œuvre des éléments nouveaux, comme des lignes de programmation qui peuvent avoir pour objet de rendre l'œuvre animée ou interactive, et il est à cet égard certain que la nature de l'œuvre concernée peut ainsi être modifiée par la technique utilisée : de même, sans doute, que la technique photographique a permis le développement d'une nouvelle forme d'expression artistique, à laquelle le droit d'auteur s'est immédiatement appliqué, le développement des techniques numériques permet aujourd'hui l'apparition d'une nouvelle forme d'art mêlant, grâce aux méthodes de traitement de données, l'image animée, le son et le texte.

Mais, au regard du droit, la nouveauté réside ailleurs : non dans le support, c'est-à-dire dans un fichier informatique, mais dans la possibilité donnée de modifier l'œuvre ou, plus précisément encore, dans la facilité extrême qu'il y a désormais à modifier l'œuvre. Là encore, certaines comparaisons ne sont pas impossibles : la technique photographique, déjà, laisse le pouvoir au destinataire de l'œuvre de la modifier comme, par exemple, de faire disparaître un décor ou de colorier une photographie que l'auteur avait voulue en noir et blanc. Dans ces deux cas, il a été jugé que ces altérations de l'œuvre portent atteinte au droit moral de l'auteur³⁵.

Il est incontestable que les nouvelles techniques de l'information font disparaître tout obstacle à la manipulation ou au pillage total de l'œuvre. Mais ce n'est pas parce qu'une législation est difficilement applicable qu'elle devient nécessairement inutile ou obsolète ; bien au contraire, la facilité avec laquelle le droit d'auteur peut être méconnu rend d'autant plus nécessaire l'application de la loi. L'apport intellectuel du créateur, alors même que le support est numérique et est diffusé sur le réseau internet, reste protégé par le droit de la propriété intellectuelle.

Il est remarquable à cet égard que les premières décisions de justice qui, en France, ont reconnu l'applicabilité du droit d'auteur à l'internet ont été rendues par le juge des référés qui est, selon les civilistes, le juge de l'évidence. Mais, dans la pratique, il est certain que l'inclusion du réseau mondial dans le champ d'application de la législation sur le droit d'auteur n'est pas sans poser certaines difficultés.

2.1.2 Dans la pratique, l'application de certains éléments inhérents au droit de la propriété intellectuelle peut poser certaines difficultés.

La législation sur le droit d'auteur s'applique donc à l'internet. Mais trois difficultés pratiques peuvent être soulignées tenant respectivement au contenu de ce droit, à ses exceptions légales et à sa territorialité.

2.1.2.1 Les différentes composantes du droit d'auteur ne sont pas touchées de la même manière par le développement des techniques de numérisation.

³⁵ Respectivement : TGI Paris, 26 juin 1985, *Descharmes c/ Le Figaro* ; CA Paris, 31 octobre 1988, *Express c/ Deveria*.

Certaines de ces composantes en subissent plus directement les conséquences, d'autres semblent être moins concernées.

2.1.2.1.1 Les droits moraux reconnus aux auteurs par la législation semblent moins touchés par l'environnement numérique, alors même qu'ils sont, à l'inverse des droits patrimoniaux, perpétuels et inaliénables.

Le droit de divulgation, qui donne à l'auteur le pouvoir discrétionnaire de décider le moment et le mode de communication de son œuvre au public, est le premier d'entre eux et semble être le moins affecté. L'utilisation des nouvelles techniques n'a aucune influence sur son existence : sur le réseau comme ailleurs, l'auteur est seul maître de la décision de diffuser ou non une œuvre. Il rencontrera, en revanche, des réelles difficultés à s'opposer à ce que son œuvre, publiée par exemple sur un support papier, soit diffusée sur le réseau : les techniques de scannage permettent en effet de mettre facilement en ligne tout texte ou toute image, et l'actualité récente a montré qu'un livre interdit par une décision de justice peut être numérisé et diffusé sur le réseau internet sans que l'initiative en revienne à son auteur. Le droit de divulgation est, en cela, incontestablement affecté par le développement des techniques numériques.

En outre, la question de l'épuisement de ce droit semble prendre, avec la numérisation de l'œuvre, une autre tournure. Il est généralement admis que le droit de divulgation est en quelque sorte renouvelé avec chaque procédé, et que l'auteur est libre de l'exercer de nouveau lorsque la même œuvre est divulguée par une technique à laquelle il n'a pas encore donné son consentement. Dans la pratique, il est certain que la facilité avec laquelle il est aujourd'hui possible de numériser une œuvre, et par là-même de changer son mode de divulgation, limite considérablement l'effectivité de ce droit. Mais rien n'interdit en théorie à l'auteur de s'opposer à l'utilisation de cette technique et, le cas échéant, de poursuivre toute personne qui, sans son consentement, aurait utilisé ce procédé sur son œuvre.

Le droit au nom et à la paternité est consacré par les dispositions du premier alinéa de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, aux termes desquelles « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom* » et « *de sa qualité* ». Là encore, la numérisation de l'œuvre risque, il est vrai, de fragiliser l'effectivité de ce droit par la possibilité de la reproduire à l'infini l'œuvre et de la stocker, entre tant d'autres, dans une mémoire géante, sans que la mise à disposition au public de l'œuvre ne soit nécessairement accompagnée du nom de l'auteur.

Mais les nouvelles techniques ne portent pas fondamentalement atteinte à ce droit, et rien n'interdit à une œuvre numérisée d'être signée. Plus encore, il est même possible de concevoir que le droit au nom sorte au contraire renforcé de son immersion dans l'internet : les techniques de cryptage et de codification permettent précisément d'associer à chaque document une sorte de fiche d'identité précisant son origine, son auteur, l'heure et le lieu auxquels il a été copié... Ces fichiers pourront, il est vrai, toujours être masqués ou ces informations maquillées, mais il n'en demeure pas moins que l'informatique permet à l'auteur de plus facilement marquer son œuvre de son sceau, même si ce sceau n'est ici qu'une ligne de codage. Cette possibilité est d'ores et déjà prévue par le droit international, et les procédés informatiques correspondants normalisés à l'échelle mondiale par l'ISO (International Standard Organisation)³⁶ à la suite d'une action menée en coopération par les ayants droits et

³⁶ Normes et standards du multimédia, Daniel Lecomte et autres, Dunod

le ministère français de la culture de 1994 à 1998³⁷ et développée par les organisations internationales de titulaires de droits.

Le droit au respect de l'œuvre, énoncé également par le premier alinéa de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, permet à l'auteur de s'opposer à ce qu'il soit porté atteinte à l'intégrité de son œuvre, soit par une modification, soit par une utilisation qui en trahirait l'esprit. Or, l'impact des nouvelles techniques sur ce droit est plus qu'ambiguë. Dans un sens, et sans vouloir manier avec trop d'audace le paradoxe, il est légitime de soutenir que les nouvelles techniques permettent précisément d'assurer la pleine effectivité du droit au respect de l'œuvre : sa numérisation permet d'abord qu'elle soit reproduite à la perfection, que ses copies ne puissent être distinguées de l'original, bref, que l'intégrité de l'œuvre soit toujours et parfaitement respectée.

Mais on le sait, la numérisation de l'œuvre autorise également sa manipulation, sans qu'il soit nécessaire, pour cela, d'être un expert informatique. Il est impossible, à cet égard, de ne pas être frappé du décalage existant entre la jurisprudence, qui sanctionne sévèrement la moindre modification, altération ou adaptation de l'œuvre comme causant un préjudice moral à l'auteur, et la liberté absolue ouverte par les nouvelles techniques de modifier sans limite chacune des composantes de l'œuvre ou de la transformer, de se l'approprier, de la détourner, sans que cela évidemment corresponde à l'expression de la personnalité de l'auteur.

Comparables sont, à cet égard, les incidences de la numérisation de l'œuvre sur le droit de retrait que peut exercer son auteur. Ce droit, également appelé droit de repentir, donne à l'auteur la possibilité de faire cesser la diffusion ou l'exploitation d'une œuvre parce qu'il ne la juge plus digne de lui ou qu'il souhaite la modifier. Là encore, les nouvelles techniques ne doivent pas être exclusivement regardées comme une menace pesant sur ce droit. La souplesse de manipulation qu'elles donnent à l'œuvre peut aussi être utilisée par l'auteur lui-même pour modifier l'œuvre comme il l'entend, et ce à moindre coût.

Mais il faut néanmoins constater que le droit de retrait est en quelque sorte frappé à mort par la numérisation et la diffusion sur le réseau de l'œuvre : la facilité de reproduction, la fluidité de la communication et la densité des connexions rend sans doute le passage dans la sphère publique sur le réseau parfaitement irréversible, et l'auteur souhaitant retirer son œuvre se trouvera très vraisemblablement confronté à l'impossibilité matérielle de le faire. Il s'agit là d'une évolution importante dont il faut mesurer les conséquences : beaucoup plus qu'avec les autres techniques pour lesquelles le droit de retrait n'était déjà pas toujours possible, l'œuvre échappe irrémédiablement à son auteur avec sa numérisation et sa mise en ligne.

Les droits moraux de l'auteur sont donc différemment touchés par la numérisation de l'œuvre et sa possible manipulation. Mais si le droit de retrait semble être le plus touché, il l'est sans doute moins encore que les droits patrimoniaux que l'auteur détient sur l'exploitation de son œuvre.

2.1.2.1.2 L'effectivité des droits patrimoniaux traditionnellement attachés au droit d'auteur est davantage remise en cause

³⁷ Pourquoi identifier les œuvres numérisées, ministère de la culture, SDAJ, 1997

C'est tout d'abord le cas du droit de reproduction. Aux termes de l'article L. 122-3 du code de la propriété intellectuelle la reproduction consiste « *dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* », sachant simplement que la reproduction concerne également, en droit français, la première fixation matérielle de l'œuvre. Le législateur français a pris soin de préciser que la reproduction « *peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique* ». L'adverbe notamment signifie, en bonne technique juridique, que la liste donnée par le code de la propriété intellectuelle n'est évidemment pas limitative : la fixation matérielle d'une œuvre n'exclut aucune technique, et le législateur a eu la sagesse de légiférer aussi pour l'avenir. La numérisation est reconnue comme une « reproduction » par la déclaration jointe à l'article 3 du traité de l'organisation mondiale du commerce (OMPI).

L'enregistrement « magnétique » vise sans doute la fixation d'œuvres sur la mémoire d'un ordinateur. Dès lors, la question de savoir si cette mémoire est ou non celle d'un serveur internet accessible à tous est sans influence sur l'application du droit de reproduction : la numérisation est un acte de reproduction au sens de l'article L. 122-3 du code de la propriété intellectuelle, comme l'a nettement jugé le TGI de Paris dans une ordonnance de référé du 5 mai 1997. Mais la difficulté pratique réside dans le fait que le stockage des informations sur une mémoire d'ordinateur est à la fois parfaite, définitive et reproductible à l'infini.

Il en va de même du droit de représentation, défini par l'article L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle comme « la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque ». Ce droit s'applique donc incontestablement à l'environnement numérique et, en théorie, la distinction entre droits de reproduction et de représentation n'a aucune raison de disparaître. Le droit de représentation est lié à l'existence potentielle d'un public pour l'œuvre, et la circonstance que ce public se trouve derrière l'écran de son ordinateur et non devant une scène ou dans une salle où un film est projeté n'a évidemment pas plus d'influence que la différence qu'il y a entre assister à un concert et écouter un disque chez soi.

Mais, dans la pratique, force est de constater que le droit de représentation perd de son sens dans l'environnement numérique, et perd sans doute de sa particularité par rapport au droit de reproduction. Ce dernier suppose la communication au public par l'intermédiaire d'un support, là où le premier se dispense de support. Mais quelle pertinence peut bien avoir cette distinction lorsque la technique permet précisément et de dématérialiser à l'extrême le support, et de multiplier à l'infini le nombre de représentations ? La frontière entre les deux droits tend à s'amenuiser à chaque progrès de la technique, tant et si bien que de nombreuses législations étrangères préfèrent désormais englober le tout sous la même appellation de « communication au public ». Le droit de reproduction est celui qui fait l'objet du consensus international le plus large, et qui est attribué à tous les titulaires de droits, alors que le droit de « communication » n'est plus important que pour les législations qui, à l'instar de l'américaine, découpent le droit de représentation de manière pragmatique.

2.1.2.2 Les exceptions légalement prévues au droit d'auteur mettent davantage en lumière les menaces pesant sur l'effectivité de ce droit

2.1.2.2.1 Les utilisations privées

Selon des dispositions bien connues des lecteurs ou de tout étudiant, l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle exclut du monopole de l'auteur « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste* ».

L'usage privé du copiste est une notion difficile à cerner dans l'environnement numérique : la copie privée des logiciels et des bases de données est interdite, même si une copie de sauvegarde est autorisée pour les logiciels. Paradoxalement, il est vrai que la numérisation de l'œuvre peut renforcer l'effectivité de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle : il est sans doute tout autant irréaliste de vouloir interdire la photocopie d'un livre qu'il est techniquement possible d'empêcher la reproduction de tout ou partie d'un fichier informatique ou d'un programme. Certes, les pirates informatiques trouveront toujours la clef permettant de contourner la mesure de sécurité prise afin de détourner la copie de son utilisation privée. Mais il n'en demeure pas moins que la possibilité de contrôler le respect de ce caractère est sans doute plus importante dans un environnement numérique que pour l'édition sur papier. Aussi, outre les possibilités d'identification, les représentants des auteurs et des producteurs cherchent-ils par concertation avec les constructeurs de matériel à élaborer des moyens de prévention interdisant la copie. C'est l'objet, notamment, du consortium international SDMI (secure digital music initiative).

Pour autant, les possibilités offertes par le téléchargement de documents fragilisent la portée de cette exception. Quel sens donner à l'expression « l'usage privé du copiste » lorsqu'il est si facile de réacheminer l'œuvre sur le réseau, et de la rendre, par là-même, publique de nouveau ? Ce transfert de l'œuvre, d'ailleurs, peut être considéré également comme de la représentation, et pas seulement de la reproduction. Quoi qu'il en soit, les juges ne s'y sont pas trompés, qui ont jugé, à la première occasion, que la présentation, sur un site internet privé, d'œuvres sans l'autorisation des titulaires des droits ne pouvait être considérée comme entrant dans le champ de l'exception de copie privée dès lors que des tiers connectés au réseau peuvent visiter les pages privées et prendre éventuellement copie des œuvres³⁸.

Le législateur français, de même que de nombreuses législations européennes, a certes institué une « redevance » forfaitaire pesant sur le prix d'achat de différents supports de reproduction, parmi lesquels notamment les cassettes audio et vidéo (article L. 311-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle), payée par leurs fabricants ou importateurs et redistribuée par des organismes de gestion collective aux auteurs, artistes interprètes et producteurs de disques et vidéos. Mais le montant de cette redevance semble dérisoire aux yeux de ces derniers au regard des dommages susceptibles d'être causés par la prolifération des copies privées.

Le gouvernement français a d'ailleurs réuni au printemps 2000 la commission prévue par l'article L.311-5 du code de la propriété intellectuelle afin d'étendre l'application de cette redevance au CD enregistrable et aux supports numériques. Mais il est possible de noter, à ce stade du rapport, que le maintien de cette compensation financière a un caractère partiel et temporaire, l'objectif restant d'instaurer, grâce aux procédés techniques d'interdiction, un véritable droit rémunéré pour chaque autorisation.

³⁸ TGI Paris, 14 août 1996, *Société Editions Pouchenel, Brel et autres c/ Ecole centrale de Paris et autres* ; id, *Société Art Music France et Warner Chappell France et autres c/ Ecole nationale supérieure des télécommunications et autres*.

L'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle exclut également du monopole de l'auteur « *les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* ».

Cette dernière notion est, bien entendu, sujette à débat. Traditionnellement, elle doit, comme toute exception à une règle, être entendue strictement. Il est néanmoins de jurisprudence constante que le « cercle de famille » ne concerne pas exclusivement les personnes ayant entre elles des liens de parenté, mais celles qui sont familières entre elles. La notion n'a aucune raison d'être influencée par le changement de technique si la représentation a lieu à l'aide du numérique, et doit continuer à faire l'objet d'une interprétation stricte. La diffusion sur le réseau d'une représentation ne saurait être considérée comme entrant dans le champ de l'exception définie par l'article précité du code de la propriété intellectuelle.

Mais, dans la pratique, il est certain que la possibilité laissée par le courrier électronique et les liens entre sites du réseau de multiplier à l'infini le nombre d' « invités » à la représentation porte atteinte à l'apparente simplicité de la notion. Le législateur a érigé cette exception en pensant au cadre restreint de la famille et des proches amis, alors que les techniques permettent aujourd'hui de penser que le cercle des familiers s'étend bien au-delà, sans considération désormais de l'éloignement géographique. Or, la difficulté à assurer la confidentialité des informations sur le réseau, combinée avec l'extrême facilité à copier et transmettre à l'infini le document, nous éloigne sans conteste de la représentation limitée au cercle des familiers.

2.1.2.2.2 Les utilisations publiques

L'exception au droit d'auteur appelée « droit de citation », mentionnée aux 3° des articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle, autorise « *les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées* ».

Là encore, rien ne s'oppose à ce que cette exception, d'interprétation stricte, s'applique à l'environnement numérique. Sa finalité et le contexte dans lequel il est utilisé suffisent en effet à définir le droit de citation.

Mais l'effectivité de ce droit semble particulièrement concernée par le développement des techniques numériques. Celles-ci permettent précisément de stocker, sous un espace réduit, une quantité astronomique d'informations dont l'utilisation permet davantage à la citation d'être intégrale que courte. Dans une ordonnance de référé du 5 mai 1997 désormais célèbre, le TGI de Paris a ainsi considéré que la mise à disposition, sur un site internet, de l'œuvre de Raymond Queneau, certes découpée en une succession de poèmes, était incompatible avec la notion de courte citation dès lors que, d'une part, le procédé employé, et notamment l'hypertexte, autorisait, dans l'absolu, la reconstitution intégrale de l'œuvre et, d'autre part, que le poème visualisé n'était pas destiné à être incorporé à une autre œuvre³⁹.

En outre, le droit de courte citation a été conçu initialement pour les œuvres littéraires. Mais la numérisation de l'image et du son permettent désormais de traiter et d'exploiter chacune des composantes d'une œuvre et, le propre du multimédia est de pouvoir

³⁹ TGI Paris, 5 mai 1997, *Queneau c/ Leroy et autres*

imaginer le droit de citation d'image ou de musique. Là encore, la difficulté pratique résidera à limiter l'exercice de ce droit à de courts extraits de l'œuvre, lorsque la technique permet de la reconstituer dans son intégralité, et de justifier cet emprunt par le caractère critique, polémique, scientifique, pédagogique ou d'information de l'œuvre pour laquelle ils sont utilisés.

2.1.2.3 Territorialité du droit

Troisième difficulté pratique, la territorialité du droit applicable. Le principe posé par l'article L. 111-4 du code de la propriété intellectuelle est théoriquement clair : la protection due au titre du droit moral s'étend en France à tous les auteurs quelle que soit leur nationalité ou l'origine de leur œuvre.

Les œuvres étrangères jouissent donc en France de la protection accordée par la loi française. Il a ainsi par exemple été jugé que la colorisation d'un film américain de John Huston constituait une altération de l'œuvre et ne pouvait être effectuée qu'avec l'autorisation du titulaire des droits, alors même que cette opération avait pu légalement être menée à bien sur le territoire des Etats-Unis en vertu de la loi sur le copyright⁴⁰.

La vitesse de transmission des données et l'intensité de circulation de l'information donne aux éléments évoluant sur l'internet le don de l'ubiquité. La *lex loci delicti*, critère pourtant simple d'application de la loi, ne l'est plus tant sur un réseau mondial. De même, la détermination même du pays d'origine de l'œuvre pourra poser des difficultés redoutables tant il est délicat de savoir, sur l'internet, l'emplacement géographique de votre lieu d'entrée sur le réseau, pour autant que ces notions mêmes aient encore un sens dans cet environnement.

Les principes traditionnels doivent cependant s'appliquer en la matière, et il ne serait ni opportun, ni juridiquement justifiable, de multiplier les cas d'extraterritorialité du fait du caractère transnational de l'internet. Ce sujet dont le champ est transversal est traité dans la directive européenne sur le commerce électronique. Son point d'application en matière de propriété littéraire et artistique suscite deux observations : d'une part, le principe de l'autonomie des volontés est incontournable malgré les règles d'ordre public concernant la titularité, et le droit moral s'impose au juge français même lorsque la loi française n'est pas normalement applicable. D'autre part, la convention de Berne affirme le maintien de la loi et de la compétence du tribunal du pays de réception là où le préjudice est subi. En outre, conformément à la convention de Bruxelles de 1968, le titulaire du droit pourrait saisir d'autres juridictions qui feraient une application distributive des lois du pays de réception. Sur ce point, le gouvernement français s'est clairement prononcé, dans sa réponse au livre vert de la Commission européenne de 1995, en faveur du pays de réception, en considération du risque de délocalisation vers des pays moins protecteurs du droit d'auteur et des droits voisins.

En matière pénale, l'article 113-2 du code pénal permet de dire que la réception du document en cause par l'utilisateur sur le territoire français est un élément constitutif de l'infraction, qui sera alors réputée commise sur le territoire de la République. La loi pénale française s'appliquera donc dès lors qu'une information litigieuse qui circule sur le réseau Internet est accessible en France. Les dispositions de l'article 113-6 prévoient également

⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, JCP 1991, II, 21731, note A. Françon

l'application de la loi pénale française aux infractions commises hors du territoire de la République pour les crimes commis par un Français et pour les délits punis par la législation du pays où ils ont été commis par un Français.

Le nouveau code de procédure civile, pour sa part, ouvre à la victime la possibilité de saisir le tribunal français du domicile du défendeur, celui du fait dommageable ou celui dans le ressort duquel le dommage a été subi. Le code civil prévoit en outre que les tribunaux français seront également compétents si le demandeur ou le défendeur est de nationalité française ou a son domicile en France. S'agissant d'internet, il a été jugé, précisément en matière de droit d'auteur, que le lieu du délit commis « en ligne » est celui où a été subi le préjudice, qui n'est évidemment pas nécessairement celui du serveur contrefacteur⁴¹.

*

En définitive, l'application de la législation relative au droit d'auteur n'est pas impossible, mais se heurte, dans la pratique, à de nombreuses difficultés. Les composantes traditionnelles du droit d'auteur sont bouleversées, ses limitations légales tendent à devenir tout autre chose que des exceptions, et même la détermination du droit applicable ne va pas sans difficultés.

Mais, sur toutes les questions précédemment abordées, la législation existe. Certains points, en revanche, échappent encore à toute législation et ont été tranchés, progressivement, par la seule voie jurisprudentielle.

2.2 La législation actuelle est lacunaire

Si la législation actuelle ne peine pas réellement à identifier avec clarté et les titulaires des droits, et les actes auxquels s'appliquent ces droits, elle rencontre plus de difficulté à faire coïncider les titulaires des droits et les bénéficiaires de la protection. La question de la responsabilité des différents intervenants de l'environnement numérique est sans doute la plus délicate à trancher.

2.2.1 Clarifier les situations : les titulaires et les actes

2.2.1.1 La titularité des droits sur l'internet soulève deux difficultés

La première a trait à la création d'œuvre par les salariés lorsqu'il s'agit d'un logiciel qui circule sur l'internet ; la seconde à la notion d'œuvre collective.

2.2.1.1.1 La question de la création de logiciel

⁴¹ tribunal de commerce de Paris, 3 mars 1997, *Sté Ordinateur Express/ Sté ASI*

La question de la création de logiciel ne soulève, en réalité, pas de difficulté particulière. Le législateur leur a en effet réservé un régime particulier. L'article L. 113-9 du code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi du 10 mai 1994, dispose que « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer.* »

Sans particularité en l'espèce, la jurisprudence s'attache aux critères classiques du droit d'auteur dès lors que le logiciel porte la marque de la personnalité de son auteur. Il a été en outre jugé que le logiciel pouvait constituer un œuvre collective au sens du troisième alinéa de l'article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle⁴².

« *Les droits s'acquièrent par contrat* » : en la matière, ce principe règle presque tout, et il appartient seulement aux sociétés concernées d'adapter leurs contrats au mieux de leurs intérêts. La difficulté réside plutôt dans l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle, aux termes duquel « *la cession globale des œuvres futures est nulle* », qui peut constituer, dans la pratique, une gêne pour ces sociétés. Une cour d'appel a certes considéré que n'était pas une cession globale d'œuvres futures « *la prévision d'une cession automatique de droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure d'éventuels travaux* »⁴³, ce qui constitue sans doute une lecture audacieuse des dispositions précitées de l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle. Il résulte en effet de ces dispositions qu'un employeur ne peut sans doute pas licitement demander à ses salariés de lui céder, par avance, les droits sur toutes les œuvres créées dans le cadre du contrat de travail. L'employeur devra, en outre, accorder au salarié une rémunération spécifique au titre de son droit d'auteur. Cette législation est protectrice mais notoirement contraignante. Source d'insécurité juridique pour l'employeur, il n'est pas certain, en outre, qu'elle soit toujours appliquée. Plus équilibrée, et sans doute plus réaliste, la jurisprudence allemande considère par exemple que si le contrat de travail emporte cessions des droits à l'employeur pour l'utilisation des œuvres par l'entreprise, le salarié conserve le droit d'exploiter les œuvres qu'il a créées sous réserve de ne pas porter préjudice à l'entreprise.

Le recours à la notion d'œuvre collective est, en revanche, plus problématique.

2.2.1.1.2 La notion d'œuvre collective s'applique-t-elle à l'œuvre multimédia numérique diffusée sur internet ?

L'œuvre collective est sans doute, avec les régimes particuliers du logiciel et des bases de données, la principale concession d'ordre économique ou, diront certains, réaliste, du droit d'auteur français. Aux termes de l'article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle, « *est dite œuvre collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle de divers auteurs se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé.* »

L'idée du législateur était simple : il visait les dictionnaires ou les encyclopédies. Mais la définition de l'œuvre collective est d'une telle complexité que son domaine ne paraît guère

⁴² TGI Paris, 27 juin 1984, Gaz. Pal. 1985.1.66, note Bonneau

⁴³ CA Lyon, 28 novembre 1991, Gaz. Pal. 1992.1.275

pouvoir être étendu⁴⁴. La jurisprudence a par exemple plutôt tendance à considérer que n'entre pas dans le champ de l'œuvre collective la réutilisation d'articles de presse par un journal sur son site Internet, et que les journalistes recouvrent donc leur droit d'auteur sur leurs articles.

C'est pourtant ce qu'un courant jurisprudentiel récent tente de réaliser pour l'œuvre multimédia diffusée sur le réseau internet. Le rapprochement est certes tentant, notamment pour combler les lacunes de la loi en la matière. Mais l'assimilation entre œuvre collective et œuvre multimédia tient plus de la confusion que du rapprochement : n'est en effet pas œuvre collective toute œuvre pour laquelle il y a eu coordination et fusion des différents apports, et l'œuvre multimédia ne peut être considérée nécessairement comme une œuvre collective au seul motif qu'elle est une création complexe, mêlant le plus souvent texte, image et son, qu'elle a fait l'objet d'une formalisation informatique et qu'elle permet l'interactivité.

Une des difficultés est liée au fait que la titularité des droits sur les œuvres audiovisuelles est régie par des règles spécifiques qui s'appliquent aux « séquences animées d'images, sonorisées ou non » (6° de l'article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle). L'autre difficulté tient à la présence du programme informatique qui est, en quelque sorte, le liant des composantes de l'œuvre. Ces lignes de programmation sont certes indépendantes du contenu artistique visuel ou sonore de l'œuvre multimédia, mais elles en sont l'ossature et rien n'interdit, en outre, d'y voir aussi une création de l'esprit. La Cour de cassation⁴⁵ semble déjà voir dans un jeu vidéo deux œuvres complexes distinctes susceptibles de se voir appliquer un droit différent : le régime propre aux logiciels pour la partie logicielle, le droit commun pour les autres composantes⁴⁶. Or, cette distinction peut sembler assez artificielle ou, à tout le moins, relativement fragile.

Mais la qualification d'œuvre collective n'est qu'une facilité qui ne permet pas de résoudre toutes les difficultés posées par l'œuvre multimédia et qui détourne la philosophie générale du droit d'auteur. Comme le résume admirablement le professeur André Lucas, « *Tout cela, avouons-le, est d'une complexité décourageante. Voilà une œuvre multimédia combinant textes, œuvres musicales, séquences audiovisuelles, le tout mis en « scène » grâce à des logiciels. Si elle a été créée par des salariés, il faudra appliquer l'article L. 113-9 aux logiciels et le droit commun aux autres contributions. L'ensemble ne pourra être une œuvre collective si elle est tenue pour audiovisuelle. Et si tel n'est pas le cas, il faudra de toute façon distinguer entre les contributions audiovisuelles (dont la titularité initiale restera régie par l'article L. 113-7 [du code de la propriété intellectuelle], à moins qu'elles ne soient même pas des œuvres) et les autres. On mesure là, et l'enseignement va bien au-delà de la situation française, l'inconvénient des régimes dérogatoires et les risques de « dépeçage » qu'ils impliquent* »⁴⁷.

A tout prendre, la notion d'œuvre de collaboration semble mieux correspondre à ce que la jurisprudence essaye de saisir derrière la qualification d'œuvre collective.

L'œuvre de collaboration est définie par l'article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle comme celle « à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». Il est vrai que cette définition ne règle ni la question de la partie logicielle de

⁴⁴ Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^{ème} édition, p. 106

⁴⁵ Ass. Plénière, 7 mars 1986, *Atari et Williams Electronics*, *RIDA* juillet 1986, n°129, p. 136, note A. Lucas

⁴⁶ André Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 58

⁴⁷ André Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 100

l'œuvre, ni totalement celle des apports audiovisuels, l'article L. 113-7 du code de la propriété intellectuelle présument le caractère d'œuvre de collaboration des œuvres audiovisuelles. Il est également vrai que l'article L.113-3 du code de la propriété intellectuelle prévoit par ailleurs que « *lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun pourra, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune* ».

Mais cela constitue-t-il réellement un obstacle à considérer que l'œuvre multimédia se rapproche, avant tout, de l'œuvre de collaboration ? L'article L. 113-3 du code de la propriété intellectuelle ne pose pas réellement de difficulté : dans l'œuvre multimédia, les apports ne relèvent pas toujours de genres si différents et, même si la technique utilisée n'est pas la même, l'existence d'un travail créatif, concerté et conduit en commun par plusieurs auteurs⁴⁸ n'est pas contestable. A supposer que ce soit parfois le cas, il appartient précisément à la jurisprudence de trancher les cas limites. Quant à la présomption de l'article L.113-7 du code de la propriété intellectuelle, il n'est pas impossible de penser que la notion d'œuvre de collaboration, déjà appliquée aux œuvres cinématographiques par la loi du 11 mars 1957 et aux œuvres audiovisuelles en générale par celle du 3 juillet 1985, soit élargie dans l'avenir aux œuvres multimédia, à la condition que le législateur prenne certaines précautions afin d'éviter, du fait du nombre potentiellement élevé de coauteurs, la paralysie de la commercialisation de l'œuvre.

2.2.1.2 Les actes soumis au droit d'auteur doivent également être clarifiés

Deux types d'actes réalisés dans le monde numérique peuvent soulever des questions concernant leur soumission au droit d'auteur. Comme l'écrit le Conseil d'Etat, « *le code de la propriété intellectuelle ne prévoit, dans sa rédaction actuelle, aucune exception pour les reproductions techniques nécessitées par les transmissions numériques (copie sur le serveur du site et du fournisseur d'accès, sur la mémoire vive et sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur, ...). Il existe pourtant un relatif consensus sur la nécessité d'une telle exception pour permettre la circulation des œuvres sur les réseaux numériques. La difficulté tient à la définition exacte de sa portée.* »⁴⁹

Certaines copies techniques permettent ou facilitent en effet l'usage d'internet. Les exemples sont innombrables : l'ordinateur personnel de l'utilisateur pourra, par exemple, copier temporairement les informations reçues en ligne afin de ne pas avoir à se connecter systématiquement au réseau à chacune de leur consultation ; dans l'hypothèse de la diffusion de séquences sonores et/ou visuelles en ligne, une mémoire tampon sera constituée afin d'éviter les coupures brusques lors du chargement du nouveau « paquet » d'information.

Deux questions peuvent être isolées.

2.2.1.2.1 La première concerne les reproductions provisoires des intermédiaires

En théorie, le droit de la propriété intellectuelle s'applique très certainement à la reproduction éphémère de l'ordinateur de routage.

⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1994, RIDA avril 1995 p. 305, note Latreille

⁴⁹ Conseil d'Etat, rapport précité, p. 146

Mais, dans la pratique, l'application à ces copies du code de la propriété intellectuelle semblerait assez absurde : la reproduction éphémère de l'intermédiaire n'a pas de fin en soi et n'a pas de signification propre. La copie, en outre, n'est pas réellement temporaire mais, à proprement parler, plutôt volatile. Ce critère semble déterminant pour encadrer précisément le champ de l'exception de copie technique. Comme le fait remarquer le Conseil d'Etat, « *les critères de la copie technique retenus dans la proposition de directive communautaire sur l'harmonisation du droit d'auteur paraissent imprécis et peu opérants (« actes de reproduction provisoires (...) qui font partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé, qui n'ont pas de signification économique indépendante »)*. Si l'on veut encadrer précisément le champ de cette exception, il faut distinguer la copie technique volatile de celle qui est temporaire »⁵⁰.

En conséquence de quoi le Conseil d'Etat propose de n'appliquer l'exception au droit d'auteur qu'à la copie technique volatile, définie comme, d'une part, faisant partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre l'utilisation en ligne d'une œuvre et, d'autre part, dont l'existence n'excède pas la durée de la transmission. Dénuée de portée en soi et éphémère comme la transmission, la copie technique volatile effectuée par l'ordinateur de routage ou sur la mémoire vive de l'ordinateur personnel de l'utilisateur ne serait donc pas soumise au droit d'auteur, à la condition que sa durée de vie soit limitée à celle de la transmission.

2.2.1.2.2 La seconde question, plus délicate, concerne les reproductions dites de proximité réalisées par les serveurs

Le serveur informatique assurant l'interface entre les abonnés du fournisseur d'accès et Internet peut réaliser, sur ses ordinateurs, une copie intégrale des sites les plus visités par les abonnés afin d'économiser la liaison avec le site original, souvent plus éloigné : selon une abréviation compréhensible, on parlera dans ce cas de copie « proxy » ; le chemin parcouru par l'information entre le site d'origine et l'ordinateur personnel peut également faire l'objet de plusieurs aiguillages sur le réseau, et l'ordinateur de routage fera alors, pour mieux réorienter le flux, une copie provisoire de l'information.

Ces reproductions permettent à une communication, par exemple, d'être orientée vers un serveur situé en Europe, qui aura recopié intégralement le site original que l'internaute souhaitait visiter, au lieu de franchir l'Atlantique. Or cette reproduction, réalisée par le fournisseur d'accès, est en général effectuée sans l'autorisation de l'auteur, alors même que celle-ci a été donnée au site original.

L'intérêt pratique de ces reproductions de proximité ne doit pas être sous-estimé : elles permettent un accès plus rapide et une économie réelle de bande passante. Mais ces copies ne peuvent être comparées aux copies techniques volatiles, pour lesquelles une exception au droit d'auteur semble aller de soi. En premier lieu, parce qu'elles ne sont pas techniquement indispensables à la transmission de l'information sur le réseau, contrairement notamment aux reproductions provisoires des intermédiaires ; parce qu'elles ne sont pas, non plus, éphémères ou volatiles, mais, au mieux, seulement temporaires ; parce qu'elles ne sont pas, enfin et surtout, économiquement neutres : le nombre de visites reçues par un site est sans doute le

⁵⁰ Voir également chapitre III

seul indicateur dont dispose un fournisseur pour mesurer la popularité ou le dynamisme de son abonné. Or, le site recopié intégralement par un serveur de proximité ne sera plus visité ; son site copié le sera à sa place, comptabilisant également à sa place le succès qu'il aura rencontré auprès des internautes. Le titulaire des droits, rarement informé de l'existence de la copie de proximité, se trouve dans l'impossibilité pratique de contrôler leur respect.

Cette pratique, dont les fournisseurs d'accès soulignent à juste titre la commodité, s'avère donc préjudiciable aux titulaires des droits. Sans aller jusqu'à l'interdire, il s'agirait donc d'entourer son recours de garanties. Notamment, il serait possible de prévoir que la comptabilisation des visites sur le site copié, qui est une valeur marchande du monde de l'Internet, soit systématiquement répercutée vers le site d'origine. Une disposition devrait créer cette obligation pour les serveurs de proximité.

Le Conseil d'Etat propose d'aller plus loin en envisageant une seconde exception technique au droit d'auteur qui ne concernerait plus la copie technique volatile mais la copie technique temporaire tout en prévoyant une rémunération particulière de ce fait. Cette exception serait rendue possible par l'état des techniques numériques : le protocole et le langage de communication utilisés sur le réseau (respectivement HTML pour hypertext markup language et HTTP pour hypertext transfer protocol) peuvent permettre de préciser, outre le format des informations circulant comme par exemple la place du texte et des images, la durée maximale autorisée par l'émetteur pour la conservation temporaire des documents. L'émetteur, s'il s'agit par exemple du titulaire des droits ou de son représentant, peut ainsi interdire toute copie temporaire de l'information en spécifiant une durée autorisée nulle.

Les actes soumis au droit d'auteur et les titulaires de ces droits peuvent donc être, dans le monde numérique, identifiées. La responsabilité des différents intervenants dans la circulation de l'information dans le réseau doit être, pour sa part, précisée.

2.2.2 La responsabilité des acteurs de l'internet est insuffisamment précisée

L'environnement numérique a ses acteurs. En aval, l'utilisateur est appelé internaute ; en amont, l'éditeur du contenu peut être une institution, une société commerciale, une association ou ... un internaute qui aura créé son propre site personnel. L'infrastructure qui relie l'amont à l'aval est le réseau, dont le fonctionnement est assuré par les gestionnaires de réseaux de télécommunications. L'internet mondial est une interconnection de réseaux internationaux privés (AOL, Sprint, etc.), reliés à des fournisseurs d'accès internationaux ou régionaux (RENATER en France). Le fournisseur d'accès à l'internet est un prestataire technique qui met son serveur, connecté en permanence, à la disposition des abonnés pour leur permettre de circuler sur le réseau. Le fournisseur d'hébergement est le prestataire technique qui permet l'accès au site que l'on souhaite visiter parce qu'il « l'héberge » sur son serveur informatique.

La question du droit d'auteur sur l'internet ne peut se résumer à celle de la responsabilité des acteurs de ce réseau. Mais il est évident qu'elles se recoupent : seule la mise en jeu de la responsabilité de la personne ayant mis en ligne ou diffusé une œuvre contrefaite ou piratée permettra de garantir le respect du droit d'auteur et des droits voisins sur le réseau. Certaines solutions sont, en la matière, moins évidentes que d'autres.

2.2.2.1 Des solutions certaines

Aux deux extrêmes, les responsabilités respectives du fournisseur du contenu et du fournisseur du câble sont faciles à déterminer.

2.2.2.1.1 Les fournisseurs du contenu

La responsabilité des fournisseurs du contenu, en cas de contrefaçon ou de piraterie par exemple, est évidente. La question est ailleurs, à savoir dans l'effectivité du droit : le délit est sanctionnable, mais son auteur l'est-il tout autant naturellement lorsqu'il s'agit de l'adolescent de 17 ans ? L'alternative se limite-t-elle, dans cette hypothèse, à le poursuivre ou à accepter que le droit reste lettre morte ? La norme de droit est en effet mortellement touchée par l'ineffectivité de la sanction.

L'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle définit le délit contrefaçon comme l' « *édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs* ». L'article L. 335-3 du même code précise qu' « *est également contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi.* » Dans l'environnement numérique comme ailleurs, la constitution du délit de contrefaçon suppose donc un élément matériel, la reproduction non autorisée de l'auteur, et un élément moral, l'intention présumée coupable du contrefacteur.

Outre la capacité ouverte par le numérique de cloner à l'infini l'œuvre, la singularité de la contrefaçon sur le réseau internet ne doit pas être ignorée : le caractère international du réseau rend difficile l'exécution à l'étranger des jugements rendus en la matière ; la facilité de transfert de l'œuvre contrefaite et la vitesse de circulation des informations sont susceptibles de provoquer, en quelques heures, un important préjudice.

Les techniques disponibles facilitent à tel point la copie que les producteurs craignent que la copie privée laisse en réalité place au développement sans précédent de la contrefaçon.

La marque Philips commercialise un graveur numérique, vendu aux alentours de 3 000 FF, permettant de dupliquer à l'identique les disques compacts numériques. 30 000 de ces platines ont été vendues en France en 1998, et 90 millions de supports vierges contre 138 millions de CD enregistrés. Le prix de revient du disque compact gravé, hors prix d'achat du CD vierge, est de l'ordre de 22 F. Une enquête réalisée auprès des 12-43 ans a montré que cette technique a une incidence importante sur le comportement d'achat de disque compact : si 35 % des acheteurs de CD audio déclarent posséder des CD gravés, près d'un tiers des acheteurs habituels de « singles » déclare n'en acheter pratiquement plus, cette proportion montant à 36 % chez les 15-24 ans. Le chiffre est de 28 % concernant les acheteurs d'album⁵¹. Les CD gravés proviennent pour près de 61 % de nouveautés récentes de moins d'un an. Il reste certes à savoir s'il s'agit d'une modification durable des comportements et des habitudes de consommation mais, pour les producteurs de disque, cette évolution semble d'autant plus inquiétante qu'elle touche le cœur de cible des acheteurs.

⁵¹ Etude Ipsos/Snep conduite du 3 au 5 janvier 2000

Sur le réseau, un format de compression connu sous le nom de MP3 (pour « MPEG 1 version 3 ») a été conçu par le Fraunhofer Institute en Allemagne, avec la collaboration de Thomson multimédia, afin de coder spécifiquement les informations audio en économisant l'espace d'enregistrement. Les algorithmes de ce format ont notamment pour objet de supprimer les fréquences inaudibles par l'oreille humaine. Alors que la numérisation d'une minute de son stéréophonique occupe normalement 10 Mo sur le disque dur d'un ordinateur, la même séquence sonore ne nécessitera même pas 1 Mo de place mémoire pour être stocké après compression. Un morceau de musique au fichier MP3 occupe 12 fois moins de place qu'un fichier produit par un procédé de numérisation classique⁵². Le temps de téléchargement en est, bien entendu, d'autant réduit. Une société californienne propose gratuitement sur le réseau internet, depuis l'été 1999, un logiciel baptisé « *Napster* », créé par un adolescent de 19 ans, et dont l'objet est de repérer automatiquement les fichiers MP3 sur l'ensemble du réseau mondial et de faciliter leur chargement⁵³.

Cette technique facilite évidemment la tâche aux contrefacteurs. Le groupe de hard-rock « *Metallica* », le rappeur américain « *Dr. Dre* » et l'association de l'industrie américaine du disque (RIAA), ont notamment porté plainte contre cette société pour violation des droits de la propriété intellectuelle⁵⁴.

Si le phénomène est difficile à mesurer, l'IFPI (International Federation of the Phonographic industries) estime que plus de 400 000 fichiers musicaux pirates sont accessibles sur le réseau internet, et que près de 70 000 nouveaux titres et plus de 500 nouveaux sites pirates sont mis à la disposition des internautes chaque mois. Une action judiciaire en contrefaçon a par exemple été réalisée en mars 1999 en Norvège à l'encontre d'un moteur de recherche qui avait créé des liens hypertextes permettant, selon son promoteur, l'accès à 500 000 fichiers numériques pirates en temps réel.

De même, le site MP3.com avait été condamné, au début du mois de mai 2000, par un juge fédéral américain qui a estimé que la mise à disposition sur l'internet de copies de disques compacts portait atteinte aux droits des maisons de disques. L'association américaine des éditeurs musicaux (RIAA) avait porté plainte, le 21 janvier 2000, contre MP3.com, estimant qu'il s'agissait d'un « archivage numérique illicite ». La société exploitant ce site a finalement conclu un accord avec Warner Music Group et avec BMG Entertainment l'autorisant à utiliser leur catalogue en contrepartie d'un versement forfaitaire et annuel correspondant aux droits d'auteur des catalogues qu'elle diffuse sur le réseau⁵⁵.

Le développement d'appareils audio a suivi la généralisation de ce format. Le premier baladeur au format MP3 a été commercialisé en 1998 : livré avec un câble de liaison à l'ordinateur, et un logiciel permettant de lire ces fichiers, il peut stocker numériquement en moins de cinq minutes l'équivalent d'un disque compact de musique, et le lire comme le fait tout baladeur.

Encore relativement limité aux séquences audio, ce phénomène ne manquera pas de se développer pour l'audiovisuel et le cinéma dès que les canaux de diffusion à haut débit se généraliseront et seront connectés à la nouvelle génération de téléphones portables polyvalents (WAP) : la bande passante permettra alors, en un minimum de temps, de

⁵² Le Figaro Multimédia, 9 mars 1999

⁵³ Le Monde, 5 janvier 2000

⁵⁴ AFP, 26 avril 2000

⁵⁵ Le Monde, 27 juin 2000

télécharger également sons, images, films. Un nouveau logiciel, baptisé « *Wrapster* », a été rendu disponible gratuitement sur le réseau : son objet est précisément de permettre le partage sur le réseau de n'importe quel type de fichier lourd, vidéos, logiciels, jeux ou base de données, et de les faire circuler « incognito » sur le réseau sous l'apparence de fichiers MP3⁵⁶. Un juge fédéral américain de Pittsburgh a, pour la première fois, ordonné à un site internet canadien de cesser ses émissions non autorisées de programmes télévisuels soumis à des droits de diffusion⁵⁷.

L'effectivité de la sanction de la contrefaçon ou de la piraterie n'est donc pas évidente, mais le principe de la responsabilité du fournisseur du contenu est certain, tout comme l'est, à l'autre extrême, l'irresponsabilité de principe du fournisseur du câble.

2.2.2.1.2 Le fournisseur du câble

Aux termes de l'article L. 32-1 du code des postes et télécommunications, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 1996, « *II. - Le ministre chargé des télécommunications et l'Autorité de régulation des télécommunications veillent, dans le cadre de leurs attributions respectives : (...) 5° Au respect par les opérateurs de télécommunications du secret des correspondances et du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis* ». Le législateur a limité les possibilités d'engagement de la responsabilité des opérateurs au regard du contenu des messages qu'ils transmettent.

Le droit des télécommunications exonère donc le fournisseur du câble quant au contenu des communications qu'il véhicule, et seul son engagement contractuel de transporter les informations et de mettre en œuvre les moyens nécessaires à ce transport pourra constituer un terrain légal de mise en jeu de sa responsabilité.

2.2.2.2 Certaines solutions sont moins évidentes

Les responsabilités respectives du fournisseur d'hébergement et du fournisseur d'accès sont moins faciles à cerner.

2.2.2.2.1 Le fournisseur d'hébergement

Le rôle du fournisseur d'hébergement a semblé comparable à celui de l'éditeur : comme lui, il gère les ressources disponibles et met en ligne de l'information. Aussi, il est apparu tentant de lui appliquer le même régime juridique. L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 prévoit que lorsqu'une infraction de presse, prévue par la loi du 29 juillet 1881, « *est commise par un moyen de communication audiovisuelle, le directeur de la publication sera poursuivi comme auteur principal lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. A défaut l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur, sera poursuivi comme auteur principal* ».

⁵⁶ Le Monde, 18 avril 2000

⁵⁷ Reuters, mercredi 9 février 2000

Mais cette solution a vite semblée inadaptée. Le rôle de fournisseur d'hébergement n'a en réalité pas grand chose à voir avec celui de directeur de publication, notamment parce que le fournisseur d'hébergement n'est pas réellement membre d'une communauté éditoriale : il accueille des sites dont il ne se sent pas moralement responsable, avec lesquels il n'est lié contractuellement qu'afin qu'ils soient accessibles aux internautes. C'est ce qu'a par exemple jugé le tribunal d'instance de Puteaux le 28 septembre 1999, saisi par les filiales d'un groupe d'assurance à l'encontre d'un hébergeur qui abritait le site d'un ancien salarié licencié par le groupe qui se répandait en propos diffamatoires à son égard. Le tribunal d'instance a estimé que « *le fournisseur d'hébergement ne fait que participer à l'acte de diffusion par des moyens techniques qu'il met à la disposition du créateur de pages personnelles (...); qu'il n'a aucune maîtrise sur le contenu des informations avant que celles-ci ne soient disponibles sur Internet* » pour conclure que le fournisseur d'hébergement ne peut être considéré comme un directeur de publication⁵⁸.

Le nombre de sites hébergés, qui peut potentiellement atteindre plusieurs dizaines de milliers, rendant ainsi assez improbable et irréalisable tout contrôle a priori de leur contenu, au demeurant susceptible d'évoluer à chaque instant, ainsi que la crainte de voir les fournisseurs d'hébergement fuir la France pour des pays moins sévères en la matière, ont milité un certain temps en faveur d'une exonération totale de responsabilité des fournisseurs d'hébergement.

Une première décision jurisprudentielle, sur une affaire restée célèbre, s'est néanmoins refusé à poser le principe de l'irresponsabilité complète du fournisseur d'hébergement et liait au contraire cette responsabilité à un devoir de vigilance du contenu des sites hébergés. Une seconde décision rendue sur la même affaire précisait davantage les obligations pesant sur le fournisseur d'hébergement. Selon cette décision, ce dernier doit veiller à la bonne moralité des sites qu'il héberge, au respect par ceux-ci des lois et règlements, des droits des tiers et des règles déontologiques régissant le réseau Internet. Saisi par un tiers en cas d'atteinte à ses droits, le fournisseur d'hébergement ne pourra bénéficier, toujours selon cette décision, d'une exonération de sa responsabilité qu'à la condition de justifier avoir informé l'hébergé de l'obligation pesant sur lui de respecter lois, règlements et droits des tiers, de justifier également de la réalité des vérifications qu'il aura opérées, au moyen par sondages, et de justifier enfin des diligences qu'il aura accomplies pour faire cesser la situation illégale⁵⁹.

Les Etats-Unis se sont dotés, avec le *digital millenium act* d'octobre 1998, d'un régime différent : en cas de plainte, le fournisseur d'hébergement doit être prévenu, ce qui l'oblige à fermer sans tarder le site et à en avertir son propriétaire. Celui-ci peut alors émettre des contre-observations, qui sont transmises au plaignant ; un débat au fond doit suivre dans les 15 jours, qui peut conduire à la réouverture du site s'il s'avère que le préjudice n'était pas constitué ou que le propriétaire du site y a mis un terme. Cette procédure contradictoire constitue une des avantages incontestables de ce dispositif, somme toute raisonnable, qui impose une obligation limitée d'intervention du fournisseur d'hébergement.

La directive européenne actuellement en préparation prévoit un système largement différent excluant toute responsabilité sur les informations stockées à la condition que le prestataire n'ait pas effectivement connaissance que l'activité ou l'information en cause est

⁵⁸ La Tribune, 6 décembre 1999

⁵⁹ Ordonnance de référé, TGI de Paris, 9 juin 1998, affaire « *Estelle Lefebure c/ Valentin Lacambre et autres* » relative à une violation du droit à l'image d'une artiste nommée Estelle Halliday

illicite ou, dès lors qu'il en a connaissance ou conscience, qu'il agisse promptement pour retirer l'information ou rendre l'accès à celles-ci impossible⁶⁰.

En France, un amendement au projet de loi relatif à l'audiovisuel, déposé par le député Patrick Bloche, et adopté par l'Assemblée nationale en deuxième lecture le 23 mars 2000, prévoit trois cas de responsabilité pour le fournisseur d'hébergement⁶¹.

2.2.2.2.2 Le fournisseur d'accès

La position du fournisseur d'accès est autre : sauf exceptions dans lesquelles il joue également un rôle d'éditeur de contenus, sa fonction principale est de mettre en relation ses abonnés avec les sites ou avec les autres utilisateurs. Il n'a pas la maîtrise des contenus : il ouvre une porte, mais n'abrite pas.

Certaines propositions ont ainsi entendu, dans le passé, exclure toute responsabilité des fournisseurs d'accès. Des amendements introduits dans le projet de loi de réglementation des télécommunications en juillet 1996 envisageaient ainsi d'introduire à la loi précitée du 30 septembre 1986 un article 43-2 prévoyant l'exonération de la responsabilité pénale des fournisseurs d'accès pour les infractions résultant du contenu des messages diffusés par un service de communication audiovisuelle, sauf s'il était établi qu'ils avaient en connaissance de cause personnellement commis l'infraction ou participé à sa commission. De même, la plupart des contrats d'abonnement précisent que le fournisseur d'accès n'exerce aucun contrôle sur les contenus accessibles par son intermédiaire et ne saurait donc en être tenu pour responsable.

Pour autant, il ne semble pas parfaitement opportun de rechercher une irresponsabilité de principe du fournisseur d'accès. D'une part, parce que le fournisseur d'accès peut être, en cas de litige, le seul susceptible d'être atteint par la justice. Pour ne prendre qu'un exemple, un *exequatur* adressée à un juge américain au sujet d'un site raciste ou révisionniste aura peu de chance de prospérer, au nom du 1^{er} amendement de la constitution des Etats-Unis d'Amérique. La déresponsabilisation totale des fournisseurs d'accès peut conduire à la création de « paradis numériques » à l'image des paradis fiscaux.

D'autre part, le fournisseur d'accès n'est pas dénué de toute possibilité pour faire cesser l'infraction : il peut notamment fermer l'accès au site interdit. Evidemment, cette mesure n'est ni très populaire, ni complètement efficace, car le contrefacteur pourra changer l'adresse de son site assez rapidement et ainsi, de site en site, échapper à la justice. Mais est-ce une raison suffisante pour considérer que toute responsabilité des fournisseurs d'accès doit être écartée ? Là encore, certains pensent qu'il serait raisonnable d'envisager l'application du triptyque classique de la responsabilité : le fournisseur d'accès avait-il connaissance de l'infraction, pouvait-il l'empêcher et qu'a-t-il fait pour la limiter ou y mettre fin ?

⁶⁰ Voir chapitre III

⁶¹ Voir chapitre III

3 Comblent les lacunes de la législation

La législation française est partiellement lacunaire. Pourtant, de nombreuses réflexions ont déjà été menées sur la question, et les rapports proposant d'adapter notre droit au développement du numérique se sont multipliés ces dernières années. Ces rapports tentent, en général, de faire la part entre les différents intérêts, souvent commerciaux, en présence sur le réseau internet. Les modifications à venir de notre législation doivent prendre en compte ces différentes aspirations, et ne pas hésiter à trancher entre elles lorsqu'elles sont divergentes ou irréconciliables. Enfin, certains textes internationaux, dont certaines directives communautaires, orienteront nécessairement le contenu des solutions à trouver.

3.1 De nombreux rapports ont été consacrés au développement du réseau internet

3.1.1 L'internet et le numérique en général

Le développement du numérique et de l'internet a tout d'abord fait l'objet de nombreuses réflexions d'ordre général. Un premier rapport, consacré au droit du multimédia et qui anticipait la problématique posée par l'internet, a été remis en 1994 au ministère de la culture par le professeur Pierre Sirinelli. Une mission interministérielle sur l'internet, conduite par Mme Falque-Pierrotin, a publié son rapport en juillet 1996. Le commissariat général du Plan a publié, peu de temps après, le rapport du groupe de travail présidé par Thierry Mileo, sur « les réseaux de la société de l'information ». « La France et la société de l'information » est le titre choisi par le l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques qui, le 7 février 1997, rend ses conclusions notamment rédigées par le sénateur Pierre Laffite. Cette même année, Patrice Martin-Lalande a remis au Premier ministre, en avril, son rapport intitulé « L'Internet, un vrai défi pour la France », et les sénateurs Joyandet, Hérisson et Türk, en septembre, leur rapport d'information du Sénat sur « L'entrée dans la société de l'information ». Le rapport du Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, publié en septembre 1998, dresse le tableau de l'ensemble des questions juridiques susceptibles de se poser dans ce nouvel environnement.

Au titre des rapports à vocation généraliste peut également être mentionné le rapport consacré en décembre 1998 par le député Patrick Bloche à la présence internationale de la France et à la francophonie dans la société de l'information, intitulé « désir de France », ou celui rédigé par Jean-François Abramatic sur le « développement technique de l'Internet » et publié en juin 1999.

3.1.2 Aspects particuliers d'internet

D'autres rapports ont été consacrés à des aspects plus particuliers du développement du réseau internet. C'est le cas, par exemple, des rapports consacrés par Francis Lorentz au commerce électronique (commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises les citoyens et les pouvoirs publics, janvier 1998 et février 1999).

Peuvent également être cités les rapports analysant les effets du développement des techniques numériques d'information et de communication sur la place de l'Etat et ses relations avec les citoyens, les administrés et les usagers de services publics comme, par exemple, le rapport de Jean-Paul Basquiat sur la « modernisation du fonctionnement de l'Etat » (mai 1998) ou celui remis en mars 2000 par Bruno Lasserre au Premier ministre (l'Etat et les technologies de l'information et de la communication : vers une administration à accès pluriel).

Certains rapports, enfin, sans être expressément consacrés aux implications sur le droit d'auteur des évolutions numériques, traitent la question ou abordent des thèmes qui ne lui sont pas étrangers. C'est le cas, notamment, du rapport intitulé « la presse et le multimédia », rédigé par Jean-Charles Bourdier (mars 1997), du rapport remis en juin 1997 au Premier ministre par Alain Gérard sur les réseaux et le multimédia dans l'éducation, au rapport du Guy Braibant sur les données personnelles et la société de l'information (mars 1998), au rapport concernant la diffusion des données numériques publiques présenté par Dieudonné Mandelkern, tout comme, enfin, le rapport de la commission de réflexion présidée par Alain Cordier sur le « livre numérique » (mai 1999). Peut être enfin mentionné le rapport consacré par le professeur Philippe Gaudrat et par M. Guy Masse, à la demande du ministre de la culture, à la titularité des œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création (février 2000).

Mais le thème du droit d'auteur n'a pas été spécifiquement abordé. Le gouvernement a néanmoins commencé à prendre position sur la question.

3.2. La position des différents acteurs français du numérique et du réseau internet

3.2.1 Les acteurs institutionnels

La question de la protection du droit d'auteur sur le réseau internet a fait l'objet de nombreuses interventions gouvernementales. Le programme d'action gouvernemental pour la société de l'information comporte plusieurs étapes.

3.2.1.1 La position du gouvernement

La position du gouvernement sur la question de l'application du droit d'auteur sur les réseaux numériques s'est progressivement affinée.

Le Premier ministre, dans son premier discours d'Hourtin (25 août 1997), a tout d'abord rappelé qu'une présence culturelle active de la France sur le réseau internet devait « *s'accompagner évidemment d'une grande vigilance pour éviter que la culture soit traitée sur Internet comme une marchandise parmi d'autres.* »

Plus précisément, le comité interministériel pour la société de l'information, réuni par le Premier ministre le 19 janvier 1999, insiste, dans ses conclusions, sur la nécessité de clarifier la question des droits d'auteur et du multimédia. A cette fin, le gouvernement envisage de mettre en œuvre une concertation, sous l'égide du ministère de la culture et de la

communication, pour favoriser le rapprochement des acteurs sur la question des droits d'auteur et du multimédia. En outre, la création d'un Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, proposée dans le rapport rédigé par M. Patrick Bloche, a été décidée.

La question du droit d'auteur a fait l'objet d'un long et précis développement par le Premier ministre dans le deuxième discours qu'il a prononcé à Hourtin (26 août 1999). La position du gouvernement, ainsi fixée, peut se résumer de la sorte : l'attachement au régime du droit d'auteur et à ses principes fondamentaux n'interdit pas d'envisager certaines adaptations ponctuelles si celles-ci sont indispensables à l'essor des contenus français sur l'internet⁶².

Le Premier ministre a, enfin, insisté sur la nécessité de lutter contre les nouvelles formes de criminalité fondées sur les technologies de l'information. Sans viser exclusivement le cas de la piraterie sur le réseau internet, le gouvernement a décidé la création, au sein de la direction générale de la police nationale, d'un office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information.

3.2.1.2 Le calendrier du programme d'action gouvernemental pour la société de l'information

A la suite de la consultation publique lancée par le gouvernement le 5 octobre 1999 sur l'adaptation du cadre législatif à la société de l'information, qui a pris fin en janvier 2000, le gouvernement a lancé un certain nombre de chantiers législatifs.

Le 29 février 2000 a été voté de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique.

La question de la responsabilité des hébergeurs semble avoir trouvé une solution législative avec le vote définitif le 28 juin 2000 de l'amendement déposé par le député Patrick

⁶² « Il est naturel -heureux, même- que les œuvres de l'esprit trouvent, dans l'espace numérique, un nouveau champ de diffusion. Mais ces œuvres ne sont pas des marchandises comme les autres. Le créateur doit conserver son lien intangible avec l'œuvre une fois celle-ci diffusée. C'est pourquoi nous restons fondamentalement attachés au régime du droit d'auteur. Celui-ci est une garantie précieuse, pour le créateur dont elle protège les intérêts, comme pour la société tout entière à qui elle offre le cadre juridique d'un épanouissement de la vie culturelle. Le Gouvernement souhaite que cette garantie bénéficie pleinement aux acteurs de l'Internet.

J'entends parfois dire que les mécanismes complexes de la mise en œuvre du régime du droit d'auteur sont un frein au développement d'une véritable industrie de contenus français et européens. Autant je suis convaincu qu'il ne faut pas transiger sur les principes qui fondent ce régime, autant je pense qu'il faut être ouvert à des adaptations ponctuelles si celles-ci sont indispensables à l'essor des contenus français. C'est pourquoi j'ai demandé à la ministre de la Culture et de la Communication, en liaison avec les ministres concernés -la ministre de la Justice et le secrétaire d'Etat à l'Industrie- de conduire une réflexion et une concertation sur la notion d'œuvre collective, sur le statut de la création salariée et, de manière générale, sur les conditions de dévolution des droits dans un cadre contractuel. Je souhaite que les conclusions de cette réflexion me soient remises avant la fin de l'année.

Je sais que la question du piratage des œuvres est une de celles qui se posent avec le plus d'acuité. Il en va de l'existence même de certaines entreprises françaises de création. La solution réside très probablement dans la mise en place de procédés techniques de protection contre la copie illicite et la contrefaçon. Dans cette attente, mon Gouvernement est ouvert à toute solution qui permette d'éviter de graves difficultés à des entreprises françaises créatrices de contenus victimes du piratage. L'extension des solutions retenues pour d'autres supports -je pense aux cassettes audio et vidéo- doit être sérieusement mise à l'étude. » (discours du Premier ministre, Hourtin, 26 août 1999).

Bloche. Cet amendement insère au titre II de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication un chapitre VI intitulé « *Dispositions relatives aux services de communication en ligne autres que de correspondance privée* » dont les premiers articles sont ainsi rédigés :

" Art. 43-7. - *Les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens.*

" Art. 43-8. - *Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public⁶³ de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du contenu de ces services que :*

" - *si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ;*

" - *ou si, ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite et lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées*⁶⁴.

Le vote de ces dispositions appelle plusieurs commentaires. Il est possible de remarquer, en premier lieu, que le champ d'application de la mesure a été limité aux personnes qui assurent « *le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public* » de signaux, etc. Par rapport au texte précédemment adopté par l'Assemblée nationale le 23 mars 2000, deux modifications ont été apportées : d'une part, il a été précisé que le stockage de signaux, d'images, ... devait avoir un caractère « *direct et permanent* ». La loi française semble ainsi compatible avec les objectifs fixés par l'article 13 de la proposition de directive sur le commerce électronique : celui-ci concerne le stockage « *cache* » de l'information prévoit l'impossibilité d'engager la responsabilité du prestataire chargé du stockage « *automatique, intermédiaire et temporaire* » de l'information dans le seul objectif de rendre plus efficace sa transmission ultérieure à la demande d'autres destinataires du service⁶⁵.

D'autre part, une suppression a été faite dans la définition des personnes concernées, qui ne comportent plus celles qui assurent « *l'accès à des services autres que de correspondance privée* », mais visent seulement les personnes physiques ou morales qui assurent le stockage pour mise à disposition du public.

Il est en second lieu possible de remarquer que l'amendement déposé par le député Patrick Bloche comportait une troisième hypothèse permettant la mise en jeu de la responsabilité des personnes visées, lorsque celles-ci, était-il dit, « *ont elles-mêmes contribué à la création ou à la production de ce contenu ou si elles n'ont pas respecté les conditions*

⁶³ La rédaction antérieure, adoptée par l'Assemblée nationale en deuxième lecture le 23 mars 2000, concernait : « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, directement ou indirectement, à titre gratuit ou onéreux, l'accès à des services en ligne autres que de correspondance privée ou le stockage pour mise à disposition du public ...* »

⁶⁴ La rédaction du 23 mars 2000 précisait : « *..., l'autorité judiciaire demeurant seul juge du caractère illicite du contenu en cause.* »

⁶⁵ Voir infra

d'accès à ce contenu ou à ses mises à jour telles que déterminées par les titulaires de droits ». Mais cet alinéa n'a pas été, en définitif, adopté par l'Assemblée nationale. Ce cas de responsabilité concernait l'hypothèse dans laquelle le fournisseur d'hébergement était quasiment l'auteur du site ; sa responsabilité était certaine, et il est possible de relever que la précision concernant les titulaires des droits avait été introduite en deuxième lecture pour expliciter la volonté du législateur de viser par là notamment les cas de contrefaçon.

Dans le texte définitivement adopté, le premier cas de responsabilité fait peser sur le fournisseur d'hébergement une obligation de diligences lorsqu'il est saisi par le juge. Le second met en place une forme de riposte graduée et confie au responsable un rôle de médiation, mais sans en faire un arbitre. La rédaction antérieure de l'article précisait que ce rôle s'exerçait sous réserve de l'appréciation par le juge du caractère illicite du contenu en cause.

Ce dispositif vise à éviter toute censure préalable de la part du responsable, de ne pas susciter de risque de délocalisation des hébergeurs et de faire en sorte, enfin, que ceux-ci ne coupent pas systématiquement l'accès au contenu au moindre doute pesant sur sa licéité.

La question de la vente aux enchères sur le réseau numérique a également fait l'objet d'une disposition législative en cours de discussion. Un avant projet de loi relatif à la protection des données personnelles et à la vie privée a été annoncé par le Garde des sceaux le 5 septembre 1999.

Il était également prévu d'autoriser le « dégroupage » de France Télécom, c'est-à-dire permettre à cet opérateur de louer son réseau local aux opérateurs privés, afin de leur permettre d'y proposer leurs propres services, et notamment des services d'accès rapide à l'internet, conformément d'ailleurs à une initiative de la commission européenne tendant à la libéralisation du réseau local des télécommunications avant la fin de l'an 2000⁶⁶. Mais l'amendement en ce sens déposé à l'Assemblée nationale par le secrétaire d'Etat à l'industrie dans le cadre de l'examen du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques a été récemment retiré⁶⁷.

Le gouvernement prévoit enfin un projet de loi sur la société de l'information qui comporterait trois parties relatives, en premier lieu, aux droits, au contenu, à la propriété intellectuelle et au libre accès sur le réseau aux données publiques, en deuxième lieu à la régulation du réseau et, en dernier lieu, aux questions liées aux transactions sur le réseau, comme celles de la protection du consommateur ou la confidentialité des échanges. Ce projet de loi devrait être déposé sur le bureau d'une assemblée parlementaire au 1^{er} semestre 2001.

Il devra sans doute, en matière de droit d'auteur, tenir compte et arbitrer entre les positions parfois très divergentes des différents acteurs non institutionnels présents sur l'internet.

3.2.2 Les acteurs non institutionnels

⁶⁶ AFP, mercredi 26 avril 2000

⁶⁷ AFP, id

L'activité des « milieux intéressés », selon le vocabulaire utilisé par la commission des communautés européennes a été intense depuis 1995. Les initiatives professionnelles françaises peuvent être considérées, sans complaisance, comme déterminantes et entraînant.

3.2.2.1 Les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins

Les initiatives des titulaires de droits sont venues aussi bien des syndicats et des organisations professionnelles que des sociétés de gestion collective (sociétés de perception et de répartition des droits au sens du titre II du livre III du code de la propriété intellectuelle), dont l'action est particulièrement importante dans le domaine juridique.

Accentuant une pratique déjà ancienne, remontant à la préparation de la Convention de Berne, ces organisations collectives ont donné à leur initiative une dimension internationale marquée par un caractère européen affirmé. Ce dynamisme spontané a rencontré les sollicitations des instances de la Commission européenne et du Parlement européen, naturellement intéressées par des concertations professionnelles indépendamment de la tutelle des gouvernements des Etats membres de l'Union.

A titre d'information, il est sans doute utile de citer les organisations européennes et internationales dont l'animation doit beaucoup à leurs partenaires français, à savoir :

Organisations européennes d'auteurs :

- le groupement européen des sociétés d'auteurs et de compositeurs – GESAC ;
- la fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel – FERA ;
- l'association des auteurs-producteurs de cinéma – EUROKINEMA ;

Organisations européennes d'artistes-interprètes :

- l'association européenne d'artistes-interprètes – AEPO ;
- l'association européenne d'acteurs – ARTIS

Organisations internationales d'auteurs :

- la confédération internationale des sociétés d'auteurs et de compositeurs – CISAC ;
- l'association internationale des auteurs de l'audiovisuel – AIDAA ;

Organisations internationales d'artistes-interprètes :

- la fédération internationale des musiciens – FIM ;
- la fédération internationale des acteurs – FIA ;

Organisations internationales de producteurs :

- l'international federation of phonographic industry – IFPI ;
- la fédération internationale des associations de producteurs de films – FIAPF.

Le développement du numérique, et les inquiétudes qu'il suscite, a eu l'effet positif de rapprocher des démarches qui seraient demeurées vaines si elles étaient restées sectorielles, et de susciter des associations dépassant les clivages des intérêts particuliers propres à la littérature, à la musique, à l'audiovisuel et à l'informatique.

Il n'est pas nécessaire de décrire, dans ce rapport, toutes les actions de « lobbying juridique » dont il est possible de constater les effets en analysant les évolutions en cours du droit d'auteur et des droits voisins à propos, notamment, de leur harmonisation européenne dans le cadre de la société de l'information. Un éclairage peut néanmoins être donné sur deux actions collectives : la simplification de la gestion des droits et l'élaboration de procédures techniques d'identification et de prévention de la piraterie.

3.2.2.1.1 La simplification de la gestion des droits

Dès avant que se fasse jour la problématique des réseaux, la réalisation des produits multimédia (CD Rom) avait fait apparaître la complexité pour les éditeurs d'obtenir les autorisations, individuelles ou collectives, pour les différentes œuvres les composant. Tous les rapports publiés à propos du numérique prônaient la simplification qu'aurait permis la mise en œuvre de « guichets uniques »⁶⁸.

C'est dans ce sens que les cinq principales sociétés d'auteur françaises ont créé, avec l'incitation du ministère de la culture, SESAM en juillet 1996. Jusqu'ici, ce regroupement a principalement concerné l'utilisation d'œuvres musicales et d'images fixes⁶⁹.

3.2.2.1.2 L'élaboration de procédures techniques d'identification et de prévention de la piraterie

Deux catégories de mesures techniques peuvent être considérées : d'une part, celles qui permettent l'identification des œuvres et, d'autre part, celles qui ont pour objet de prévenir la piraterie. Il convient d'autant plus de rappeler cette distinction –souvent négligée dans les commentaires de presse- que les techniques d'identification sont d'ores et déjà normalisées alors que les secondes ne sont qu'au stade des négociations interprofessionnelles.

L'identification des œuvres numérisées a fait l'objet en France d'une coopération de toutes les organisations représentatives des titulaires des droits avec le ministère de la culture et l'association française de normalisation. Se sont également constituées des bases de données sur les œuvres et sur les ayants droit, outils d'une future gestion en ligne. Parallèlement, des concertations se sont ouvertes entre représentants des titulaires de droits et des industries pour élaborer des dispositifs de prévention de la piraterie numérique qui n'ont pas encore abouti en termes opérationnels.

Ces initiatives professionnelles n'ont pas été sans effet sur la prise en considération « d'obligations relatives à l'information sur le régime des droits » par les traités de l'OMPI, désormais reprises par la directive européenne en préparation. Technique et droit se sont, en la matière, efficacement combinés.

3.2.2.1.3 La préservation de l'existence et de l'exercice des droits

⁶⁸ Rapport de M. Pierre Sirinelli au ministère de la culture, 1994 ; rapport du Conseil d'Etat, 1998

⁶⁹ Voir infra, chapitre IV

La copie privée numérique constitue aujourd'hui l'une des principales préoccupations de l'ensemble des titulaires de droits. Le développement des possibilités de copie ou, plus exactement, de clonage des œuvres les pousse à réclamer la même protection que pour les autres formes d'exploitation.

Sous réserve des nuances propres à chaque catégorie, les représentants des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins sont unanimes pour réagir contre les risques que comporte la diffusion numérique. La notion même de copie privée leur semble dépassée et dangereuse, en ce qu'elle permet la démultiplication à l'infini et à l'identique de l'œuvre elle-même, sans que cela ne corresponde désormais à la raison d'être, à l'origine, de cette exception particulière au droit d'auteur. Leurs actions collectives ont concerné dans un premier temps les négociations des traités OMPI en 1995-1996, à l'issue de laquelle ils n'ont pu que déplorer l'insuffisance de ces deux accords internationaux sur la définition du droit de reproduction. C'est dans la même logique qu'ils se sont mobilisés contre les dispositions de la future directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information proposée par la Commission européenne relatives aux exceptions et au régime de la copie numérique. Sur ce dernier sujet, si auteurs et producteurs tiennent à soumettre la réalisation de copies à leur droit exclusif de l'autoriser ou de l'interdire, une partie des artistes-interprètes –les musiciens- voient dans la pratique d'une licence légale assortie d'une rémunération administrée collectivement une meilleure garantie du respect de leur droit voisin.

L'extension de la liste des exceptions est, de la même façon, perçue comme un danger. Le droit de communication au public s'agissant de transmissions privées entre ordinateurs de CD Rom ou au titre des abonnements à des services en ligne est également considéré comme une grave brèche dans le régime du droit d'auteur.

Parallèlement à ce rejet des menaces ainsi portées à leur droits mêmes, les ayants droit sont dans leur ensemble très attentifs au degré de responsabilité des opérateurs du réseau, fournisseur d'accès et fournisseurs d'hébergement. Ceux-ci estiment, en substance, que ces acteurs de l'internet ne peuvent être totalement irresponsables des contenus qui y circulent dès lors qu'ils sont, techniquement du moins, à l'origine de leur accessibilité. Aussi ont-ils été inquiétés par l'amendement apporté, de manière incidente, à la loi sur la liberté de communication audiovisuelle, concernant la limitation de leur responsabilité à l'égard du contenu de leurs diffusions. On notera simplement ici que les fournisseurs de contenus importants, tels que le groupe Vivendi (Havas, Canal +, Universal, ...) soutiennent une position analogue s'agissant de cette responsabilité.

3.2.2.2 Les opérateurs

L'action de lobbying des opérateurs de multimédia et de réseaux auprès de l'OMPI a été regroupée à l'échelle mondiale au sein de l' « alliance for a digital future » qui a milité fortement pour éviter la responsabilité des fournisseurs d'hébergement comme des fournisseurs d'accès et pour l'élargissement du champ des exceptions au droit d'auteur.

En France, la question de la gestion des droits appartenant à diverses catégories d'auteurs et d'interprète a d'abord retenu l'attention des éditeurs de multimédia hors ligne –CD Rom, jeux vidéos- puis en ligne. Si les auteurs, en particulier dans le secteur musical, ont su répondre à ces préoccupations en se regroupant en 1996 dans SESAM la délivrance de

leurs autorisations d'exploitation, les éditeurs producteurs regroupés dans le GESTE continuent de plaider pour une simplification des procédures d'acquisition des droits.

Parmi les opérateurs internationaux, l'importance prise par le groupe Vivendi, dont il n'est pas nécessaire ici de rappeler l'évolution récente liée à sa fusion avec Seagram, dans la concertation internationale en vue d'un équilibre entre la protection des contenus et la fluidité du réseau doit être signalée. Vivendi est en effet responsable pour la zone Europe-Afrique du Global business dialogue on electronic commerce (GBDe) et animateur de l'association européenne pour la protection des œuvres et services cryptés (AEPOC).

3.2.2.3 Les utilisateurs

La conception ouverte et, pour certains, libertaire, d'internet s'est traduite auprès de l'OMPI, des instances européennes et du gouvernement français par des initiatives des mouvements de consommateurs partisans d'un libre accès aux œuvres en réseau de la libre circulation des connaissances, qui auraient pu conduire à affaiblir le droit d'auteur. Mais les normes internationales et européennes en cours d'édification ont d'ores et déjà contribué à apaiser le débat en confirmant que l'internet n'était pas un espace de non-droit.

3.3. Les traités internationaux

Le contexte international de la propriété littéraire et artistique a récemment évolué. Si l'Unesco a principalement soutenu la libre circulation des connaissances sur l'internet, l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a spécifiquement traité des effets de l'environnement numérique sur le droit d'auteur et les droits voisins en élaborant en 1996 des traités modernisant les conventions internationales existantes.

Avant cela, la création de l'organisation mondiale du commerce (OMC) par l'accord de Marrakech du 15 avril 1994 avait été complétée par un accord sur les aspects de la propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC), et donc au commerce électronique qui commençait à se développer.

3.3.1 L'accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle touchant au commerce

Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, cet accord, à l'instar de nombreuses autres conventions en matière de propriété intellectuelle, comporte l'obligation, pour chaque pays membre, d'accorder, en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, le traitement prévu dans l'Accord aux personnes des autres membres. Les signataires de l'accord s'engagent à assurer en la matière l'égalité de traitement pour les ressortissants et pour les étrangers (« traitement national »), et à respecter l'égalité de traitement pour les ressortissants de tous les partenaires commerciaux à l'OMC (« clause de la nation la plus favorisée »).

L'accord couvre presque tous les secteurs de la propriété intellectuelle : droit d'auteur et droits connexes, marques de fabrique ou de commerce, indications géographiques, y compris les appellations d'origine ; dessins et modèles industriels; brevets, y compris la protection des obtentions végétales ; schémas de configuration de circuits intégrés ; et

renseignements non divulgués, y compris les secrets commerciaux et les données résultant d'essais.

S'agissant plus particulièrement du droit d'auteur, l'accord prévoit, en son article 9.1, que les Membres doivent se conformer aux dispositions de fond de l'Acte de Paris de 1971 de la Convention de Berne. Les stipulations adoptées en 1994 innovent sur un certain nombre de points. Ainsi, l'article 10.1 prévoit que les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, sont protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne, ce qui implique, notamment, que la durée de protection généralement admise, 50 ans, vaut aussi pour les programmes d'ordinateur et qu'il n'est pas possible de leur appliquer des durées de protection plus courtes, comme c'est parfois le cas, par exemple, pour les œuvres photographiques. L'article 10.2 précise que les bases de données et autres compilations de données ou d'autres éléments sont protégées par le droit d'auteur dès lors que, par le choix ou la disposition des matières, elles constituent des créations intellectuelles, et alors même qu'elles comportent des données qui ne sont pas protégées comme telles par le droit d'auteur. Cette protection ne s'étend toutefois pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes.

Ces précisions, et notamment celle concernant les programmes d'ordinateur, sont importantes. Mais l'accord ADPIC ne contient en revanche aucune stipulation relative aux droits et obligations conférés par l'article 6 bis de la convention de Berne, à savoir les droits moraux, et notamment celui de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute atteinte à cette œuvre qui serait préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur.

3.3.2 Les traités de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)

Deux traités ont en outre été conclus en décembre 1996 sous l'égide de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (O.M.P.I.), à Genève, par une conférence diplomatique regroupant plus de cent Etats membres. La première concerne le droit d'auteur, la seconde les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Ces traités ont été ouverts à la signature jusqu'au 31 décembre 1997 aux Etats membres de l'OMPI et à la Communauté européenne, et entreront en vigueur après que 30 États auront déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion⁷⁰.

Si ces traités ont pour vocation d'actualiser le système international de protection de la propriété intellectuelle en renforçant les moyens de lutte contre la piraterie, ils tentent d'apporter, bien plus que l'accord ADPIC, une réponse tant à l'essor des nouvelles techniques de diffusion de données qu'au développement d'un droit de communication au public. Les deux conventions tendent en effet à élargir la protection conférée par le droit de reproduction afin de tenir compte de l'impact de la numérisation des informations dans leur transport et leur stockage.

⁷⁰ Une décision du Conseil européen du 16 mars 2000 est relative à l'approbation, au nom de l'Union européenne, de ces traités qui doivent également être ratifiés par les Etats membres.

3.3.2.1 Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

La dernière modification de la Convention de Berne datait de 1971. Il était devenu nécessaire de la compléter et de l'adapter au nouvel environnement numérique.

Les stipulations du traité adopté le 20 décembre 1996 renforcent la protection des auteurs au niveau de la distribution, de la location commerciale, de la communication au public et de l'accès en ligne du public à leurs œuvres. Comme le prévoit également l'accord ADPIC, l'article 4 du traité OMPI sur le droit d'auteur stipule que les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires. Sont également protégées les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles. L'article 8 du traité consacre le droit exclusif accordé aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques « *d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.* »

Par ailleurs, le traité prévoit l'obligation pour les parties contractantes de prévoir des sanctions contre la neutralisation des mesures techniques permettant de mieux protéger le droit d'auteur. S'agissant, enfin, de la gestion des droits, des sanctions doivent être également prévues contre la suppression ou la modification non autorisée des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique. Le traité interdit ainsi l'effacement du marquage ou tatouage électronique attaché aux œuvres numériques.

Ces stipulations sont substantiellement reprises par les projets de directive communautaire⁷¹. Aucun consensus n'a pu en revanche être trouvé dans le cadre de l'OMPI sur la portée du droit de reproduction. Les pays participant à la négociation sont néanmoins convenus d'introduire une déclaration fournissant un certain nombre d'orientations en ce qui concerne l'application concrète du droit de reproduction aux copies réalisées dans un environnement numérique. La question du droit moral de l'auteur n'est, de même, pas abordée par le traité.

3.3.2.2 Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes

Les stipulations de ce traité adopté le 20 décembre 1996 concernent les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes et tendent à renforcer la protection de leurs droits.

En vertu du nouveau traité, ces deux groupes de titulaires de droits jouiront de droits exclusifs sur la reproduction, la distribution, la location commerciale et la mise à la disposition du public en ligne de leurs interprétations, exécutions ou phonogrammes. La fixation des sons est en effet définie par l'article 2 comme l'incorporation de sons, ou des représentations de ceux-ci, dans un support qui permette de les percevoir, de les reproduire ou de les communiquer à l'aide d'un dispositif. Le même article définit de manière large la communication au public d'une interprétation ou exécution ou d'un phonogramme « *la*

⁷¹ Voir infra

transmission au public, par tout moyen autre que la radiodiffusion, des sons provenant d'une interprétation ou exécution ou des sons ou représentations de sons fixés sur un phonogramme ». L'article 10 du traité prévoit expressément le cas de la diffusion numérique des œuvres sur le réseau en stipulant que « *les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogramme, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.* »

L'article 5 du traité reconnaît l'existence d'un droit moral des artistes interprètes ou exécutants. En outre, les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes se voient accorder, par l'article 15 du traité, un droit de rémunération « équitable et unique » pour la radiodiffusion et toute autre forme de communication au public de phonogrammes publiés à des fins de commerce. Le même article précise que les phonogrammes mis à disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, sont réputés avoir été publiés à des fins de commerce.

Tout comme le traité sur le droit d'auteur, ce traité contient des obligations concernant les mesures techniques et l'information sur la gestion des droits.

En revanche, la conférence diplomatique n'a pas abouti à un consensus sur la question de l'extension de la protection des artistes interprètes ou exécutants aux représentations audiovisuelles. La proposition de directive communautaire sur le droit d'auteur concerne, quant à elle, aussi bien les compositions musicales que les œuvres audiovisuelles ou les produits multimédia.

3.4 Les directives européennes

Si le législateur n'a réagi qu'avec retard aux conséquences sur le droit d'auteur de l'apparition et de l'essor d'une nouvelle technique, et si la jurisprudence a tenté, avec un décalage certes moins important, d'adapter les principes existants aux nouvelles conditions de diffusion de l'œuvre, les adaptations législatives se sont accélérées sous l'effet de l'harmonisation dont la commission des communautés européennes a pris l'initiative depuis la publication de son premier livre vert sur « le droit d'auteur et le défi technologique » le 7 juin 1988 et le programme de travail de janvier 1991 qui en découle.

Un certain nombre de textes communautaires ont engagé une harmonisation de la protection du droit d'auteur et des droits voisins en fonction de l'évolution des techniques.

Il s'agit, principalement, de la directive 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, transposée en droit interne par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 ; de la directive 92/100 du 19 novembre 1992 relative aux droits de location et de prêt et à certains droits voisins des droits d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, dont l'objectif était d'intégrer en droit communautaire la notion de droits voisins, qui n'étaient pas reconnus en tant que tels par les droits anglo-saxons, et qui n'a donc pas appelé, en France, de mesure nationale de transposition des objectifs qu'elle fixe ; de la directive 93/83 du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, transposée par la loi n° 97-283 du 4 avril 1997 ; de la directive 93/98 du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de

certaines droits voisins, transposée, elle aussi, par la loi du 4 avril 1997 ; et de la directive 96/9 du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données, qui consacre l'existence d'un droit d'auteur au profit de leur créateur et prévoit, pour le producteur, un droit sur son investissement. Cette directive a été, quant à elle, transposée par la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998⁷².

Mais ces directives ont une portée avant tout sectorielle, et n'ont ni pour objet ni pour ambition de régler l'ensemble des questions relatives au développement des réseaux numériques. Deux directives, dont l'une est plus spécifiquement consacrée au droit d'auteur, sont en cours de rédaction. Les objectifs qu'elles fixeront supposeront sans doute l'édiction, en France, de certaines mesures de transposition. La première porte sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ; la seconde sur le commerce électronique dans le marché intérieur.

3.4.1 La proposition de directive sur le droit d'auteur et les droits voisins

A la suite de la consultation lancée après la publication du « livre vert » sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information en juillet 1995, la Commission européenne a publié, le 20 novembre 1996, une communication exposant les suites qu'elle entendait donner à ce document. Celle-ci a servi de base pour la préparation d'une proposition de directive, formalisée le 10 décembre 1997 sous le nom de « directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ».

L'objet de cette directive est d'instaurer un marché unique dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins « tout en protégeant et stimulant la créativité et l'innovation dans l'Union européenne ». La proposition de directive entend adapter et compléter le cadre juridique actuel notamment au regard des nouveaux produits et services qui comportent des éléments relevant de la propriété intellectuelle, qu'ils soient proposés en ligne ou sur des supports physiques tels que des CD, CD-ROM et autres vidéodisques numériques. Les objectifs qui seront fixés par la directive concerneront les règles relatives au droit de reproduction, au droit de communication au public et, bien entendu, le droit de mettre des œuvres protégées à la disposition du public sur l'internet, au droit de distribution, ainsi qu'à la protection juridique des systèmes de lutte contre la copie et des informations sur le régime des droits.

La directive proposée transposera ainsi les principales obligations découlant des nouveaux traités adoptés en décembre 1996 dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur la protection des auteurs et sur celle des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes.

Cette proposition de directive a été examinée par le Parlement européen le 9 février 1999⁷³. Dans sa version du 21 mai 1999, elle prend en compte 44 des 56 amendements présentés par le Parlement européen dans son avis du 10 février 1999. Cette proposition doit être

⁷² Voir annexe n° 3

⁷³ Et a fait l'objet d'une résolution de l'Assemblée nationale (rapport n° 1401 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République par M. Christian Paul, député) et du Sénat (rapport n° 317 fait au nom de la commission des affaires culturelles par Mme Danièle Pourtaud, sénateur).

adoptée par le Parlement européen et par le Conseil selon la procédure de « co-décision » définie par l'article 251 du traité (anciennement 189). Une position commune a été adoptée entre les représentants des gouvernements des Etats membres le 9 juin 2000. Une seconde lecture du Parlement européen étant prévue à l'automne 2000, la reprise de l'examen du texte par le Conseil, pendant la présidence française, ne permet pas d'attendre la publication de cette directive avant la fin de l'année 2000.

A la date de publication de ce rapport, la mise au point de ce texte communautaire ne manquera pas de continuer à alimenter le débat, à la fois entre les ayants droit et les opérateurs et entre les Etats membres, dont les conceptions sont variablement protectrices des auteurs.

3.4.1.1 Le droit de reproduction

En matière de droit de reproduction, la proposition de directive, dans sa rédaction du 9 juin 2000, accorde aux auteurs, aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes et de films et aux organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire des reproductions, pour les premiers, de leurs œuvres, pour les autres, de leurs fixations et de leurs copies. La définition communautaire du droit de reproduction couvrira tous les actes de reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie.

Mais une exception obligatoire au droit de reproduction est prévue par la directive pour certains actes de reproduction, « *transitoires ou accessoires* » et qui « *constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique* » qui, sans avoir de signification économique indépendante, ont pour unique finalité de permettre soit une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre⁷⁴. Sont concernées cette exception obligatoire les actes dits de « browsing », de prélecture dans un support rapide, y compris les réalisations de copies « caches » provisoires lors de la transmission sur l'internet, qui permettent le fonctionnement efficace du réseau, sous réserve, bien entendu, que l'intermédiaire ne modifie pas l'information.

Sur ce point, le Parlement européen s'est montré partisan d'une définition plus stricte du droit de reproduction tendant à soumettre la dérogation au droit de reproduction pour les actes techniques de reproduction, et notamment les copies « cache », à l'accord préalable des détenteurs des droits à la mise sur réseau de leurs œuvres protégées. La Commission n'a pas retenu cet amendement, estimant que cela aurait sérieusement contrarié le fonctionnement du réseau internet, tout en introduisant un certain nombre d'amendements demandés par le Parlement pour définir de façon plus précise les copies techniques transitoires visées par l'exemption du droit de reproduction.

⁷⁴ Dans sa rédaction du 21 mai 1999, plus explicite à cet égard que la celle retenue le 9 juin 2000, cette exception était accordée aux « *actes de reproduction provisoires et [et non pas « ou »] accessoires tels que les actes de reproduction transitoires et accessoires, qui constituent une partie intégrante et indispensable d'un procédé technique, y compris ceux qui facilitent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé et qui n'ont pas de signification économique indépendante* ».

3.4.1.2 Le droit de communication au public

S'agissant du droit de communication au public, la proposition de directive prévoit que les auteurs jouiront du droit de mettre leurs œuvres à la disposition du public sur demande. Les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes ou de films et les organismes de radiodiffusion auront le droit exclusif général d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public sur demande de fixations d'interprétations ou d'exécutions, de phonogrammes, de films originaux et de leurs copies ou de fixations d'émissions. Le 15^{ème} considérant de la proposition de directive précise que ce droit doit s'entendre au sens large comme couvrant toute communication à un public « non présent » au lieu d'origine de la communication.

Il est possible de relever que ce droit fait l'objet d'un régime plus large pour les auteurs que pour les titulaires de droits voisins. Les premiers disposent en effet du droit exclusif d'autoriser ou interdire « *toute communication au public (...) y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres* », alors que le droit exclusif des seconds porte sur la « *mise à disposition du public* », entendue sans doute comme une sous catégorie de la communication au public. Le droit exclusif porte en outre, pour les auteurs, sur leurs « œuvres », alors qu'il est limité, aux termes de l'article 3.2 de la proposition de directive, pour les artistes interprètes ou exécutants, à la fixation de leurs exécutions, pour les producteurs de phonogrammes, à ceux-ci, pour les producteurs des premières fixations de films, à l'original et aux copies de leurs films et, pour les organismes de radiodiffusion, aux fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

Mais, et c'est le point intéressant, ces droits s'appliqueront quel que soit le nombre de fois que l'œuvre est effectivement transmise en ligne à la demande. L'article 3.3 de la proposition de directive, dans sa rédaction du 9 juin 2000, prévoit que ces droits « *ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à disposition du public au sens du présent article* ». Le 19^{ème} considérant explique ainsi que, contrairement par exemple aux CD-Rom, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, dans une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi. Ceci vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un service en ligne avec le consentement du titulaire du droit.

La directive protège l'acte consistant à offrir le service au public, en le subordonnant à autorisation, et précise que les droits de l'auteur ne sont pas épuisés par le fait de communiquer au public une œuvre ou un objet « *par fil ou sans fil, de telle manière que chacun⁷⁵ puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ».

3.4.1.3 L'exception de copie privée

La proposition de directive prévoit également la faculté, pour les Etats membres, de conserver une exception de copie privée. La Commission avait, sur ce point, retenu dans sa proposition de directive du 21 mai 1999 les amendements formulés par le Parlement européen

⁷⁵ Significativement, la directive disait « *chaque membre du public* » dans la rédaction antérieure du 21 mai 1999

tendant à distinguer clairement la copie analogique de la copie numérique. Mais cette distinction a disparu du texte adopté le 9 juin 2000, qui se borne à laisser les Etats membres libres de prévoir des exceptions au droit de reproduction exclusif « *b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support, pour l'usage privé d'une personne physique et à des fins non commerciales (...)* ».

Il est également prévu que les États membres veillent à ce que les détenteurs des droits reçoivent une « *compensation équitable* ». Mais la proposition de directive laisse aux Etats membres le soin de préciser la nature précise de cette indemnisation. Les documents de la Commission faisaient seulement remarquer que celle-ci peut prendre la forme d'une rémunération sur les ventes de cassettes vierges et d'appareils d'enregistrement.

La position commune adoptée entre les représentants des gouvernements des Etats membres le 9 juin 2000 a néanmoins été assortie d'une déclaration conjointe des délégations de la France, de l'Espagne et de l'Italie considérant que la limitation des exceptions aux droits n'était pas suffisante et que la mesure de compensation possible en cas de copie privée n'était pas de nature à réparer le préjudice subi par les titulaires de droits. Les ayants droits espèrent que le Parlement européen proposera en seconde lecture des mesures de sauvegarde plus efficaces.

3.4.1.4 Les supports d'enregistrement et les mesures de protection techniques

Enfin, dans le cas spécifique des supports d'enregistrement numérique, les détenteurs de droits se verraient accorder la possibilité de contrôler la copie privée par des moyens techniques, comme ceux permettant par exemple de limiter le nombre de copies. A cet égard, la proposition de directive énonce également un certain nombre d'objectifs concernant la protection de ces dispositifs techniques destinés à protéger le droit d'auteur et les droits voisins. Les Etats membres devront prévoir une protection juridique « appropriée » contre la neutralisation, la violation, le détournement ou la manipulation de ces systèmes anti-copies.

En définitive, cette proposition de directive s'inspire assez largement de la conception « française » du droit d'auteur, et sa transposition ne devrait pas obliger la France à revoir substantiellement sa législation en la matière.

La proposition de directive ne traite certes pas du droit moral de l'auteur sur son œuvre, mais notre législation en la matière semble pouvoir être considérée comme compatible avec les objectifs qui seront fixés par la directive. Ceux-ci, en outre, diffèrent assez peu des stipulations des nouveaux traités OMPI, abstraction faite de l'exception obligatoire pour les copies temporaires, non prévue par les traités.

Reste, néanmoins, la définition du champ de l'exception défini par la proposition de directive pour la copie « technique ». Il a déjà été dit que le Conseil d'Etat s'était montré relativement critique à l'égard des critères retenus, « *imprécis et peu opérants* »⁷⁶. La solution proposée par le rapport du Conseil d'Etat semble en effet mieux correspondre à la réalité technique : elle consiste à distinguer la copie technique volatile de celle qui est temporaire, alors que la proposition de directive, dans sa rédaction du 9 juin 2000, semble résumer cette

⁷⁶ Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, p. 146

distinction en mentionnant les actes de reproduction « *provisoires (...) qui sont transitoires ou accessoires* », là où la rédaction antérieure du 21 mai 1999 visait, quant à elle, les actes de reproduction transitoires « *et* » accessoires.

Selon le Conseil d'Etat, une exception au droit d'auteur pourrait être accordée, en premier lieu, pour la copie technique volatile qui fait partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre l'utilisation en ligne d'une œuvre et dont l'existence n'excède pas la durée de la transmission.

Une seconde exception pourrait être consacrée pour la copie technique temporaire, celle-ci se distinguant de la copie technique volatile à un double titre : d'une part, la copie technique volatile fait partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre l'utilisation en ligne d'une œuvre par les abonnés d'un fournisseur d'accès ; d'autre part, son existence n'excède pas la durée autorisée par le titulaire des droits par les dispositifs techniques appropriés, le Conseil d'Etat préconisant également que les fournisseurs d'accès acceptent le principe d'une « rémunération pour copie technique » forfaitaire au profit des titulaires des droits.

La directive, enfin, ne comprend aucune disposition relative aux questions de responsabilité en cas de violation du droit d'auteur. La Commission a estimé que la question de la responsabilité sur l'internet n'était pas spécifique au droit d'auteur, était par nature transversale et concernait, par exemple, d'autres questions telles que la diffamation, la violation de la vie privée, la concurrence déloyale, la pornographie et les contenus racistes et violents. Il est vrai également que les nouveaux traités de l'OMPI, sur lesquels se fonde la proposition de directive, sont muets sur la question.

Celle-ci a néanmoins été traitée par la proposition de directive relative au commerce électronique.

3.4.2 La proposition de directive relative à certains aspects du commerce électronique dans le marché intérieur

Cette directive, qui se donne pour objectif la mise en place d'un cadre juridique cohérent pour le développement du commerce électronique dans le marché unique et entend assurer aux prestataires de services sur le réseau Internet l'application des principes de libre prestation de services et de libre établissement, a fait, là encore, l'objet d'un avis du Parlement européen en date du 6 mai 1999. Sa dernière rédaction date du 17 août 1999. Elle devrait faire l'objet, elle aussi, d'une adoption suivant la procédure de co-décision.

Le champ d'application de la proposition de directive est volontairement très large. Celle-ci utilise la notion de « service de la société de l'information » définie comme tout service rendu normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un client. Mais la proposition de directive couvre tous les services de la société de l'information, qu'ils soient réalisés d'entreprise à entreprise ou d'entreprise à consommateurs, y compris les services fournis gratuitement aux destinataires, tels que ceux financés par la publicité ou le parrainage, ainsi que les services autorisant des transactions électroniques en ligne comme le télé-achat interactif de biens et services et les galeries marchandes électroniques. La Commission cite, à titre d'exemple des secteurs et activités en

ligne concernés par la directive, aussi bien les journaux en ligne que les bases de données en ligne, les services financiers et professionnels, les services de divertissement en ligne comme la vidéo à la demande, les services en ligne de publicité ou les services fournissant un accès au réseau world wide web (www).

Cette directive a évidemment un lien avec celle relative au droit d'auteur. Il est d'ailleurs prévu de faire en sorte que les deux entrent en vigueur approximativement à la même période afin d'établir un cadre réglementaire clair concernant la responsabilité des intermédiaires en cas de violation du droit d'auteur et des droits voisins à l'échelle communautaire. Trois dispositions de la directive sont en effet susceptibles de concerner, directement ou indirectement, la protection du droit d'auteur sur le réseau internet.

3.4.2.1 Le principe de non-autorisation préalable

En premier lieu, la proposition de directive pose pour tous ces services, un « principe de non-autorisation préalable » consistant, pour les Etats membres, à prévoir dans leur législation que l'accès de prestataire d'un service de la société de l'information ne peut être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant pour effet de faire dépendre cet accès d'une décision, d'une mesure ou d'un comportement particulier d'une autorité.

3.4.2.2 La détermination de l'Etat membre compétent

La proposition de directive, dans ses considérants, précise également que le lieu d'établissement du prestataire ne peut, lorsqu'il s'agit d'une société fournissant des services au moyen d'un site internet, être fixé là où se trouve la technologie supportant ce site, pas plus qu'il ne peut l'être là où ce site est accessible.

L'Etat membre compétent est donc celui où se situe l'établissement stable à partir duquel l'opérateur exerce son activité économique, indépendamment de la localisation des sites ou des serveurs utilisés par cet opérateur ou de l'endroit où il dispose éventuellement d'une boîte postale. Comme le fait remarquer la Commission, cette définition est conforme aux principes consacrés par le traité CE (article 52) et à la jurisprudence de la Cour de justice, et permet de supprimer les incertitudes juridiques actuelles.

3.4.2.3 La responsabilité des prestataires de services en ligne

La directive précise également, pour faciliter le commerce électronique, la responsabilité des prestataires de services en ligne, lorsqu'ils agissent en qualité d'intermédiaires, pour la transmission et le stockage des informations appartenant à des tiers.

La proposition de directive prévoit, en premier lieu, une dérogation pour les cas où ces intermédiaires ne jouent qu'un rôle passif de "simple transport" de l'information fournie par des tiers. Sont concernées par cette dérogation les activités de transmission et de fourniture d'accès telles que 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 communications et que sa durée n'excède pas le temps*

raisonnablement nécessaire à la transmission » (article 12 de la proposition de directive dans sa rédaction du 17 août 1999).

L'article 13 concerne le stockage « cache » de l'information et instaure un même type de dérogation au bénéfice du prestataire chargé du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information dans le seul objectif de rendre plus efficace sa transmission ultérieure à la demande d'autres destinataires du service. Cette dérogation est toutefois soumise à la condition que le prestataire agisse promptement pour retirer l'information dès qu'il apprend soit que l'information a été retirée de là où elle se trouvait initialement dans le réseau, soit que son accès a été rendu impossible, soit encore qu'une autorité compétente en a ordonné le retrait ou interdit son accès.

3.4.2.4 La responsabilité de l'hébergeur

L'article 14 concerne enfin la responsabilité de l'hébergeur. Selon la proposition de directive, le prestataire ne peut voir sa responsabilité engagée pour les informations stockées à la demande d'un destinataire du service que dans deux cas de figure : s'il avait effectivement connaissance du caractère illicite de l'activité en cause ; ou bien, dès lors qu'il prend connaissance de ce caractère, s'il n'agit pas promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

*

On le voit : la proposition de directive tente de rechercher un équilibre prudent entre les différents intérêts en jeu, de manière à encourager la coopération entre les parties tout en limitant le risque d'activités en ligne illicites. Deux commentaires peuvent néanmoins être faits à cet égard.

Il est en premier lieu possible de remarquer que la Commission a refusé de tenir compte de certains amendements que le Parlement européen souhaitait voir apportés à la proposition de directive⁷⁷. Au nombre de ceux-ci, peut particulièrement être remarqué celui qui modifiait l'article 14 de la directive principalement sur deux points.

D'une part, le Parlement européen avait souhaité ne pas limiter sa portée au seul stockage des informations fournies par un destinataire du service, mais n'a pas hésité à élargir son champ d'application également aux fournisseurs d'accès. La portée de cet amendement était considérable, et il a été dit ci-dessus que la possibilité de mettre en cause la responsabilité des fournisseurs d'accès ne devait sans doute pas être exclue a priori⁷⁸.

D'autre part, les parlementaires européens ont voulu modifier les conditions d'engagement de la responsabilité du prestataire soit pour les informations stockées, soit, conformément à l'extension de la responsabilité aux fournisseurs d'accès, pour les données rendues accessibles. Par rapport à la proposition de directive de la Commission, le Parlement européen n'a pas fondamentalement changé ces conditions, mais a seulement demandé une rédaction un peu plus stricte. Mais les parlementaires ont néanmoins ajouté deux conditions à

⁷⁷ Avis voté le 6 mai 1999 approuvant le rapport A4-0248/99 du 23 avril 1999 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur

⁷⁸ Voir chapitre II

celles initialement prévues par la Commission, imposant, d'une part, que le prestataire ne soit pas à l'origine de la transmission, et ne sélectionne ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission et, d'autre part, que le prestataire justifie du respect des obligations mises à sa charge quant à l'information de l'hébergé sur l'obligation de respecter les dispositions légales, notamment relatives aux contenus illicites, aux droits de la personnalité, au droit d'auteur, et autres droits de propriété intellectuelle.

La Commission a néanmoins rejeté ces amendements, estimant qu'ils remettraient en cause l'équilibre obtenu par la proposition de directive entre les différents intérêts en jeu, et qu'ils compliqueraient le fonctionnement et l'utilisation du réseau Internet.

En second lieu, il est possible de constater que l'article 14 de la directive, dans sa rédaction actuelle, n'appellera sans doute pas d'autre mesure nationale de transposition après adoption de l'amendement déposé par M. Patrick Bloche au projet de loi relatif à l'audiovisuel. Rappelons ici que cet amendement prévoit deux cas de responsabilité pour l'hébergeur : le premier fait peser sur lui une obligation de diligences lorsqu'il est saisi par le juge, le second confie au fournisseur d'hébergement, saisi par un tiers, un rôle de médiation.

Si cet amendement était adopté, la loi française serait non seulement compatible avec les objectifs fixés par l'article 14 de la future directive, mais irait sans doute plus loin en ce qu'elle prévoit cette obligation de bons offices.

4. La voie de la régulation

L'environnement numérique et l'utilisation du réseau internet semblent particulièrement se prêter à la voie de l'autorégulation - ou, plus exactement, semblent mal s'accorder avec une réglementation étatique nécessairement nationale, a priori et impersonnelle, pour un monde dit international, décentralisé, hétérogène et virtuel.

La mentalité ou l'ambiance générale de type libertaire, voire anarchisante, ayant accompagné l'essor de ces techniques s'avère en général plus favorable à une autorégulation des acteurs qu'à une approche traditionnelle en termes de lois et règlements.

Il est vrai que le réseau internet est aujourd'hui assez éloigné de ses origines, et a laissé majoritairement place aujourd'hui aux grands groupes et à l'expression la plus franche et la plus réaliste des intérêts et des enjeux financiers. Mais l'autorégulation reste encore perçue, par les dirigeants de ces groupes, comme la solution la plus adaptée à leur rôle. Comment la législation pourrait-elle suivre le rythme essoufflant des innovations ? En outre, les déclarations de certains de ces dirigeants montrent qu'ils n'hésitent pas parfois à considérer que leur tâche dépasse le cadre désormais obsolète de l'Etat-nation. Perçu, selon l'expression utilisée par la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, comme une « discussion mondiale sans fin », ou une sorte d'agora mondiale dont la légitimité serait moins incontestable que celle des pouvoirs publics, le réseau internet peut-il se passer d'eux ?

Le Conseil d'Etat définit pourtant l'autorégulation comme « *un moyen d'appliquer les principes de la loi dans un environnement nouveau non prévu par celle-ci* »⁷⁹, soulignant par là qu'elle ne saurait ni se substituer à la loi, ni pallier ses défauts, mais qu'elle doit avoir pour objet la responsabilisation des acteurs dans l'application aux réseaux des principes posés par des textes de droit.

Mais les intervenants sur l'internet considèrent que le champ d'application de l'autorégulation est plus vaste et plus riche que celui de la réglementation, et s'étend à la déontologie des contenus, à la responsabilité des acteurs, etc. En matière de droit d'auteur, la voie de l'autorégulation a été déjà bien explorée.

4.1. L'autorégulation du réseau internet en matière de droit d'auteur tend à se développer

A réseau mondial, initiatives internationales : la plupart des tentatives d'autorégulation se veulent universelles. Mais certaines d'entre elles se fixent plutôt pour objectif de réguler un secteur précis, en répondant au mieux aux difficultés de celui-ci.

4.1.1 Les tentatives d'autorégulation à l'échelon mondial

⁷⁹ Rapport précité, p. 204

De nombreuses initiatives ont vu le jour pour tenter de mettre en place une autorégulation mondiale sur le réseau internet. La protection des droits détenus sur les œuvres n'est pas un objectif absent de ces initiatives.

4.1.1.1 L'autorégulation du commerce mondial sur le réseau internet

Lancé le 14 janvier 1999 à New York, le « GBDe », pour global business dialogue on electronic commerce, est sans doute la première initiative mondiale en la matière. Il s'agit d'un groupe de pression, regroupant plus de 200 entreprises (IBM, NEC, NTT, Toshiba, Mitsui, Bertelsmann, AOL, Vivendi ou France Télécom), qui tente de réguler le commerce électronique ou d'éviter que les gouvernements ne le fassent de façon trop précise. Pour stimuler l'essor du commerce mondial, le GBDe préconise notamment l'intervention minimale des gouvernements, l'absence de droits de douanes sur les transactions électroniques, le respect de la liberté contractuelle et l'autorégulation du contenu des sites par les industriels eux-mêmes sous la forme de labels et de codes de bonne conduite.

Dans la même logique, le président du groupe Bertelsmann a remis au ministre allemand de l'intérieur, en septembre 1999, un document proposant la création d'un système mondial d'auto-régulation par le secteur privé du contenu d'internet.

Ces initiatives ont une large vocation, et tendent à réguler la concurrence sur le réseau, la protection du consommateur et le filtrage des contenus. Les sites à caractère racistes, ou révisionnistes, pédophiles ou pornographiques sont les premiers visés.

4.1.1.2 Certaines initiatives ont plus précisément pour objectif de garantir la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres

Une des initiatives les plus remarquables en la matière est sans doute la création, par la confédération internationale des sociétés d'auteurs et de compositeurs (CISAC), d'un réseau mondial de données, baptisé « Worksnet », destiné à garantir, par l'attribution de code d'identification uniformisé à chaque œuvre, une information fiable en matière de droit d'auteur. L'idée est de généraliser un standard commun d'identification des œuvres, qui permettrait d'identifier plus rapidement le détenteur des droits, d'assurer sa rémunération en cas d'utilisation légale de l'œuvre, plus généralement, de repérer presque immédiatement l'utilisation d'une œuvre sur le réseau et, par-là même, d'améliorer la protection des droits que l'auteur tire de son œuvre : la localisation sur le réseau Internet de l'empreinte digitale de l'œuvre doit permettre de signaler avec plus de facilité ses diffusions ou reproductions non autorisées.

4.1.1.3 Les mesures techniques de protection

L'autorégulation semble le plus souvent passer par le développement de mesures techniques de protection.

Celles-ci ont pour objet de protéger les droits portant sur les œuvres diffusées numériquement et sont de deux ordres : les unes permettent d'identifier les œuvres et

éventuellement leur(s) auteur(s), interprète(s) ou producteur(s) ; les autres visent à prévenir tout acte portant atteinte à la propriété intellectuelle, notamment par copie ou manipulation de l'œuvre.

Si les premières, dont l'élaboration et la mise en application relèvent de l'initiative des titulaires de droits, ont d'ores et déjà dépassé le stade de l'étude et de l'expérimentation, les secondes, qui exigent une concertation technique et économique entre les divers partenaires de la société de l'information, n'ont pas abouti. Mais, quel que soit l'état d'avancement de ces dispositifs informatiques et électroniques, leur sauvegarde est désormais assurée au plan international par les traités OMPI de 1995 dont la transposition aux Etats-Unis est déjà effectuée par le digital millenium copyright act de 1998.

4.1.1.3.1 L'identification des œuvres numériques

Comme l'expose l'ouvrage collectif dirigé par M. Daniel Lecomte « *Les normes et les standards du multimédia* »⁸⁰, la propriété intellectuelle, comme toute propriété, se traduit par une mémorisation de l'identité de l'objet, assortie de l'identité de son propriétaire. L'objet numérique, souvent présenté comme un « immatériel », est en réalité contenu dans un fichier informatique délimité dans l'espace et dans le temps et pouvant être copié et échangé, en particulier dans un but commercial. L'importance de l'identification est en effet liée à la valeur commerciale potentielle de l'objet, à laquelle s'ajoute, dans le cas du droit d'auteur et des droits voisins, une dimension morale.

Dans l'univers matériel, l'identification n'est pas nouvelle, qu'il s'agisse des premiers sceaux des imprimeurs au début du XVIème siècle, de l'immatriculation automobile ou du code-barre généralisé. Dans le secteur de l'édition, on connaît l'ISBN pour les livres et l'ISSN pour les publications périodiques, numéros complexes mais encore insuffisants pour bien convenir au domaine numérique.

Les principes à respecter sont, d'une part, l'attribution d'un seul identifiant à un objet donné identifié immatriculé selon une description non ambiguë et, d'autre part, sa délivrance par une autorité d'enregistrement sécurisant le dépôt en qualité de « tiers de confiance ». Le contenu de l'identifiant est une suite de codes numériques, alphanumériques ou simplement binaires, occupant de préférence un nombre d'octets déterminé dont on aura pris soin de ne pas trop limiter la taille afin d'identifier clairement l'objet numérique. L'identifiant est placé à l'intérieur du fichier numériquement représentatif de l'œuvre, au moyen de deux techniques possibles et non contradictoires.

L'étiquetage, en premier lieu, consiste à placer dans la partie initiale du fichier une information donnant la valeur de l'identifiant selon une convention de placement, de codage, de syntaxe et de longueur. Cet identifiant sera alors utilisé comme un lien vers une base de données alimentée par les titulaires des droits.

L'aquamarquage (watermarking), en second lieu, consiste à apposer une marque codée, par exemple sur une image, en la rendant invisible mais facilement décelable.

⁸⁰ Dunod Informatique

Il est possible de préciser que la première technique a été retenue par les organisations internationales des titulaires de droits (plan CIS de la confédération des auteurs, identification des œuvres audiovisuelles ISAN, voisin du digital object identification DOI lancé aux Etats-Unis), alors que la seconde conserve un caractère « propriétaire » pour des entités particulières, et notamment pour les agences de photographie.

L'article 12 du traité sur le droit d'auteur de l'OMPI recense les procédures d'identification dans des termes juridiques particulièrement explicite que commente judicieusement l'ouvrage précité : « *Le fait que l'OMPI interdise de toucher l'identifiant est une garantie pour l'avenir : sans aucun doute, à échéance de quelques années, il ne sera plus possible de vendre une œuvre numérique ou sous forme numérique sans que celle-ci soit identifiée et donc immatriculée au sens propre (le matricule étant dans l'œuvre). Cette immatriculation ayant été délivrée par une tierce partie de confiance, cela garantit que les données qui ont été fournies pour l'immatriculation sont conservées en sécurité et restent accessibles, sous conditions bien entendu.*

(...) l'identification est suffisante et (...) permet d'envisager tout type de traitement automatique. On voit aussi que sera puni non seulement celui qui a créé un faux document, mais aussi celui qui le revend ou en fait usage, ce qui responsabilise encore plus le gestionnaire de contenu. Cela impose à l'intermédiaire ou au client final de s'assurer de la provenance du matériel qu'il utilise. Cette disposition du texte du traité est une très forte confirmation du principe énoncé (...) au sujet de l'évolution des conditions d'usage des contenus dans un proche avenir.

Dans le cas d'utilisation de l'aquamarquage, il faudra un avertissement indiquant que l'image est marquée, pour confirmer la conformité aux règles énoncées, mais aussi pour éviter un nouveau marquage, qui pourrait prêter à confusion. En effet, il est prévu d'avoir deux marquages, l'un au niveau de la création (ou de la production, dans le cas d'un produit audiovisuel complexe) et l'autre au niveau de la distribution (identification de l'utilisateur autorisé ou du profil d'utilisateurs autorisés). Ce modèle de protection permet, en cas de découverte d'un objet ne se trouvant pas dans une situation normale d'utilisation, de savoir à qui il appartient, mais aussi à qui il a été livré et qui en était responsable.

On appréciera dans ce texte les termes juridiques qui, pour une fois, sont assez clairs et qui sont détaillés par l'OMPI dans le reste du traité pour mieux définir la notion d'œuvre, d'utilisateur, etc. »

L'initiative de l'élaboration d'identifiants normalisés est également nécessaire. L'initiative de cette élaboration revient, en France, à une coopération engagée en novembre 1993 entre le ministère de la culture, les organisations de titulaires de droits et l'association française de normalisation (AFNOR). Au titre d'une convention triennale 1994-1997 a pu être réalisée un intense travail d'exposition des besoins d'identification et de propositions de solutions. Ces propositions ont été relayées auprès de l'instance mondiale de normalisation ISO, l'initiative des professionnels français s'étant élargie aux instances internationales d'auteurs (CISAC), de producteurs de phonogrammes (IFPI), au monde du cinéma (AGICOA) et aux fédérations d'artistes-interprètes.

Le système d'identification des œuvres a désormais atteint une phase opérationnelle garantie par la normalisation des codes effectuée selon les lourdes procédures de l'organisation internationale de normalisation (ISO). En ce qui concerne les auteurs, le

congrès mondial que la CISAC doit tenir en septembre 2000 à Santiago du Chili doit confirmer les modalités des procédures de son Common information system (CIS).

Le CIS consiste, d'une part, en l'élaboration de codes d'identification répondant aux caractéristiques exposées plus haut et, d'autre part, en l'organisation d'un réseau de bases de données.

Les codes d'identification, en premier lieu, sont nombreux. L'ISWC (information system works code) a pour objet d'attribuer un code digital unique de 9 chiffres, précédés de la lettre T, à chaque œuvre musicale, de la même façon que, dans le monde de l'édition, le numéro ISBN identifie chaque livre ou, pour l'industrie phonographique, le numéro ISRC chaque disque. Précédé de la lettre L ou V, le code ISWC peut également désigner un livre ou un contenu visuel.

Le système ISAN, pour international standard audiovisual number, doit, pour sa part, attribuer un code similaire aux œuvres audiovisuelles. Sont concernés aussi bien les films et les courts-métrages, les émissions de télévision, les images vidéos et les morceaux multimédia. Chaque numéro doit pouvoir comporter la langue originale, la durée et le type d'œuvre ainsi que les langues de traduction possibles.

Peut être également mentionné l'IMLP (iso multimedia license plate), sorte de plaque d'immatriculation des images fixes mise en œuvre au titre de la CISAC par une vingtaine d'autorités d'immatriculation, parmi lesquelles figure, pour la France, la SACD qui a enregistré environ 10 000 images d'agences par dépôt en ligne. Un projet similaire existe concernant les œuvres écrites : il s'agit du projet ISTC (international standard text code) lancé par selon la CISAC et les organisations d'éditeurs littéraires.

L'élaboration de bases de données numériques, en second lieu, se poursuit. Peuvent être citées l'IPI (interested parties information), qui élargit à tous les répertoires la base des données des ayants droit des œuvres musicales ; l'IDA, (international database on audiovisual) sur les œuvres audiovisuelles, commune à 15 sociétés dont la SACD française ; AVINDEX, base sur les œuvres audiovisuelles des sociétés gérant la musique ; WID (world identification database) base en ligne centralisant toutes les données sur les œuvres musicales ; SCRI (sound carriers and recording information), projet de base relative aux supports sonores ; les producteurs de phonogrammes (base IFPI) ou d'audiovisuel (base FIAPF-AGICOA) se dotent également de bases de données.

Cette énumération correspond en réalité à un rapprochement progressif d'initiatives sectorielles formant un ensemble impressionnant ayant déjà abouti en matière audiovisuelle et en matière photographique et qui devrait également aboutir pour les œuvres musicales et écrites.

Ces bases de données, et le tatouage ou marquage des œuvres permettront sans doute efficacement de situer leur utilisation sur le réseau internet et de prévenir ainsi la plupart des utilisations non autorisées incompatibles avec le respect du droit d'auteur.

4.1.1.3.2 Les protections techniques anti-piratage

Ces protections sont généralement considérées comme devant correspondre aux caractéristiques des différents contenus mis en ligne (musique, écrit, audiovisuel,

logiciels), modes (gratuits ou payants) et types de communication (représentation ou distribution), même si ces contenus peuvent être diffusés par une infrastructure et des protocoles électroniques communs. Parmi ces démarches préventives contre le piratage, il est possible de remarquer plus particulièrement la SDMI qui concerne la musique⁸¹.

Qu'il s'agisse d'identification des œuvres ou de dispositifs anti-piratages, on doit constater une divergence entre les préoccupations et les initiatives des titulaires des droits et celles des opérateurs d'internet pour chercher à protéger les contenus, même si, pour l'instant, ces différentes démarches ne sont pas toutes aussi cohérentes que celle, notamment, de la confédération internationale des sociétés d'auteurs par l'élaboration de son « common information system (CIS).

Peut également être signalée la création de l'association européenne pour la protection des œuvres et services cryptés à laquelle participe notamment le groupe Vivendi, responsable de la zone Europe-Afrique pour le GBDe.

4.1.1.3.3 La gestion des droits

Le développement de ces techniques de marquage ou de tatouage aura très certainement des conséquences sur la gestion collective des œuvres. Comme le précise le livre vert de la Commission européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information de juillet 1995, les techniques numériques permettront, grâce à ces outils techniques, une « *gestion plus fine et individualisée des droits* ».

Dès lors que chaque œuvre et chaque utilisation de l'œuvre sont directement identifiables sur le réseau internet, il est parfaitement possible d'imaginer la possibilité pour les créateurs de conclure directement avec les utilisateurs des conventions relatives aux œuvres. Cette gestion individuelle des droits aurait le mérite, pour certains, d'affiner la tarification pour améliorer l'adéquation entre le prix et l'usage de l'œuvre.

Les sociétés de gestion collective plaident en revanche en soutenant que ces dispositifs techniques de protection renforceront leur présence sur le réseau Internet en leur confiant un rôle de surveillance de l'utilisation de ces techniques ou de catalogage des œuvres disponibles.

Comme le souligne Pierre Sirinelli, les sociétés de gestion collective doivent apporter la preuve de leur utilité sur le réseau internet en permettant la mise en place, notamment, de guichets uniques de négociation de droits, qui seraient particulièrement utiles s'agissant d'œuvres multimédias pour lesquelles de nombreuses autorisations doivent être sollicitées.

4.1.2 L'autorégulation sectorielle

Les secteurs les plus concernés par les implications du développement des techniques numériques sur le droit d'auteur ont été parmi les premiers à s'engager dans la voie de l'autorégulation. Les sociétés d'auteur ont été à l'origine de nombreuses initiatives. Deux professions illustrent bien les ambitions et les vertus de cette démarche.

⁸¹ Voir ci-après

4.1.2.1 La simplification de la délivrance des autorisations

4.1.2.1.1 L'exemple de SESAM

Cinq sociétés de gestion collectives françaises, à savoir la SACEM, la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), la société civile des auteurs multimédias (SCAM), leur société commune gérant les droits de reproduction mécanique (SDRM) ainsi que la société gérant des droits dans les arts plastiques (ADAGP), ont fondé en juillet 1996 SESAM afin de simplifier la délivrance d'autorisations dans le cadre de la réalisation et de l'exploitation de programmes multimédias.

L'utilisation d'œuvres audiovisuelles étant encore réduite, et aucun accord n'ayant encore pu être passé entre la SACD et les producteurs audiovisuels et cinématographiques, l'activité de SESAM porte encore essentiellement sur le répertoire musical (SACEM) et sur celui des arts plastiques, étant souligné que l'ADAGP n'est pas en mesure de représenter la majorité des droits sur les photographies qui sont l'objet soit d'une autre société non encore intégrée à SESAM, la SAIF, soit de traitements propres aux agences spécialisés.

S'agissant du numérique hors ligne, de type CD-Rom et jeux vidéos, les priorités de SESAM auront été de faire reconnaître la nouvelle société comme un interlocuteur privilégié des producteurs multimédias reproduisant des œuvres des répertoires des sociétés d'auteurs membres. Les perceptions effectuées dans ce domaine ont augmenté de 220 % entre 1997 et 1999 pour atteindre aujourd'hui près de 4 millions de francs. Les répertoires SACEM et AGADP sont, naturellement, les plus concernés.

Mais la tarification s'effectue encore répertoire par répertoire, et non de façon homogène. L'instabilité du marché multimédia explique pour partie que les œuvres spécifiquement réalisées pour les programmes multimédias échappent le plus souvent à la gestion collective et que les contrats passés avec les producteurs multimédias importants ne concernent encore souvent que les œuvres musicales du répertoire de la SACEM. Certains producteurs, qui considèrent avoir acquis tous les droits à la source, refusent encore d'effectuer la moindre déclaration auprès de SESAM.

S'agissant des sites « web » sur le réseau, SESAM s'est attachée à en définir une typologie en fonction de laquelle différents accords sont recherchés : pour les sites de particuliers, une négociation récente avec le Geste a permis d'élaborer un accord type pour la délivrance d'autorisations selon le tarif établi par SESAM ; une même procédure a été suivie avec le Geste pour les sites à vocation non lucrative ; pour les sites marchands, SESAM ouvre des négociations directes en fonction de l'importance des répertoires utilisés, qui ont abouti, par exemple, avec NRJ, Lagardère, le Club Internet, etc. Cette démarche pragmatique conduit la société SESAM à ne pas engager d'actions judiciaires pour les utilisations illicites tant que la négociation reste ouverte.

4.1.2.1.2 La territorialité de la gestion des droits

Dans la pratique, une société d'auteur gère sur son territoire d'exercice non seulement les droits de ses propres membres, mais aussi ceux des sociétés d'auteurs étrangères qui lui ont donné mandat de gérer leur répertoire sur ce territoire. La SACEM, par exemple, ne peut délivrer d'autorisations au titre du répertoire des sociétés d'auteurs étrangères qui l'ont mandaté que pour les actes de représentation accomplis sur son territoire d'exercice, à savoir le territoire français, la principauté de Monaco et le Luxembourg.

Cette limitation des autorisations semble parfaitement inadaptée à l'exploitation des œuvres sur le réseau Internet dans la mesure où l'œuvre mise en ligne est accessible depuis le monde entier. Aussi, la SACEM tente, avec la GEMA en Allemagne, la PRS en Grande-Bretagne, la BUMA aux Pays-Bas et la BMI aux Etats-Unis de conclure un accord type spécifique au réseau internet. Selon cet accord, chaque société d'auteurs pourra, sur le réseau internet, délivrer à l'exploitant du site une autorisation qui couvrira, non plus seulement son propre territoire d'exercice, mais la diffusion des œuvres dans le monde entier.

La conclusion de cet accord suppose préalablement de définir la société d'auteurs compétente pour délivrer une autorisation à tel ou tel exploitant de site, dans le souci de tenir compte des réalités de l'exploitation et d'éviter que certains n'aillent se localiser fictivement dans un territoire où les droits d'auteurs ne bénéficient pas d'un même niveau de garantie.

A cette fin, le projet d'accord entre ces sociétés d'auteurs prévoit que la société compétente pour un site internet sera, en principe, celle du pays visé par l'adresse URL de ce site⁸² lorsque ce site utilise principalement la langue de ce pays. La SACEM sera donc compétente pour les sites adressés .fr et dont la langue principale sera le français. Si l'adresse du site et la langue utilisée ne relève pas du même pays, la société d'auteur compétente pour délivrer l'autorisation sera celle du pays où a été constituée la société exploitant le site. Enfin, pour éviter des délocalisations artificielles de site, le projet d'accord prévoit une exception à ces règles dans le cas où la résidence économique du site serait située hors de son territoire d'exercice : la société d'auteurs compétente est, dans ce cas, celle qui correspond au territoire sur lequel le site a sa résidence économique.

Ce projet d'accord, pour l'instant limité au droit d'exécution publique, devrait être complété par un accord relatif au droit de reproduction. Il constitue déjà un bon exemple de régulation des relations économiques sur le réseau internet.

4.1.2.2 Le cas de l'industrie phonographique

Ce secteur est évidemment un des plus touchés par le développement des techniques numériques. Le marché mondial s'élevait, en 1998, à 38,7 milliards de dollars pour 4,1 milliards d'unités vendues. L'Europe, avec 7,4 milliards de dollars, est le second marché au monde. En France, le marché du disque est évalué, en valeur détail, à 12 milliards de francs, soit 2,15 milliards d'euros, ce qui représente 6 % du marché mondial du disque, et place la France en 5^{ème} position derrière les Etats-Unis, le Japon, l'Allemagne et la Grande-Bretagne.

Les évolutions les plus récentes inquiètent les industriels du disque. Ainsi, en 1998, pour la première fois depuis 1994, les ventes mondiales de singles ont régressé de 9,5 % . En

⁸² Adresse URL de type : .fr pour la France

France, la vente des formats courts a également régressé de 11,5 % en volume après plusieurs années de croissance très soutenue (+37 % en 1995, + 40% en 1996, + 46 % en 1997). L'industrie voit volontiers dans ces statistiques les effets négatifs de développement de la copie numérique. Rappelons ici que le coût moyen du téléchargement d'un titre depuis l'internet et de sa copie sur support numérique est évalué à 12 F, alors que le prix moyen d'achat d'un single est de 35 F.

4.1.2.2.1 L'initiative pour la sécurité de la musique numérique ou SDMI

Un forum international a été lancé en décembre 1998 afin d'élaborer des mesures techniques permettant de protéger les œuvres dans l'environnement numérique. « L'initiative pour la sécurité de la musique numérique », ou SDMI pour Secure Digital Music Initiative, est composée de plus de 150 sociétés et a adopté, en juin 1999, une première norme relative aux lecteurs portables de musique numérisée.

En application de cette norme, les lecteurs portables homologués « compatibles SDMI » devront, à l'issue d'une période de transition, permettre l'écoute de deux types d'enregistrements musicaux. Les consommateurs pourront alors opter pour un nouveau système leur permettant d'écouter les enregistrements musicaux nouvellement publiés, à la fois dans des formats protégés compatibles SDMI et dans les formats actuels ne faisant l'objet d'aucune protection. L'idée est de permettre aux consommateurs de télécharger de nouveaux enregistrements musicaux, tout en mettant en place une technologie de filtrage destinée à écarter les copies pirates d'enregistrements nouvellement publiés.

Les nouveaux supports numériques devront être, pour leur part, munis d'une protection technique contre le piratage. C'est ainsi qu'un groupe de travail composé de représentants d'IBM, d'Intel, de Matsushita et de Toshiba a présenté, le 3 mars 1999, le futur système de protection du DVD audio qui devrait, sans doute, remplacer progressivement le disque compact numérique actuel. La technique utilisée permettrait de limiter le nombre de copies en qualité DVD, c'est-à-dire à l'identique, à un nombre décidé par le producteur et, réciproquement, de n'admettre, sur le DVD, qu'une seule copie en qualité disque compact, le producteur restant libre de déterminer le nombre de copies supplémentaires qu'il permet au-delà de la première.

Ainsi qu'il a été dit précédemment, la technique ouvre de nombreuses autres possibilités, comme celle de déterminer, non pas le nombre de copies, mais celui des écoutes libres de droit, la durée d'usage de la copie, ou encore le paiement personnalisé des droits.

4.1.2.2.2 Diffusion et téléchargement de musique sur le réseau

C'est également l'objectif que s'est fixé le premier engagement européen de diffusion et de téléchargement de musique sur le réseau internet signé entre le site Francemp3 et plusieurs sociétés d'auteurs (SACEM, SDRM et SESAM)⁸³. Le site Francemp3 (www.francemp3.com) s'engage à ne distribuer que des fichiers numériques porteurs d'enregistrements pour lesquels les autorisations des auteurs-compositeurs, artistes-interprètes et producteurs ont été obtenues.

⁸³ L'Humanité, 21 décembre 1999

Les artistes qui acceptent de mettre en ligne leurs œuvres sur le site Francemp3, à titre gratuit ou à titre payant, confient à Francemp3 le droit de reproduire sur son serveur, dans les formats informatiques concernés, leurs œuvres, le droit de les communiquer en ligne et en temps réel, et le droit de les distribuer, c'est à dire de les offrir en téléchargement de manière gratuite ou onéreuse.

Leur rémunération est assurée en contrepartie. Si l'artiste est membre de la SACEM, Francemp3 est redevable à cet organisme conformément aux dispositions nées de l'adhésion de l'artiste et versera à la SACEM le droit. Des discussions sont en cours pour définir la rémunération due. La SACEM/SDRM souhaite percevoir 12% du prix payé par le consommateur en cas de téléchargement onéreux.

En cas d'écoute en ligne, Francemp3 s'engage à verser un forfait variable en fonction du trafic sur son site. Si l'artiste n'est pas membre de la SACEM, l'artiste est libre de négocier ses droits. S'il souhaite distribuer ses titres de manière onéreuse, en ligne ou sur des CD-Audio gravés, Francemp3 le rémunérera directement appliquant alors les tarifs pratiqués par la gestion collective. L'artiste peut également souhaiter mettre son œuvre gratuitement à la disposition du public. Dans ce cas, Francemp3 se borne à mettre à sa disposition sa plate forme technique de mise en ligne.

Cette démarche ne peut qu'être encouragée. Aux Etats-Unis, la puissante association de l'industrie phonographique (RIAA) combine à l'égard de la pratique du MP3 et du logiciel Napster les actions judiciaires et la recherche d'accords. Encore faut-il ne pas négliger la demande exercée par la « génération MP3 » qui ne compte pas, loin s'en faut, que des pirates sans foi ni loi. Pour que ce nouveau mode de consommation musicale soit assaini, la stratégie des « majors » du disque devra proposer des services meilleurs que ceux de Napster⁸⁴.

4.1.2.3 Les droits des journalistes sur leurs écrits

La remise en cause du droit d'auteur par les nouvelles technologies concerne également les droits des journalistes. Un lourd contentieux a opposé certains éditeurs, contestant au journaliste le droit d'être associé à la re-exploitation de ses œuvres, et les journalistes, soutenant que la diffusion d'un article sur le réseau internet constituait une nouvelle publication et devait donc être rémunérée.

Le second alinéa de l'article L. 761-9 du code du travail, repris à l'article 7 de la convention collective nationale du travail des journalistes, dispose en effet que « *Le droit de faire paraître dans plus d'un journal ou périodique les articles ou autres œuvres littéraires ou artistiques dont les personnes mentionnées à l'article L. 761-2 [journalistes professionnels et assimilés] sont auteurs est obligatoirement subordonné à une convention expresse précisant les conditions dans lesquelles la reproduction est autorisée* ».

La jurisprudence s'est, en général, montré favorable aux journalistes. Ainsi, par exemple, un arrêt du 9 décembre 1999 de la cour d'appel de Lyon considère, à la lecture des dispositions des articles L. 131-3 et L. 131-6 du code de la propriété intellectuelle, et au vu des contrats spécifiques de travail qui liaient la société de publication en cause et les

⁸⁴ Le Monde interactif, 21 juin 2000

journalistes, que « *l'édition télématique et l'archivage sur serveur ne peuvent être considérés comme un prolongement de la diffusion sur support papier alors que, notamment, la mise en forme typographique et la présentation d'un article dans une publication correspondant à un courant d'idées voulues par son auteur lors de la conclusion du contrat de collaboration disparaît, que le lectorat est élargi, et que la durée de diffusion est différente* ».

La cour d'appel en a conclu que la société éditrice « *avait commis une contrefaçon ouvrant droit à des indemnités, en procédant sans accord exprès préalable des salariés concernés, à une publication supplémentaire quotidienne sur le réseau Internet et en assurant la conservation et la consultation de ses archives par voie télématique* »⁸⁵.

4.1.2.3.1. L'accord VNU

Un certain nombre de sociétés ont tenté de prévenir l'apparition de ces difficultés. La société civile des auteurs multimédia (Scam) et le Sesam (qui regroupe la Scam, le Sacd, la Sdrm et l'Adagp, dont elles gèrent le répertoire lorsqu'il est utilisé de manière interactive hors ligne et en ligne) ont par exemple signé, le 15 décembre 1999, un protocole d'accord général avec la société VNU publications France, filiale française d'un groupe d'édition de presse grand public et de presse professionnelle qui diversifie son activité en publiant en ligne, sur le réseau Internet, une revue de presse d'information dans le secteur des télécommunications(www.vnunet.fr).

Les sociétés signataires du protocole autorisent VNU à reproduire et à communiquer au public, par le réseau internet, les œuvres des journalistes et des auteurs ou, plus précisément, le droit de reproduire les œuvres aux fins de communication et le droit de représentation des œuvres par affichage sur l'écran, aux fins de réception individuelle, gratuite et privée, mais sans offrir de téléchargement. Outre la rémunération, VNU s'engage à respecter le droit moral des journalistes sur leurs œuvres, en accompagnant sa diffusion du nom ou pseudonyme du journaliste ainsi que du nom du quotidien ou du magazine dans lequel l'œuvre a fait l'objet d'une première publication.

La Scam propose également un projet de convention cadre prévoyant spécifiquement la question de l'exploitation numérique en ligne et hors ligne des articles des journalistes.

4.1.2.3.2 La charte du groupement des éditeurs de services en ligne ou Geste

Afin de réguler plus spécifiquement le développement des sites internet offrant à leurs lecteurs un service de revue de presse, parfois très finement sélectionné selon des rubriques de centre d'intérêts ou de mots-clefs remplies par l'utilisateur, le groupement des éditeurs de services en ligne (Geste) a rédigé une charte pour lutter contre la reproduction abusive de titres de presse sur Internet.

Le projet de charte prévoit l'engagement des éditeurs en ligne à « *disposer du droit de diffuser sur [leur] site le contenu proposé* » et « *à informer le lecteur de la nature éditoriale ou publicitaire des contenus* »⁸⁶. L'utilisateur du site s'engagerait pour sa part à ne pas reproduire, sans autorisation préalable de l'éditeur, toute information pour un usage autre que

⁸⁵ Cour d'appel de Lyon, 9 décembre 1999, SA groupe progrès

⁸⁶ Bulletin quotidien, 6 mars 2000

privé, à ne pas recopier le site sur un autre ou un réseau interne d'entreprise et, enfin, à ne pas créer de lien hypertexte avec un autre site sans accord préalable de l'éditeur. Serait de même interdite, sans autorisation préalable de l'éditeur, la revue de presse consistant à fournir, sur une même page du réseau, les titres des articles sélectionnés avec le renvoi hypertexte au site de l'éditeur.

*

Ces exemples mettent en évidence l'intérêt qui s'attache à ce que les professions elles-mêmes décident de la régulation de leur secteur. Dans un environnement évolutif par essence, les solutions négociées présentent toujours l'avantage d'être plus facilement adaptables aux réalités. La proposition de directive communautaire laisse d'ailleurs une place importante à l'autorégulation⁸⁷. Le rôle que l'Etat peut jouer en la matière semble, pour autant, difficilement remplaçable.

4.2 Le rôle de l'Etat

La voie de l'autorégulation est incontestablement pertinente et efficace. Mais elle ne saurait ni supplanter celle de la législation, ni même la remplacer pour partie. De nombreux arguments militent en effet pour que l'Etat ne renonce pas à son rôle en la matière.

4.2.1 La régulation technique du droit d'auteur par le tatouage des œuvres n'est pas, en premier lieu, sans inconvénients ni danger

Il est évident que la technique permet, d'une part, de protéger l'œuvre tout autant que de contourner sa protection, et que le piratage saura parfaitement recopier les codes d'identification des œuvres ou les masquer, modifier la programmation limitant le nombre de copies, etc. Comme le réclament eux-mêmes les industriels, des peines doivent exister pour sanctionner ces comportements, et l'Etat reste seul compétent pour définir ces sanctions.

D'autre part et surtout, ces techniques sont potentiellement dangereuses pour la liberté et la protection de sa vie privée ou de son intimité. Le tatouage des œuvres permet certes de mieux s'assurer du respect des droits d'auteur, mais son utilisation peut conduire au fichage généralisé des goûts. Un répertoire des centres d'intérêts culturels des internautes est, somme toute, relativement facile à constituer et peut évidemment devenir un bien commercial vendu au plus offrant.

Comme le note la commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) dans son 19^{ème} rapport d'activité, « *Internet constitue pour un site marchand une formidable opportunité de collecte de données personnelles : le mode de fonctionnement interactif du réseau introduit une radicale nouveauté au regard du monde réel ou « hors ligne ». En outre, le coût d'acquisition de données personnelles est pratiquement nul, puisque l'internaute saisit lui-même les données qui parviennent ainsi directement sous forme numérique à l'entreprise. Aussi les occasions de collecter des données sur les sites commerciaux (...) se multiplient-elles.* »⁸⁸

⁸⁷ Voir chapitre III

⁸⁸ Commission nationale de l'informatique et des libertés, 19^{ème} rapport d'activité, Chapitre IV, www.vieprivée.com, La Documentation française, 1999

Or, outre qu'il n'y a rien d'anodin ou de bénin à savoir que ce qui vous plaît fait l'objet d'un traitement informatisé dont il sera dit, bien entendu, qu'il cerne votre personnalité, le droit au respect de sa vie privée suppose sans doute également celui de rester discret ou de préserver son jardin secret.

Il n'est évidemment pas illégitime d'utiliser les techniques numériques afin d'assurer un meilleur respect du droit d'auteur. Mais l'Etat doit, en tout état de cause, entourer le recours à ces techniques d'identification de l'œuvre de fortes garanties sur leur contenu, leur stockage, leur conservation et leur diffusion.

La CNIL rappelle, à cet égard, que certains principes peuvent être mis en œuvre relativement facilement afin de protéger les données personnelles. Au nombre de ces principes figurent, notamment, celui de finalité et de proportionnalité (les données personnelles ne peuvent être collectées, traitées, conservées ou transmises à des tiers qu'en vue de réaliser des finalités déterminées, légitimes et compatibles entre elles), le principe de loyauté et de transparence dans la collecte, le traitement et la conservation des données personnelles, le principe de la pertinence et de l'exactitude des données, etc.

4.2.2 Les codes de bonne conduite portant sur le contenu des informations ne constituent pas plus une solution universelle pouvant se passer de toute intervention de l'Etat

Il est certes toujours possible pour les sociétés de publier des codes de déontologie, des chartes de comportement et des engagements à ne pas violer les lois et règlements. Les exemples cités précédemment montrent que cette forme d'autorégulation est utile et, en effet, parfois plus efficace qu'une réglementation.

Mais il convient de garder à l'esprit que ces engagements, alors même qu'ils s'intitulent codes de bonne conduite, restent avant tout des arguments commerciaux avancés par des grands groupes de communication afin d'attirer une clientèle soucieuse de sécurité ou de moralité des contenus circulant sur le réseau. L'article 43-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dans sa rédaction issue de l'article 15 de la loi du 26 juillet 1996, prévoit d'ailleurs l'obligation pour toute personne dont l'activité est d'offrir un service de connexion à un ou plusieurs services de communication audiovisuelle de proposer à ses clients un moyen technique leur permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner. Mais, pour autant que soient légitimes ces préoccupations, elles sont potentiellement porteuses d'une limitation de la liberté d'expression sur le réseau, ou de censure préventive afin d'éviter toute difficulté avec les associations de consommateurs. Sur quels critères sont établis ces chartes ou ces codes de bonne conduite, et quelle légitimité peuvent se prévaloir les groupes offrant ces services ?

Le dispositif de ligne d'urgence téléphonique mis en place au Royaume-Uni de Grande-Bretagne en septembre 1996, par les fournisseurs d'accès britanniques, en coopération avec les ministères de l'intérieur et de l'industrie, a ainsi fait l'objet d'un bilan controversé : comme l'écrit le Conseil d'Etat, « *ce mécanisme, ligne ouverte à la délation publique, est en soi un procédé contestable qui ne peut être accepté que pour des sujets très spécifiques : pédophilie, appel à la haine raciale... En outre, il importe de savoir qui gère*

cette ligne et selon quels critères. A ce titre, bien qu'apparemment efficace, le dispositif britannique de traitement des messages illicites a suscité beaucoup de critiques au motif qu'il donne à la ligne d'urgence des prérogatives très larges tant sur la qualification du contenu des sites que sur les possibilités de couper l'accès à ces derniers. Une association de fournisseur d'accès a-t-elle cette légitimité ? N'y a-t-il pas un risque de censure ou de substitution au juge ? ».

Ces remarques sont parfaitement transposables à l'hypothèse de la régulation portant sur les droits d'auteurs. Lorsque l'on connaît la complexité de ce droit, et la difficulté qu'il y a parfois, notamment en matière artistique, à qualifier par exemple la contrefaçon ou l'atteinte au droit moral de l'auteur, il est possible de penser aux dérives qu'un dispositif pareil est susceptible de provoquer : en cas de doute, le fournisseur ou le site préférera sans doute simplement couper l'accès que de risquer un procès.

Il est vrai que la sanction du fournisseur, au moindre manquement à ces engagements, sera vite trouvée : on dira qu'il s'agit du client, du consommateur et du marché. Mais il s'agira encore de rapports de force économiques, et la liberté d'expression sur le réseau ne peut seulement dépendre de cela. Le législateur doit rester seul compétent, dans le respect des principes et dispositions constitutionnelles, pour fixer, s'il le souhaite, des normes réglementant les contenus sur le réseau.

L'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.* » Cet article, dont il est peut être utile de rappeler la valeur constitutionnelle, concerne évidemment le réseau internet, et les principes qu'il pose s'y appliquent à merveille.

En la matière, le Conseil Constitutionnel juge avec force qu'il revient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de cette liberté telle qu'elle résulte de l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication concernés et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels⁸⁹. De même, il n'appartient qu'au juge, qui statue au nom du peuple français, de constater les infractions et, le cas échéant, de les sanctionner. L'amendement introduit par le député Patrick Bloche rappelait ainsi fort justement que le rôle de conciliateur qu'il confie à l'hébergeur devait être tenu sans préjudice de l'appréciation par le juge du caractère illicite du contenu en cause. Cette précision n'a pas été retenue dans la rédaction votée le 28 juin 2000 par l'Assemblée nationale, sans doute parce qu'il ne s'agissait que du rappel d'une évidence.

L'autorégulation n'est donc certainement pas un leurre, mais elle n'est pas suffisante. Reste-t-il alors une place, entre la réglementation et l'autorégulation, pour la co-régulation des acteurs de l'internet et de l'Etat ?

⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 relative à la loi de réglementation des télécommunications

4.3 La co-régulation

De nombreuses études ou rapports publics ont récemment conclu en ce sens.

C'est le cas, par exemple, du rapport rendu en juin 1996 par un groupe de travail interministériel présidé par Mme Falque-Pierrotin, qui recommandait la création d'un comité de services en ligne « *de veille, d'analyse et de médiation* », distinct et du conseil supérieur de la télématique (CST) et du conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), chargé d'émettre des avis sur les contenus et la déontologie, de recevoir les plaintes des utilisateurs et de conseiller le gouvernement. C'est le cas également du rapport publié en mars 1997 par Antoine Beaussant qui proposait la création d'un conseil de l'internet, du rapport du député Patrice Martin-Lalande publié la même année qui recommande d'associer l'Etat à la constitution d'un organisme d'autorégulation ou encore du rapport rendu en septembre 1997 par les sénateurs Turk, Jouyand et Herisson, qui envisageaient la création d'une agence de régulation de l'internet comme structure de droit privé, pluraliste, chargée de missions d'information, de conseil, de concertation et de coopération internationale.

Se prononce dans le même sens le rapport du Conseil d'Etat sur *Internet et les réseaux numériques* qui insiste sur la nécessité de créer un lieu de rencontre et de discussion entre les différents acteurs de l'internet, en les associant à l'élaboration et à l'application des règles applicables sur le réseau, pour créer un organisme de co-régulation. Le Conseil d'Etat préconise certes que la compétence de cet organisme ne devrait concerner que la déontologie des contenus, des usages et des comportements, sans être étendue à des questions spécifiques et techniques comme celle de la propriété intellectuelle. Mais il reconnaît que ces questions peuvent faire l'objet de recommandations générales de la part de l'organisme.

La structure qu'il préconise, en outre, est originale : ni autorité administrative indépendante, ni commission administrative, cet organisme devrait prendre la forme d'une association « d'intérêt général », composée de trois collèges distincts représentant les éditeurs de contenus, les prestataires techniques et les utilisateurs, ainsi que des membres nommés par l'Etat et des représentants du conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), de la commission nationale informatique et libertés (CNIL) et de l'autorité de régulation des télécommunications (ART).

Outre l'élaboration de recommandations déontologiques, cet organisme serait compétent pour encadrer l'autorégulation des acteurs. Le Conseil d'Etat écarte la solution consistant à lui donner un pouvoir d'agrément des codes de bonne conduite, lui préférant celle de l'attribution d'un label de conformité à ses recommandations que les professionnels s'engageraient à respecter.

L'intérêt de la co-régulation a également été mis en avant par le « sommet mondial des régulateurs de l'audiovisuel » qui s'est tenu à Paris, les 30 novembre et 1^{er} décembre 1999, à l'initiative du CSA et sous l'égide de l'Unesco.

Enfin, le rapport remis le 29 juin 2000 par M. Christian Paul va certes moins loin en recommandant la création d'un « forum des droits sur l'internet » destiné à anticiper les problèmes susceptibles de se poser et à proposer des solutions au gouvernement⁹⁰. Dépourvu

⁹⁰ La Tribune, 13 mars 2000 ; Le Monde, 30 juin 2000

de pouvoir normatif, de labellisation ou de sanction, cet organisme n'aurait vocation qu'à mettre en contact les divers intervenants sur le réseau internet. Ce forum serait composé, outre de représentants des pouvoirs publics et des personnalités qualifiées, de membres « utilisateurs » et « acteurs économiques » élus chacun par un collègue spécifique.

Mais la question la plus délicate est sans doute là : il s'agit de la représentation des internautes. Il s'agit certes encore d'une population assez concentrée de jeunes adultes. Mais la tendance individualiste du comportement de l'internaute type a suffisamment été soulignée par ailleurs. Il va en outre de soi que les associations de consommateurs, ou les associations familiales désireront être représentées. La liberté de communication étant également en jeu, il semblerait tout aussi naturel que des associations de défense des droits de l'homme estiment légitime leur présence au sein de cet organisme de co-régulation. On le voit, la question de la représentation est délicate, et ce n'est pas un hasard si le gouvernement a préféré ouvrir une consultation nationale sur la question de l'internet en France. Mais cette procédure n'est évidemment pas généralisable.

La première initiative ayant débouché en la matière semble être la récente création d'un « conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique » qui figurait parmi les propositions du rapport « Désir de France » rédigé par le député Bloche. Ce conseil, institué pour une durée de six ans et placé auprès du ministre chargé de la culture, est chargé d'une mission de conseil et d'observation de l'exercice et du respect des droits d'auteur et des droits voisins. Il peut également, pour aider à la résolution des différends relatifs à l'application de la législation en matière de propriété littéraire et artistique sur des sujets qui mettent en cause les intérêts collectifs de la profession, proposer au ministre la désignation d'une personnalité qualifiée chargée d'exercer une fonction de conciliation. Il comprend certains membres de droit, représentants les principaux ministères concernés (culture, justice, éducation nationale et recherche, affaires étrangères, économie et emploi), huit personnalités qualifiées, dont trois professeurs d'université et deux avocats à la cour, et vingt-deux membres représentants les sociétés d'auteurs et d'éditeurs, les artistes-interprètes, les producteurs et les éditeurs de phonogrammes, les éditeurs de presse et de livres, les producteurs audiovisuels et de cinéma, les radio et télédiffuseurs, les éditeurs de logiciels, les éditeurs de service en ligne et les internautes.

*

En définitive, la voie de la co-régulation doit être explorée en matière de droit d'auteur. Le droit d'auteur doit être d'application directe, uniforme, automatique et, si possible, simple. La régulation permet, par son champ d'application plus vaste, d'englober à la fois les règles de bonne conduite, l'accès aux contenus et leur surveillance, à la condition que ces règles soient encadrées par l'Etat et que la définition du régime de la sanction de leur méconnaissance reste également son monopole.

5. Conséquences sur la conception du droit d'auteur

L'adaptation ou l'évolution du droit d'auteur recouvre à la fois un enjeu de société et un enjeu économique. Enjeu de société, car s'il est vrai que tout régime juridique concernant l'auteur doit s'efforcer de concilier les deux impératifs contradictoires que sont la protection de ses droits et la diffusion de ses œuvres, la fixation du point d'équilibre reflète nécessairement la place que la collectivité fait à l'auteur, le rôle qui lui est attribué et le mérite social qui lui est reconnu ; enjeu économique également car le dynamisme d'une culture se mesure aussi, sur le réseau Internet comme ailleurs, en parts de marché.

5.1 Le problème théorique : les deux conceptions du droit d'auteur

5.1.1 Le droit d'auteur dans le droit romano-germain

La construction initiale du droit de l'auteur sur le produit de son génie comme propriété sui generis est née, comme on l'a vu⁹¹, sans grande préoccupation doctrinale, et dans le principal but de distinguer ce droit du privilège ou de l'attribution gracieuse par le monarque.

Le droit d'auteur est un droit de propriété, et même *“la plus sainte des propriétés”*, selon Lamartine, mais un droit de propriété de nature singulière, notamment en raison de son objet immatériel. Comme l'indique la Cour de Cassation : *“la propriété littéraire et artistique (...) a le même caractère et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété, moins la limitation que l'intérêt public a fait apporter à sa durée ; une telle propriété est meuble dans sa valeur principale comme dans ses produits et doit comme telle accroître l'actif de la communauté”*.

Sans entrer dans le détail des riches débats de la doctrine allemande du XIX^{ème} siècle sur la nature du droit de propriété attaché au droit d'auteur, il est possible de relever deux arguments principaux soulignant la singularité de ce droit : d'une part, le caractère incorporel de l'objet du droit et, d'autre part, l'existence d'éléments non strictement patrimoniaux dans la relation entre l'auteur et son œuvre.

5.1.1.1 Le caractère incorporel de l'objet du droit

Le droit de propriété ne peut s'appliquer stricto sensu au droit d'auteur dès lors, d'une part, que son objet est l'œuvre du génie, qu'il s'agit d'un bien immatériel et non d'une chose au sens propre du mot. Le concept de *Bürgerliches Gesetzbuch* (ou *BGB*) du code civil allemand entend ainsi l'objet dans son seul sens matériel.

En France, en revanche, tant la doctrine que le code civil admettent sans difficulté particulière la catégorie de biens incorporels. *“Dans l'acception véritable du mot, la*

⁹¹ Voir chapitre I

“propriété” ne se comprend que pour les choses corporelles. Mais le terme “propriété” a été étendue à des choses incorporelles pour désigner le droit exclusif d’en user et d’en disposer (...) C’est ainsi encore qu’on qualifie de propriété littéraire, artistique et industrielle, le droit exclusif des auteurs, artistes, ou inventeurs, sur la valeur pécuniaire de leurs compositions(...)”⁹².

Mais il importe de souligner que cette réserve doctrinale au regard de l’immatérialité de l’objet du droit d’auteur est fondée sur une distinction essentielle, ancienne et qui recouvre tout son sens dans un environnement numérique et dans la circulation des œuvres sur le réseau Internet : celle qui sépare le droit détenu sur l’œuvre de l’esprit de celui qui porte sur l’objet physique support de l’œuvre. Cette distinction est particulièrement due à Fichte et à Hegel.

Fichte, qui s’était posé en défenseur du droit d’auteur face à ceux qui voyaient en sa consécration légale un obstacle à liberté d’imprimer, a en effet élaboré une théorie fort utile pour déterminer ce qui est séparable du manuscrit ou du support matériel de l’œuvre. Trois éléments de propriété doivent être distingués : le livre comme bien matériel, à savoir le papier imprimé – *das Körperliche* -, dont la propriété se transmet immédiatement à l’acheteur par la vente, comme pour tout bien matériel ; le contenu du livre, les idées ou les théories qu’il contient – *das Materielle* -, qui deviennent la propriété partagée de l’auteur et de ses lecteurs dès lors qu’elles sont rendues publiques ; et, enfin, la forme sous laquelle l’auteur extériorise ou exprime ses pensées, la façon particulière qu’il a de les agencer – *die Form dieser Gedanken* - qui, par la force des choses, restera toujours la propriété exclusive de l’auteur, puisqu’il est impossible de s’approprier les pensées d’autrui sans les modifier.

Se fondant sur ces distinctions, Hegel insiste sur l’indépendance du droit sur chacune de ces catégories, de telle sorte que l’aliénation de l’un d’entre eux n’implique pas nécessairement celle des autres. C’est la nature particulière de l’œuvre qui impose cette distinction qui existe sans besoin pour l’auteur de le préciser lorsqu’il vend un exemplaire de son œuvre.

Ces distinctions sont, on le voit, riches de sens, et s’avèrent particulièrement utiles pour tenter de saisir la portée et les limites du droit d’auteur sur l’internet. La propriété du bien matériel, du support de l’œuvre, qu’il s’agisse d’un CD-Rom ou de la mémoire d’un ordinateur, est échangeable par la vente ; le contenu de l’œuvre, dès lors qu’il est à disposition du public, mis en ligne, accessible sur un site internet, échappe nécessairement à l’auteur. Consultable sur le réseau, le contenu de l’œuvre devient, par là-même, objet de débat voire de polémique, peut être retransmis, modifié, altéré, récupéré, enrichi ou dénaturé. L’expression de la personnalité de l’auteur, en revanche, demeure sa seule propriété, et nul ne peut, sauf à plagier ou contrefaire, s’en prévaloir ou se l’attribuer.

Rappelons ici que le projet de directive communautaire sur le droit d’auteur précise que le droit de communication au public d’une œuvre n’est pas épuisé par sa mise en ligne : la propriété intellectuelle n’est pas, dans ce cas, incorporée dans un bien matériel, et tout service en ligne, y compris la copie physique d’une œuvre, constitue en réalité un acte devant être soumis à autorisation dès lors qu’il remet en cause la forme sous laquelle l’auteur extériorise ou exprime ses pensées.

⁹² Charles AUBRY et Charles Frédéric RAU, *Cours de droit civil français*, Paris 1875

C'est principalement cette forme qui constitue l'élément non patrimonial du droit d'auteur.

5.1.1.2 Les éléments non patrimoniaux

Le second élément singulier du droit d'auteur réside dans l'existence d'intérêts de l'auteur non strictement patrimoniaux. La doctrine considère dans sa grande majorité que ces droits non patrimoniaux doivent être protégés, interdisant ainsi toute utilisation de l'œuvre non autorisée par l'auteur, indépendamment de la question de savoir si cette utilisation causera ou non un préjudice patrimonial à l'auteur.

Kant est traditionnellement considéré comme le premier à avoir souligné l'existence de ces liens non patrimoniaux entre l'auteur et son œuvre dans deux textes qu'il a consacré à l'impression illicite, sans le consentement de l'auteur⁹³. L'idée principale est que le livre est un discours que l'auteur livre au public ; l'éditeur qui publie ce discours doit donc être considéré comme habilité par l'auteur à parler en son nom. L'utilisation non autorisée de l'œuvre est, en revanche, une immixtion illégale dans une relation bilatérale entre l'auteur et le public.

La relation entre l'auteur et son œuvre est particulière, inaliénable et ne se transmet à l'éditeur que pour l'exercice de la publication. Mais il faut relever que Kant utilise à la fois les expressions *persönliches Recht* et *angeborenes Recht*, qui montrent bien que le droit d'auteur ne saurait être réduit à un simple droit de propriété. La propriété que je peux avoir sur un objet ne m'engage, au plus, que dans la faible mesure où elle reflète, ou est censée refléter, mes goûts. Cette propriété ne peut être de même ordre que celle qui me lie au produit de mon esprit, et qui dévoile ma personnalité. Le droit d'auteur est également un droit de la personne dès lors que c'est la personne même de l'auteur qui, au travers lui, est en cause.

5.1.1.3 Un droit hybride

Sur la base de ces approches, enrichies par la suite par des auteurs comme Josef Kohler (1849-1919) ou Otto Von Gierke, la doctrine considère aujourd'hui, de manière largement majoritaire, que le droit d'auteur est en réalité de nature hybride, conçu à la fois comme droit de propriété et comme droit de la personne.

D'une part, l'idée de propriété suffit à expliquer la nature du droit patrimonial de l'auteur. Comme l'indiquait l'article 1^{er} de la loi de 1957, il s'agit bien d'une propriété qui est à la fois incorporelle et particulière en ce qu'elle est limitée dans le temps. Aucune de ces deux particularités n'interdit en effet de la considérer comme une vraie propriété dès lors que sa source est celle de toute propriété, à savoir le travail. Il est vrai que « *la spécificité de cette propriété devait entraîner le législateur, en la créant, à lui apporter des limites : C'est que la société a un droit à la jouissance intellectuelle de l'œuvre ; après avoir investi l'auteur de l'usus, du ructus et de l'abus sur son œuvre, la loi lui impose un sacrifice : sa propriété sera limitée dans le temps, mais cela n'exclut pas qu'elle soit une propriété* » (Pouillet).

⁹³ Article publié en 1785 dans la *Berlinische Monatschrift* ; première partie de sa *Metaphysik der Sitten* de 1797

En cela, le droit d'auteur est vraisemblablement protégé, même si la question ne semble pas avoir été, à notre connaissance, tranchée par le Conseil Constitutionnel, par les dispositions à valeur constitutionnelle de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes desquelles « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Rappelons ici que le droit de propriété a un caractère fondamental, et que sa conservation « constitue l'un des buts de la société politique »⁹⁴.

D'autre part, le droit moral de l'auteur se présente comme un véritable droit de la personne dans la mesure où il en partage tous les attributs : l'objet de la protection, à savoir le produit du génie humain, est une émanation de la personnalité de l'auteur et, par là-même, est doté de la protection absolue que lui confèrent et l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. L'article 27.2 de la déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution du 10 décembre 1948, qui n'est certes pas introduite dans l'ordre juridique interne, n'ayant été ni ratifiée, ni approuvée, mais seulement publiée au Journal officiel, mais dont la portée morale est importante, qualifie ainsi le droit d'auteur de droit de l'Homme en proclamant que « *Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.* »

5.1.2 Le copyright

Le système du copyright est facilement opposable à celui du droit d'auteur. La doctrine américaine affirme que le droit naît sur la tête de l'employeur, et pousse parfois l'assimilation jusqu'à dire que l'employeur est en réalité l'auteur, car le créateur n'aurait rien pu faire sans l'intervention préalable de l'employeur.

Comme l'écrivent MM. Gaudrat et Massé, « *par le jeu des règles applicables aux œuvres créées dans les liens d'un contrat (works made for hire) –exactement inverses à celles du droit français-, [la loi américaine] conduit à traiter la titularité de ces œuvres comme s'il s'agissait de produits corporels manufacturés : l'acte créatif, présumant l'attribution du copyright, est l'acte d'investissement, éventuellement de définition commerciale du produit.* »⁹⁵

Il est souvent reproché au droit d'auteur d'être, par là même, individualiste et centré sur la personne, alors que le copyright, d'inspiration utilitariste, permettrait de prendre en compte l'intérêt de tous. C'est ce que reconnaît l'article 1^{er}, paragraphe 8 de la constitution américaine de 1787 qui donne compétence au Congrès pour « *promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en accordant pour un temps limité aux auteurs et aux inventeurs un droit exclusif sur leurs écrits et découvertes respectifs* ». En comparaison, l'hypertrophie des droits de l'auteur dans le droit français se ferait au détriment de l'intérêt public. A trop prendre en compte le droit de l'auteur, le droit d'auteur ignorerait l'intérêt qui s'attache pour le public à la circulation des œuvres.

⁹⁴ Conseil Constitutionnel, décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, "loi de nationalisation".

⁹⁵ Rapport précité, p. 108

Il est vrai que, pour aussi simpliste qu'elle puisse paraître, la distinction qui voudrait que le droit d'auteur protège avant tout le créateur alors que le copyright concernerait avant tout l'investisseur témoigne assez bien de la réalité des choses. Le droit américain est davantage un droit des affaires, le droit d'auteur un droit de la personne. L'un a vocation à protéger le preneur du risque financier, l'autre celui qui prend le risque de créer. L'œuvre est perçue par l'un surtout comme un produit susceptible d'être commercialisé, par l'autre d'abord comme le produit de l'esprit. On le voit : les approches de ces deux droits sont, en théorie, fondamentalement opposées. Mais rien ne permet de dire que le droit d'auteur constituerait un obstacle dirimant au débat d'idées.

En réalité, certaines nuances du droit d'auteur utiles dans le cadre du réseau Internet sont, pour la plupart, étrangères au droit de copyright. Là où le droit d'auteur distingue le contenu de l'œuvre, propriété partagée en quelque sorte avec le public, de la façon dont l'auteur l'a exprimé, de son empreinte personnelle, propriété exclusive de celui-ci, le copyright ne reconnaît que le « travail compétent » réalisé pour produire l'œuvre, c'est-à-dire qu'il tend à accorder la même protection au contenu de l'œuvre et à la façon dont l'auteur l'a présenté.

Il est vrai que l'on observe un certain rapprochement des deux régimes. Le droit français s'est doté, avec le logiciel notamment, d'une approche plus économique. A l'inverse, le droit britannique, sous la pression européenne et conformément à la convention de Berne, admet l'existence, depuis 1988, d'une forme de droit moral de l'auteur au travers du droit à la paternité et du droit au respect de l'œuvre dans la mesure de l'atteinte à l'honneur et à la réputation.

Mais, d'un point de vue théorique, les points de départ des deux législations sont suffisamment éloignés l'un de l'autre pour pouvoir penser que ce rapprochement restera, en définitive, limité. Il n'est pas si réducteur ou simpliste d'écrire que le droit français est avant tout un droit de la personne, le créateur, et que le copyright est davantage un droit économique, marchand, attaché à l'œuvre en tant que produit, et destiné à protéger l'investisseur des concurrents et des pirates.

Cela signifie-t-il, dans la pratique, que l'application du droit d'auteur pénalise la diffusion des œuvres françaises sur le réseau internet ?

5.2 Le problème pratique

Dès l'apparition des produits multimédias nécessitant plusieurs autorisations de titulaires de droits, et plus encore avec le développement d'internet, certains ont vu dans la transposition en droit français du copyright anglo-saxon une simplification favorable à l'investissement en ce qu'elle renforcerait les droits des producteurs employeurs. Le thème de la facilitation se double de celui de la simplification.

5.2.1 Le thème de la facilitation

5.2.1.1 Un obstacle au développement de la création française sur l'internet ?

Une des premières critiques adressées actuellement au droit d'auteur est son archaïsme en dépit des droits voisins dont il est assorti depuis 1985. Le droit français, né de l'écrit, serait inadapté aux nouvelles techniques, trop centré sur la personne de l'auteur, pas assez soucieux de sécurité juridique des investisseurs, ignorant, en somme, des enjeux économiques posés par le développement du réseau internet.

Une loi dont il serait démontré qu'elle constitue un obstacle à l'essor industriel et culturel des contenus français sur le réseau Internet devrait sans aucun doute évoluer. Le législateur doit savoir évoluer, et il serait intolérable qu'une législation obsolète représente un handicap au développement de contenus français ou en langue française sur l'internet.

Mais, pour l'instant, force est de constater que la démonstration du caractère incapacitant qu'aurait l'application du droit d'auteur et des droits voisins sur le réseau internet n'a pas été apportée.

Seule une critique qui revient de manière plus récurrente que les autres semble avoir une réelle portée : la simplicité tant vantée du droit américain résiderait, à titre principal, dans le transfert automatique des droits à l'employeur. Or, l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle frappe de nullité la cession globale des œuvres futures.

5.2.1.2 La nullité de la cession globale des œuvres futures

Sur ce point, il semble que l'application de ces dispositions constitue incontestablement une gêne, même s'il convient de ne pas en exagérer l'importance⁹⁶. Le droit français est d'ailleurs, sur ce point, relativement isolé. De nombreux droits nationaux s'inspirent en effet des deux systèmes. Ainsi, le droit britannique organise le transfert automatique des droits vers l'employeur, mais sans aller jusqu'à considérer que celui-ci doit en réalité être considéré comme l'auteur. Les Pays-Bas sont un pays de droit d'auteur, mais copient dans la pratique le système britannique. Dans la famille de droit romano-germanique, de nombreux pays ont opté plutôt en faveur de l'exemple britannique. En Allemagne, par exemple, la jurisprudence admet dans de nombreux cas la dévolution pragmatique des droits à l'employeur. Il en va de même en Espagne, ou en Belgique depuis 1994.

En réalité, il semble que l'Italie et la Grèce sont, en Europe, sans doute les derniers pays alignés sur la position française qui refuse de reconnaître la cession automatique des droits ou leur cession implicite.

Cette difficulté, réelle mais tout à fait ponctuelle, mérite sans doute un traitement approprié, mais ne condamne pas à elle seule le régime du droit d'auteur et des droits voisins.

⁹⁶ Philippe Gaudrat fait remarquer, à cet égard, que la clause, même annulable, reste opposable aux contrefacteurs dès lors que l'action en nullité n'est ouverte qu'au salarié et à l'employeur, mais pas aux tiers. Il remarque, en outre, que l'action du salarié sera "rarissime" en cours d'exécution du contrat (rapport précité, p. 228)

Trois solutions peuvent être envisagées. La première serait l'alignement pur et simple sur le régime américain, qui prévoit la cession automatique de l'ensemble des droits à l'employeur.

La deuxième consisterait à supprimer cet article L. 131-1, ce qui lèverait l'obstacle à la cession contractuelle des droits. Le rapport Gaudrat écarte cette solution, qui porterait atteinte à « une part importante du statut protecteur du créateur », de même qu'il écarte celle consistant à ajouter un second alinéa à l'article L. 131-1 précisant que l'interdiction de cession globale d'œuvres futures ne vaut pas dans le cas d'un contrat de travail, au motif que cet ajout aurait pour effet de « voir fleurir dans tous les contrats de travail, comme une clause de style, une cession détaillée et définitive de tous les droits pour toutes les formes d'exploitation connue et à venir sans autre contrepartie que le salaire (formalisation contractuelle de la théorie jurisprudentielle de la cession implicite) ».

Philippe Gaudrat propose en revanche une autre solution, qui consisterait à insérer à l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle un alinéa prévoyant qu'un « *contrat de création à exécution successive et à durée indéterminée peut, sans méconnaître l'alinéa 1^{er}, prévoir une offre permanente d'acquisition des droits patrimoniaux sur les œuvres à créer. L'offre doit être assortie des conditions contractuelles requises par l'article L. 131-3. Ces conditions générales d'acquisition des droits d'exploitation font l'objet d'une négociation collective par branche.* »

Cet article préciserait en outre que la transmission du droit patrimonial s'opérerait, au fur et à mesure de la divulgation des œuvres, sous réserve d'une personnalisation à double détente des conditions générales négociées collectivement, et sans instaurer une cession globale portant sur des œuvres futures : le mécanisme de divulgation s'applique œuvre par œuvre et est susceptible d'évolution. L'article n'en instaurerait pas moins un mécanisme de transfert automatique des droits d'exploitation au fur et à mesure de la création et sans aucune formalité : la remise de toute création réalisée par l'auteur sous contrat vaudrait en effet à la fois exercice du droit de divulgation et acceptation des conditions validées de cession. Ainsi, selon l'auteur du rapport précité, « *l'entreprise acquerra ainsi graduellement, dans la sécurité juridique autant que le respect du droit des créateurs, le droit d'exploitation nécessaire à son activité économique sur toutes les œuvres de ses auteurs* ».

5.2.2 Le thème de la simplification

Le droit américain du copyright est généralement loué pour son réalisme et son pragmatisme qui l'opposerait à l'approche théorique et romantique du droit d'auteur à la française. Cette dernière favoriserait l'hypertrophie du droit moral sans faciliter l'attribution des droits patrimoniaux à l'investisseur. Pourtant, le système américain n'est pas exempt de critiques, sur lesquelles on insiste en général moins.

En premier lieu, et contrairement à une idée répandue, le système américain n'organise pas une cession automatique de tous les droits pour toutes les œuvres dans tous les cas. L'investisseur doit en effet prouver, d'une part, l'existence d'un contrat de travail et, d'autre part, que la création objet du litige a été réalisée dans le cadre de la mission qui a été confiée au salarié. La jurisprudence se montre en réalité assez stricte sur ce second point, qui constitue un véritable nid à contentieux et est source d'insécurité juridique pour l'employeur.

En second lieu, si l'article 101 de l'USC pose un principe général de « work made for hire » pour la création effectuée par des salariés, l'article 201 (b) qui concerne l'œuvre de commande n'est appliqué qu'en fonction d'une jurisprudence pragmatique qui a défini en 1969 neuf catégories d'œuvres pour lesquelles la cession à l'employeur est automatique. Il a fallu attendre 1992 pour que les enregistrements sonores soient considérés comme une dixième catégorie. Si l'existence d'un contrat écrit n'est pas prouvée et si l'œuvre n'est pas dans l'un de ces dix cas, le droit américain se prête à l'apparition de nombreux conflits portant sur la notion même de contrat de travail. La cour suprême exige en effet l'existence d'un tel contrat écrit, et l'investisseur doit démontrer que l'auteur était un salarié. En outre, les jurisprudences entre les différents Etats américains sont souvent divergentes en la matière, certaines cours estimant que l'existence d'une rémunération pendant une période de temps suffisamment longue suffit à démontrer l'existence d'un contrat de travail, d'autres exigeant davantage (congrés, charges sociales, etc.).

La mise en œuvre du « work made for hire » souvent considérée comme le remède absolu, n'est donc pas aussi simple et automatique qu'on veut bien l'affirmer, l'employeur devant démontrer à la fois l'existence d'un contrat de travail écrit et prouver que la création faisait bien partie de la mission donnée au salarié.

Le droit américain ne présente pas la simplicité qui lui est bien volontiers accordée d'habitude, et le copyright peut s'avérer être un véritable nid à procès.

5.2.3 Avantages comparatifs

Le régime du droit d'auteur est même, sous de nombreux aspects, plus simple que celui du copyright.

Pour s'en convaincre, il est d'abord possible de comparer la technicité et le pointillisme de l'approche analytique du droit américain, certes détaillée et précise mais peu malléable, des rédactions synthétiques du droit d'auteur à la française. Si la loi américaine est assez ramassée, la loi britannique sur le copyright occupe en revanche près de 150 pages, contre une dizaine concernant le droit d'auteur dans le code de la propriété intellectuelle.

Il est assez difficile à cet égard de démontrer que la structure analytique et détaillée du copyright act américain ou de la loi britannique a des effets plus simples que la rédaction synthétique du code de la propriété intellectuelle français ou des lois belges, italiennes ou espagnoles. Le caractère législatif d'une énumération de cas particuliers ouvre inévitablement la voie à des contestations juridiques qui sont effectivement nombreuses aux Etats-Unis, où elles portent notamment sur les relations entre créateur et employeur.

Pour prendre quelques exemples, le droit de reproduction, qui recouvre en France, avec le droit de représentation, toutes les situations envisageables, est décomposé aux Etats-Unis en plusieurs prérogatives : droit de reproduction strict, droit d'adaptation et droit de distribution.

Le droit de distribution, pour prendre un autre exemple, s'épuise, aux Etats-Unis, après la première mise en vente. Il n'existe pas, en outre, de droit de location et de prêt, sauf pour les phonogrammes et les logiciels. Différence radicale par rapport au dispositif français, dans lequel les clubs de location de cassettes vidéos doivent respecter les droits d'auteur. Ce droit

de distribution s'applique-t-il à l'environnement numérique et au réseau Internet ? Le livre blanc de la Commission des communautés européennes de 1995 s'est bien gardé de répondre à la question. Mais la jurisprudence y a répondu par l'affirmative dans une décision concernant une célèbre revue « de charme » américaine contrefaite par un site internet italien.

Mais aucune raison ne semble pouvoir justifier que le droit de distribution s'épuise après la première mise en ligne de l'œuvre ou du document concerné. Pour une raison matérielle, tout d'abord : le réseau internet n'apporte pas, sur ce point, de différence fondamentale avec ce qui existait. Il s'agit toujours, sur le réseau comme ailleurs, du voyage d'un exemplaire de l'œuvre, et le fait que la copie réalisée soit numérique ne change rien à cela, dès lors que l'émetteur conserve effectivement l'original. Pour une raison économique, également : admettre l'épuisement du droit de distribution après la première mise en ligne (dite théorie du « un coup », ou « one shot ») reviendrait à autoriser la multiplication des pains.

Le droit français est, sur ce point, plus réaliste : le droit de reproduction et le droit de représentation s'appliquent identiquement à la même œuvre qui a fait l'objet de la copie numérique et qui circule sur l'internet. La novation, sur ce point, est nulle : il est admis depuis longtemps, dans l'industrie cinématographique, que le droit de reproduction s'applique à la copie matérielle de la bobine de pellicule, et le droit de représentation dans la salle où sont projetées les images fixées sur celle-ci.

Le cas de « l'audio-streaming » musical illustre également la souplesse du droit français. Il s'agit d'un mode de diffusion continu qui permet de traiter les données avant de les télécharger dans leur totalité. Grâce à une mémoire « tampon », l'ordinateur restitue en toute fluidité l'intégralité de l'œuvre qui continue à se charger pendant l'écoute. Dès lors qu'il s'agit d'écoute sans enregistrement, et donc sans copie, le droit de distribution ne peut trouver à s'appliquer, contrairement à celui de représentation. En cas de téléchargement, en revanche, l'acte sera naturellement soumis au droit de distribution.

Aux Etats-Unis, en cas de diffusion automatique, sans demande préalable du destinataire, une licence légale doit être demandée au copyright office. La diffusion à la demande, comme le « web casting » ou le « pay per view », doit en revanche être soumise à un droit exclusif, ce qui suppose de demander préalablement l'autorisation aux ayants-droits. Cette distinction est, on le voit, singulièrement compliquée à mettre en œuvre au regard de la plus grande simplicité, sur ce point, du régime du droit d'auteur.

Le droit français est, en outre, loin d'être aussi allergique aux considérations réalistes et économiques comme le montre le statut de l'œuvre collective ou le régime de cessions automatiques de droits qui existe en matière audiovisuelle. Le caractère romantique et donc dépassé du droit d'auteur à la française n'est pas démontré. La jurisprudence sanctionne ainsi l'abus de droit moral, alors même qu'il s'agit d'un droit extra-patrimonial⁹⁷.

Le système des Etats-Unis d'Amérique laisse donc place à des incertitudes, sauf lorsqu'il s'agit de la création pour laquelle le salarié a été précisément payé, ce qui est déjà le cas en France pour le logiciel. Mais tant le logiciel que la base de données, exceptions en droit français, sont plus des outils ou des instruments qui supposent un investissement préalable que des beaux-arts.

⁹⁷ Cass., 14 mai 1945, JCP 1945.2835, note R.C. ; D. 1945.287, note Desbois

Le cas particulier du logiciel ou de la base de données n'étant pas généralisable, il est aisé de comprendre que le gouvernement français s'attache à rechercher de manière concertée une voie originale pour rapprocher les positions des auteurs et celle des opérateurs qui ne sont pas satisfaits par la mise en œuvre de la notion ambiguë d'œuvre collective telle qu'elle est définie par les dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article 113-2 du code de la propriété intellectuelle.

Il est souhaitable en effet d'éviter les solutions qui mettent en concurrence les auteurs et les exploitants, et de leur préférer une organisation de la dévolution des droits des auteurs aux exploitants qui respecte leurs légitimes prérogatives respectives et assure la sécurité juridique et économique des uns comme des autres. Le ministre de la culture et de la communication a ouvert une concertation autour du rapport récemment présenté par MM. Gaudrat et Massé en se fixant pour objectif d'aboutir rapidement à une solution consensuelle.

*

En définitive, le débat du copyright contre le droit d'auteur est, comme l'écrit le député Bloche, un faux débat. D'une part, parce que l'opposition entre les deux systèmes ne doit pas, dans la pratique, être exagérée. D'autre part, parce que les interrogations actuelles sur le régime de droit d'auteur et des droits voisins en France tournent en réalité autour d'une question qui n'est pas directement liée au droit applicable. Ce qui importe en effet, c'est que l'investisseur jouisse d'une relative sécurité juridique concernant la réalité de son actif lorsque celui-ci est constitué de droits de propriété intellectuelle.

Or, sur ce point, les éléments développés précédemment tendent à montrer qu'aucun régime juridique ne l'emporte véritablement sur l'autre. Le droit français met certes plus en évidence le risque encouru par l'investisseur, qui soumet la consistance de son actif à un jugement a posteriori sur le caractère original de l'œuvre. Mais, dans les faits, la jurisprudence se montre particulièrement réaliste et raisonnable, les tribunaux tendant davantage, en général, à reconnaître à l'œuvre ce caractère original qui lui ouvre la protection de la loi.

Ce qui compte, c'est que le régime juridique applicable aux œuvres qui circulent sur le réseau internet permette d'assurer le retour sur investissement tout en protégeant les droits que l'auteur tient sur l'œuvre de son esprit.

Le droit français a été adopté au niveau communautaire et dans de nombreux pays d'Europe centrale et orientale. La convention de Berne et de nombreux instruments internationaux consacrent également un système plus proche des conceptions du droit français que du copyright. L'incroyable développement, ces dernières années, des contenus français sur le réseau internet tend plutôt à montrer que le régime juridique du droit d'auteur et des droits voisins n'a pas vraiment constitué un obstacle.

La question de l'application du droit d'auteur et des droits voisins sur l'internet a sans doute été résumée à tort à l'opposition entre deux systèmes, étant entendu que celui du copyright a été présumé plus adapté, favorable à l'investissement et libre d'obstacle à l'essor de la technique. Il semble pourtant que l'avenir du droit applicable doit davantage s'analyser en termes d'adaptation du droit que de bouleversement ou de fusion d'un système avec l'autre.

La solution ne consiste donc pas à choisir entre l'un ou l'autre de ces modèles, mais suppose plutôt, la loi devant demeurer le rapport nécessaire qui dérive de la nature des choses, de voir précisément ce qui, dans le droit d'auteur, doit être adapté pour répondre aux exigences de la technique.

- Annexes

- Annexe n° 1 : Composition du groupe de travail
- Annexe n° 2 : Auditions
- Annexe n° 3 : Les normes de la Communauté européenne harmonisant le droit d'auteur et les droits voisins et leurs textes de transposition en droit interne
- Annexe n° 4 : Le droit d'auteur et l'internet, tableau de jurisprudence
- Annexe n° 5 : Le droit d'auteur et l'internet, doctrine

Annexe n° 1

Composition du groupe de travail

- **M. Gabriel de BROGLIE**, membre de l'Institut,

assisté de :

- **M. Paul FLORENSON**, inspecteur général honoraire de l'administration des affaires culturelles
- **M. Francis DONNAT**, auditeur au Conseil d'Etat, rapporteur
- **Me Cyrille MORVAN**, avocat à la Cour
- **Mme Marie-Hélène BELIN-CAPON**

Annexe n° 2

Personnes auditionnées

Parlementaires :

- M. Pierre LAFFITTE, sénateur
- M. Patrick BLOCHE, député

Cabinet du Premier ministre :

- M. David Kessler, conseiller pour la culture et la communication
- M. Jean-Noël TRONC, conseiller chargé de société de l'information

Ministère de la culture et de la communication :

- M. Frédéric SCANVIC, directeur de l'administration générale
- M. François BRAIZE, sous-directeur des affaires juridiques
- Mme Hélène de MONTLUC, chef du bureau de la propriété littéraire et artistique

Magistrats :

- Mme Marie-Françoise MARAIS, présidente de la 4^{ème} chambre de la cour d'appel de Paris
- M. Daniel BERTINET, commissaire principal, chef de la brigade des contrefaçons

Universitaires :

- M. Pierre SIRINELLI, professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

Titulaires de droits :

- M. Jean-Loup TOURNIER, président du directoire de la SACEM
- M. Thierry DESURMONT, directeur général adjoint de la SACEM
- M. Hervé RONY, directeur général du SNEP
- M. Antoine BEAUSSANT, président du Geste

- M. SELIGMAN, Président de la SCAM
- M. Laurent DUVILLIER, délégué général de la SCAM

Opérateurs d'Internet :

- Mme Agnès TOURAINE, Directeur général, Havas
- M. VIANNEY de LA BOULAYE, président de la commission juridique du syndicat national de l'édition
- M. Bertrand COUSIN, conseiller spécial du président de Vivendi

Annexe n° 3

**Les normes de la Communauté européenne
harmonisant le droit d'auteur et les droits voisins
et leurs textes de transposition en droit interne**

—

DIRECTIVE	OBJET	LOI DE TRANSPOSITION
Directives concernant spécialement le droit d'auteur et les droits voisins		
Directives publiées		
- n° 91-250 du 14 mai 1991	Concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs (logiciels)	L. 94-361 du 10 mai 1994
- n° 92-100 du 19 novembre 1992	Relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle	Sans transposition, le code de la propriété intellectuelle étant compatible
- n° 93-83 du 27 septembre 1993	Relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble	L. 97-283 du 27 mars 1997
- n° 93-98 du 29 octobre 1993	Relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins	id
- n° 96-9 du 11 mars 1996	Concernant la protection juridique des bases de données	L. 98-536 du 1 ^{er} juillet 1998

Directives en voie d'achèvement		
	Concernant le droit de suite sur les œuvres des arts plastiques	
	Concernant le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information	

Directive ayant une incidence sur le droit d'auteur et les droits voisins		
Directive publiée		
- n° 98-84 du 20 novembre 1998	Concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel	
Directive en préparation		
	Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment le commerce électronique, dans le marché intérieur	

Annexe n° 4

**Le droit d'auteur et l'internet,
tableau de jurisprudence**

DATE	JURIDICTION	PARTIES	DECISION
2000			
10/05/00	CA Paris	S.A. GESTION DU FIGARO / SNJ	Interdiction faite au journal d'exploiter sur l'internet les articles des journalistes sans y avoir été autorisé par les auteurs
1999			
01/04/99	CA Versailles	RILLON / Sté CAPITAL MEDIA	Interdiction faite au journal d'exploiter sur l'internet les articles des journalistes sans y avoir été autorisé par les auteurs
14/04/99	TGI Paris	SNJ / FIGARO	Interdiction faite au journal d'exploiter sur l'internet les articles des journalistes sans y avoir été autorisé par les auteurs
16/04/99	TGI Nanterre (référé)	STUDIO VEZELAY / Sté BEYNE	Interdiction de reproduire des photographies sans autorisation de l'auteur
18/06/99	TGI Paris	FRANCETELECOM / SARL MA EDITION	Interdiction d'utiliser des éléments de base de données pour les diffuser sur l'internet sans autorisation
21/07/99	TGI Lyon	SNJ / SA GROUPE PROGRES	Interdiction d'utiliser les articles de quatre journalistes en cause. Toutefois, pour la première fois, le tribunal envisage la reproduction intégrale du journal
06/09/99	TC Paris (référé)	AFP / SPORTS COMMUNICATION	Interdiction de reproduire sur l'internet les dépêches et photographies de l'AFP sans autorisation
09/12/99	CA Lyon	SNJ / SA GROUPE PROGRES	Interdiction d'utiliser les articles des journalistes sur l'internet sans leur autorisation. Reconnaissance du statut de l'œuvre collective pour le journal
1998			
27/01/98	TC Nanterre	EDIROM / GLOBAL MARKET	Reproduction contrefaisante par une société de fiches d'un ouvrage communiqué par son auteur sur son propre site. Concurrence déloyale
03/02/98	TGI Strasbourg (référé)	USJF / SDV PLURIMEDIA	Interdiction faite au journal de reproduire sur l'internet les articles des journalistes leur sans leur autorisation
15/09/98	CA Colmar	FRANCE3 / SDV PLURIMEDIA	Infirmité à l'égard de France 3. Contestation sérieuse
09/02/98	TC Paris	CYBION / QUALITREAM	Attribution explicite du caractère « d'œuvre originale » au seul contenu d'un site internet. Contrefaçon

1997			
03/03/97	TGI Paris (référé)	ORDINATEUR EXPRESS / ASI	Compétence du tribunal dans le ressort duquel l'infraction a été constatée
05/05/97	TGI Paris (référé)	QUENEAU / LEROY	Interdiction de reproduire sur un site web un ouvrage sans l'autorisation des ayants- droit même si le programme ne permet de visualiser qu'un seul poème à la fois
10/06/97	TGI Paris (référé)	QUENEAU / JEROME B.	L'ayant-droit a été débouté car le programme permettant d'effectuer des combinaisons de l'œuvre de Queneau avait été créé sur le serveur intranet et devait conserver un caractère privé
1996			
14/08/96	TGI Paris (référé)	ART MUSIC / ENST & ECP	La mise à disposition d'œuvres de Jacques Brel et de Michel Sardou sur un site internet reproduites sans autorisation constitue une contrefaçon
14/08/96	TGI Paris (référé)	Sté EDITION POUCHENEL / F.-X. BERGOT BREL	

Annexe n° 5

Le droit d'auteur et l'internet, doctrine

- « *Internet, droit d'auteur et photographie* », Théo Massler, Légipresse novembre 1997, n° 46, p. 137.
- « *Home page personnelle, site de presse ou site d'entreprise : régime et responsabilité de la publication sur le Web* », Nicolas Brault, Légipresse, juin 1998, n° 152, p. 69.
- « *Le droit de l'édition est-il applicable à internet ?* », Charles-Edouard Renault, Légipresse, octobre 1998, n° 155, p. 109.
- « *Le droit d'auteur à l'aube du 3^{ème} millénaire* », Pierre Sirinelli, JCP La semaine juridique, n° 1-2, 5 janvier 2000, p. 13.