

**BERTRAND WARUSFEL**

LA PROPRIÉTÉ  
INTELLECTUELLE  
ET L'INTERNET

**DOMINOS**  

---

Flammarion

## **BERTRAND WARUSFEL**

**Bertrand Warusfel**, docteur en droit, est maître de conférences à la faculté de droit de l'université René Descartes (Paris V) où il enseigne notamment le droit des technologies avancées et du commerce électronique. Spécialiste des questions de propriété intellectuelle et de sécurité de l'information, il intervient comme conseil en propriété industrielle auprès de nombreuses entreprises. Il est membre du Conseil supérieur de la Propriété Industrielle.

Parmi ses publications :

*La Nouvelle Frontière de la technologie européenne* (avec Jean-Baptiste de Boissière), Calmann-Lévy, 1991.

*Contre-espionnage et protection du secret – Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Lavauselle, 2000.

# S O M M A I R E

- 7 **Avant-propos**
- 13 **La propriété des contenus de l'Internet**
  - 14 La propriété intellectuelle s'applique sur l'Internet
    - 15 Le respect des droits d'auteur
    - 19 Le respect des droits de propriété industrielle
  - 22 L'exploitation des œuvres sur l'Internet
    - 22 Les droits et les devoirs du créateur
    - 26 Les obligations du diffuseur sur le Web
    - 29 Les limites de l'utilisation d'un contenu par l'internaute
    - 31 La sanction de la contrefaçon en ligne
- 37 **La propriété des outils de l'Internet**
  - 38 La protection des logiciels par le droit d'auteur
    - 39 Les règles particulières applicables aux logiciels
    - 42 L'intéressante variante des « logiciels libres »
  - 45 La protection croissante des inventions logicielles par brevet
    - 45 Une exclusion de la brevetabilité mal appliquée
    - 47 Faut-il supprimer l'exclusion des programmes d'ordinateur ?
  - 53 Les nouvelles protections offertes aux bases de données
    - 54 Un objet juridique complexe
    - 56 Une nouvelle protection des droits des producteurs
    - 58 Une nouvelle voie pour protéger les sites Web eux-mêmes ?

<b>61</b>	<b>Les difficultés d'application d'un droit en évolution</b>
62	Des difficultés propres aux réseaux numériques
62	La copie de « qualité numérique »
64	La délocalisation des infractions
66	L'exemple des litiges relatifs aux noms de domaine
67	L'organisation du nommage sur l'Internet
69	La lutte contre les <i>cyber-squatters</i>
71	Les conflits entre noms de domaine et marques
74	Les solutions qui s'élaborent
75	Les nouvelles formes de règlement des litiges
77	La redéfinition du régime de la copie numérique
79	Le développement des moyens électroniques de protection des droits
<b>87</b>	<b>La propriété numérique en débat</b>
88	Mieux protéger la matière première de la nouvelle économie
88	Renforcer la protection contre les copies non autorisées
93	De nouveaux droits numériques sur les « biens informationnels »
98	La propriété est-elle soluble dans l'Internet ?
99	La critique des excès supposés de la propriété intellectuelle
103	La recherche d'un nouveau modèle
<b>109</b>	<b>Conclusion</b>
<b>117</b>	<b>Annexes</b>
118	Table des références
118	Sigles
120	Glossaire
126	Bibliographie

*La première fois qu'apparaît un mot relevant d'un vocabulaire spécialisé, il est suivi d'un \*. On trouvera sa définition dans le glossaire.*

# Avant-propos

Internet, c'est d'abord une image, celle d'un réseau ouvert sur lequel les hommes communiquent sans frontières et s'échangent librement des informations. Abolissant les distances et les délais de communication et constituant une place de marché virtuelle où se rencontrent en permanence l'offre et la demande, la nouvelle économie des réseaux peut sembler la métaphore idéale d'un grand marché libre où régnerait une concurrence pure et parfaite.

Mais ce « réseau des réseaux » a aussi une réalité, celle d'une immense bibliothèque décentralisée et désordonnée qui s'enrichit chaque jour de milliers de documents numériques, échangés et mis en ligne. Cette vaste collection de contenus numérisés repose elle-même sur un socle invisible : une architecture technologique complexe constituée de serveurs, de logiciels\*, d'équipements permettant l'interconnexion et de protocoles de transmission.

Pour comprendre comment les internautes et les entreprises peuvent utiliser l'Internet afin de répondre à leurs

besoins et créer les profits futurs de la nouvelle économie, il faut donc plonger dans cette double réalité des réseaux : des « contenus » de toute nature circulant à grande vitesse au travers de « contenants » technologiques sophistiqués. Entre les deux couches de ce système, un point commun : tout est numérique, les données transmises (textes, sons, images) comme les outils (logiciels, base de données...) qui permettent leur communication. Et l'interaction est constante : tel logiciel utilisable par le réseau est aussi un contenu qui peut être téléchargé par les internautes, tel site Web\* consultable en ligne peut lui-même servir de support technique à des services de communication (par exemple, pour la transmission de messages électroniques ou la recherche d'informations).

10 Quelles sont les règles qui régissent les droits et les devoirs des acteurs de l'Internet vis-à-vis de l'usage de ces différentes ressources numériques ? À l'évidence, la propriété intellectuelle en est l'un des éléments essentiels. En effet, cette discipline juridique définit les conditions dans lesquelles les différentes formes de création intellectuelle, qu'il s'agisse des formes littéraires ou artistiques, des créations techniques ou commerciales, peuvent être appropriées par leurs créateurs et faire l'objet d'une protection juridique contre certains usages non autorisés.

Beaucoup ont sans doute entendu dire que l'Internet créait des problèmes spécifiques de propriété intellectuelle et certains croient peut-être qu'il y a une opposition de principe entre ce nouvel espace ouvert et les règles anciennes et contraignantes du droit d'auteur\* ou de la propriété industrielle. Or, en réalité, la situation est très loin d'être aussi caricaturale : tout comme elle s'impose dans le monde physique, la propriété

intellectuelle s'applique aux activités en ligne, mais elle doit s'adapter dans certains cas à ce nouveau contexte technologique et économique.

Le propos de cet ouvrage est donc de faire un rapide état des lieux afin de montrer, s'agissant des contenus transmis sur le Net et des outils technologiques qu'il met en œuvre, comment la propriété intellectuelle trouve sa place dans ce nouveau contexte et comment ses principales règles s'y appliquent. C'est ainsi que nous ferons ressortir les véritables difficultés pratiques qui peuvent se poser lorsque des droits intellectuels issus du monde physique veulent se faire respecter dans le cyberspace\* et de quelle manière on s'efforce actuellement de résoudre ces problèmes.

À partir de là, on pourra mieux apprécier les enjeux du débat juridique et politique qui s'instaure autour de ces questions : est-il légitime de renforcer la protection des droits intellectuels sur l'Internet pour parer les risques accrus de contrefaçon\* en ligne ? Faut-il moderniser le droit de la propriété intellectuelle pour définir les contours d'une nouvelle « propriété numérique » destinée à régir les biens informationnels dans la nouvelle économie ? Convient-il, au contraire, de substituer aux anciens schémas patrimoniaux de nouveaux modèles économiques et juridiques fondés sur l'accès et la relation personnelle ? En d'autres termes, la propriété intellectuelle sera-t-elle frappée d'obsolescence face aux réseaux numériques ou peut-elle, à l'inverse, servir de socle au nouveau droit de l'information qu'il va falloir construire pour réguler la future société du savoir ?

# La propriété des contenus de l'Internet

**L**'Internet est essentiellement un instrument de communication à des tiers, identifiés dans le cas de la messagerie ou d'Intranet\*, non identifiés dans le cas du Web\*, de contenus numérisés. Ces contenus peuvent être indifféremment des textes, des images fixes ou animées, des sons ou – le plus souvent – un assemblage de toutes ces formes, ce que l'on appelle un contenu « multimédia ».

13

Ces contenus peuvent se présenter de différentes manières : sur le Web, l'internaute les consulte sous forme de pages enregistrées à la manière des pages Minitel; dans d'autres cas, il s'agit de fichiers téléchargeables à partir d'un site (services FTP) ou encore de contenus figurant dans des messages électroniques ou les accompagnant, que l'on appelle les « pièces jointes ». Mais le fichier en question est systématiquement transmis de l'ordinateur d'origine sur lequel il est stocké,

appelé « serveur\* » ou dans le cas d'un serveur Web « site\* », vers celui de l'internaute. Même lors de la consultation d'une page Web, l'internaute ne consulte pas réellement son contenu à distance, bien que l'interface « virtuelle » de son ordinateur lui en donne l'illusion, mais ce contenu est d'abord téléchargé en mémoire avant d'être consulté localement.

Parmi tous ces contenus, beaucoup sont protégés par la propriété intellectuelle, qu'il s'agisse le plus souvent du droit d'auteur ou parfois également de droits de propriété industrielle, pour ce qui intéresse les marques\*, dessins ou modèles, brevets\*. Dès lors, cette protection juridique continue à produire ses effets lorsqu'ils sont transmis et consultés via l'Internet.

## **La propriété intellectuelle s'applique sur l'Internet**

Apparue entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle pour assurer aux créateurs et aux inventeurs des droits privatifs sur l'exploitation de leurs œuvres, la propriété intellectuelle s'applique à des objets immatériels dont le statut juridique est indépendant de celui de leurs supports matériels. Ainsi, lorsqu'un lecteur achète un roman, il ne devient propriétaire que d'un exemplaire imprimé de l'ouvrage, sans acquérir le moindre droit sur l'œuvre elle-même, qui demeure la propriété de l'auteur et, partiellement, celle de l'éditeur. De même l'acquéreur d'une machine peut l'utiliser mais ne possède aucune prérogative sur l'éventuel brevet qui protège sa technologie innovante, ce qui l'empêche par exemple de reproduire cette technologie et

de construire de nouvelles machines. Le droit de la propriété intellectuelle protège donc un objet « virtuel », pour reprendre le vocabulaire contemporain. Dès lors, il est logique que les principes du droit d'auteur et ceux de la propriété industrielle s'appliquent également aux contenus véhiculés par l'Internet, qui sont eux aussi des objets virtuels dont la valeur intrinsèque (intellectuelle, artistique, économique, technologique...) se distingue de celle de leur support numérique.

### Le respect des droits d'auteur

Sur l'Internet comme dans les autres environnements, toute création intellectuelle peut être protégée par un droit d'auteur dès lors qu'il s'agit de ce que le Code de la propriété intellectuelle (CPI) nomme « œuvre de l'esprit » et qu'elle est originale. Sont des œuvres de l'esprit toutes les créations qui se traduisent sous une forme perceptible aux sens, c'est-à-dire transmissible à autrui : en particulier tous les textes écrits, quel que soit leur objet (textes littéraires, techniques, scientifiques...), les créations sonores (musique, opéra, chanson...) ou visuelles (photographies, films, vidéos...) ou encore les œuvres plastiques (plans, dessins, peintures, architectures, sculptures). On en rencontre donc beaucoup parmi les contenus accessibles sur l'Internet. Pour qu'elles confèrent à leur créateur un droit exclusif d'exploitation, appelé communément « droit d'auteur », il suffit qu'il puisse prouver que sa création est originale, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de la reproduction d'une création empruntée à un auteur préexistant et qu'elle résulte bien d'un effort subjectif qui lui est propre.

L'application conjuguée de ces deux conditions (œuvre de l'esprit et originalité) permet donc facilement

d'identifier les objets immatériels qui ne peuvent pas être protégés par le droit d'auteur. Les idées et les simples concepts intellectuels ne sont pas protégés en eux-mêmes, car il ne s'agit pas de créations formelles. Seules les formes originales créées par l'auteur en application de son idée (par exemple, le tableau peint par l'artiste à partir de sa vision esthétique) peuvent l'être. Ne sont pas non plus protégeables les éléments d'information, même formalisés, qui ne résultent pas d'une production subjective de l'auteur, mais qui ne sont que des données purement objectives ou factuelles. À titre d'exemples, une série statistique résultant d'une enquête ou une donnée scientifique observable dans la nature ne sont pas des créations couvertes par le droit d'auteur.

16

Si tous les contenus accessibles sur l'Internet ne constituent pas des créations originales, ceux qui en remplissent les conditions y reçoivent la même protection juridique que dans le monde réel. Cette protection se caractérise tout d'abord par le fait que le droit sur l'œuvre est acquis à l'auteur « du seul fait de sa création » (article L 111-1 CPI), c'est-à-dire « du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur » (article L 111-2 CPI). Autrement dit, il n'est pas nécessaire que l'auteur se plie à une procédure officielle pour acquérir son droit, à la différence, nous allons le voir, de ce qui se passe lorsque l'on désire acquérir un droit de propriété industrielle.

Ces prérogatives reconnues aux auteurs et qui s'appliquent aussi bien sur l'Internet que dans les autres domaines d'utilisation des créations intellectuelles (presse, édition, audiovisuel, etc.) sont de deux sortes.

*Les droits patrimoniaux* : chaque auteur (ou ses héritiers) possède le droit exclusif de reproduire et de représenter

son œuvre pendant une durée maximale allant jusqu'à soixante-dix ans après son décès. Le droit de reproduction consiste à permettre la réalisation de copies de l'œuvre sur différents supports (par exemple l'impression d'un livre en plusieurs exemplaires, ou la copie d'un fichier numérique). Le droit de représentation permet pour sa part la communication au public du contenu par différents procédés (comme la récitation publique d'un texte, la représentation d'une pièce de théâtre ou d'un opéra, ou encore la projection d'un film ou la télédiffusion d'une émission...). Bien évidemment, ces deux droits dont l'exercice est indispensable à la diffusion des œuvres peuvent être cédés à des tiers (éditeurs, diffuseurs), qui les exercent alors partiellement ou totalement à la place de l'auteur originel. On dit que ces droits sont « patrimoniaux », ce qui signifie qu'ils peuvent être loués ou vendus et que l'auteur peut ainsi en obtenir une rémunération.

17

*Le droit moral* est, en Europe, une seconde catégorie de droits reconnue à l'auteur. Ce « droit moral » ne peut être ni cédé (il est dit « inaliénable ») ni donc rémunéré, mais il est en revanche perpétuel. Cela se résume essentiellement au droit de l'auteur à être toujours reconnu et identifié comme tel (on ne peut donc jamais changer l'identité de l'auteur d'une œuvre, et ce même après sa mort) et à ne pas voir sa création dénaturée. Il en va différemment aux États-Unis.

Ces droits reconnus à l'auteur lui permettent ainsi d'exercer un véritable monopole sur l'exploitation intellectuelle de sa création originale. Et ce monopole est protégé juridiquement par les sanctions civiles et pénales que la loi prévoit à l'encontre de ceux qui commettent ce que l'on appelle une « contrefaçon », c'est-à-dire tout acte

accompli sans autorisation de l'auteur et qui contrevient à ses droits exclusifs. Là encore, l'Internet ne présente pas de particularité de principe, puisque, comme nous allons le voir, tout acte d'exploitation non autorisé d'une œuvre protégée sur l'Internet va être considéré comme une contrefaçon.

Cette application de la protection du droit d'auteur sur l'Internet s'inscrit dans la suite logique de l'ouverture progressive du droit de la propriété intellectuelle aux nouvelles formes de création et de technologie. Le droit d'auteur, qui fut inventé approximativement à l'époque du développement de l'imprimerie – ce qui est logique, puisque antérieurement il n'existait nul besoin de réglementer la diffusion et la copie des œuvres, techniquement presque impossibles –, s'est successivement appliqué sans difficulté aux créations de la photographie, puis à celles de la cinématographie et de la radio, avant de prendre en compte plus récemment les créations télévisuelles puis informatiques comme les logiciels. Les réseaux numériques ne sont donc qu'une autre étape, qu'un environnement technique supplémentaire au sein duquel le droit veille à ce que les créateurs puissent disposer des prérogatives attachées à leur création.

18

La meilleure preuve en est que, le 20 décembre 1996, les pays membres de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ont adopté à Genève un nouveau traité sur le droit d'auteur qui reconnaît en particulier que tous les auteurs « jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment

qu'il choisit de manière individualisée ». Autrement dit, le droit de communiquer sur les réseaux numériques et sur l'Internet est bien l'un des attributs exclusifs des auteurs, et toute communication de ce type effectuée sans autorisation est donc une atteinte au droit d'auteur, c'est-à-dire une contrefaçon.

### Le respect des droits de propriété industrielle

La pleine application de la propriété intellectuelle sur l'Internet vaut aussi pour l'autre grande famille de droits intellectuels que sont les droits de propriété industrielle. Ce sont les brevets d'invention qui protègent les inventions technologiques innovantes, les marques, lesquelles attribuent une exclusivité à l'usage de certains signes distinctifs pour identifier des produits et des services, et les dessins ou modèles, qui protègent l'esthétique et la forme des produits vendus dans le commerce. Ils ont notamment la particularité – par rapport aux créations protégées par le droit d'auteur – de n'être attribués qu'à ceux qui effectuent des démarches officielles particulières auprès d'organismes nationaux (l'Institut national de la propriété industrielle, INPI, en France) ou transnationaux (comme l'Office européen des brevets à Munich, ou l'Office européen des marques, l'OHMI, à Alicante) et de se matérialiser par la délivrance d'un titre officiel de propriété valable pour une durée limitée (vingt ans pour un brevet, dix ans pour une marque, et vingt-cinq pour un dessin ou un modèle) et sur un certain territoire.

19

Ces droits exclusifs d'exploitation que confèrent les titres de propriété industrielle s'imposent également aux activités exercées sur l'Internet. C'est ainsi que différentes décisions judiciaires ont logiquement considéré que

l'usage par un tiers de la marque d'une entreprise pour faire sur l'Internet la promotion de produits identiques ou similaires constitue bien une contrefaçon de marque. De même la reproduction et la diffusion sur le Web d'une forme protégée à titre de dessin ou modèle est également une contrefaçon de modèle. Enfin, comme nous verrons dans le chapitre suivant, l'éventuelle utilisation sur le Net d'une innovation technologique brevetée peut constituer de la même façon une contrefaçon de brevet.

20

Les raisons de principe qui imposent que les droits de propriété industrielle soient protégés sur l'Internet sont les mêmes que celles qui justifient le respect des droits d'auteur sur les réseaux. Ces droits de propriété industrielle sont, tout autant que les droits d'auteur, des objets juridiques immatériels dont l'exclusivité doit être assurée à leur titulaire quel que soit le contexte dans lequel ils s'exercent. Comme ils protègent particulièrement les usages commerciaux et industriels, il est logique qu'ils s'appliquent particulièrement dans le nouveau contexte du commerce électronique. L'image même des « galeries marchandes virtuelles » permet de le comprendre : puisque une marque a vocation d'assurer à son propriétaire l'usage exclusif d'un signe et de son évocation dans l'esprit du consommateur, ce monopole d'image et de communication doit également jouer lorsque le même consommateur se promène, via son ordinateur, entre les rayons virtuels d'une boutique électronique sur lesquels sont exposés les produits qu'il a vocation à acheter.

Pour autant, nous le verrons, l'application des droits de propriété industrielle sur l'Internet peut se révéler parfois plus complexe à assurer que celle des droits d'auteur. En effet, l'une des forces actuelles du régime

des droits d'auteur est qu'il est presque universel. Même si des nuances existent entre certains droits nationaux concernant la propriété littéraire et artistique, en particulier entre le droit anglo-saxon du *copyright*\* et le droit d'auteur continental, des conventions internationales (en particulier celles de Berne en 1886 et de Genève en 1952) font qu'un droit d'auteur portant sur une création effectuée dans un pays donné est presque automatiquement protégé dans les autres pays du monde.

À l'inverse, l'effet des droits de propriété industrielle reste strictement territorial (que le territoire couvre un seul État, ou parfois plusieurs, comme c'est le cas pour le brevet européen ou pour la marque communautaire). L'usage d'une marque, d'un modèle ou d'un brevet protégé uniquement en France sera une contrefaçon dans ce pays et non au Japon ou aux Pays-Bas. Mais ce cloisonnement territorial, supportable lorsqu'il s'agit d'un commerce physique, ne l'est plus sur un média comme l'Internet, accessible mondialement et ne respectant aucune frontière. Dès lors, des conflits délicats peuvent apparaître. Nous en verrons un exemple frappant en matière de noms de domaines\*. Mais le fait que l'application de certaines règles de propriété intellectuelle sur l'Internet puisse poser des difficultés concrètes ne doit pas nous troubler. Il est normal que tout contexte technologique nouveau soulève des questions nouvelles et impose au droit quelques adaptations ; nous évoquerons plus loin certaines réponses que les spécialistes du droit de la propriété intellectuelle expérimentent actuellement. Tout cela ne remet pas en cause le principe général selon lequel la propriété intellectuelle s'applique sur l'Internet comme ailleurs. Par conséquent,

les internautes doivent en tenir compte lorsqu'ils utilisent les réseaux et les moyens du commerce électronique.

## **L'exploitation des œuvres sur l'Internet**

22

On peut considérer que la diffusion d'un contenu sur l'Internet met en relation trois types d'intervenant : un créateur, un diffuseur (qui met l'œuvre en ligne) et un ou plusieurs internautes auxquels le contenu est accessible. Dans certains cas, le diffuseur et le créateur peuvent être une seule et même personne, mais ce n'est généralement pas le cas lorsque la diffusion est effectuée dans un environnement commercial où le diffuseur est souvent un professionnel (portail, site thématique, galerie marchande...). De même, la diffusion auprès des internautes peut être plus ou moins large : d'une communication purement bilatérale (*e-mail* par exemple) jusqu'à l'accès au grand public (sur un site Web) en passant par des formes de diffusion sélectives (abonnés d'un site à accès restreint, Intranet, Extranet\*). Mais quelles que soient les configurations possibles, les règles à respecter sont presque identiques.

### **Les droits et les devoirs du créateur**

À l'origine du contenu protégé par la propriété intellectuelle, il y a un ou plusieurs créateurs originaux. Lorsqu'il s'agit d'une œuvre couverte par le droit d'auteur, ce créateur est généralement une personne physique (ou un groupe de personnes ayant coopéré) et rarement une entreprise. En effet, seuls les droits d'exploitation sur deux

catégories particulières d'œuvres peuvent appartenir dès l'origine à des entreprises : les logiciels, lorsqu'ils ont été réalisés par les salariés d'une entreprise et sur les instructions de celle-ci, et ce que l'on appelle les « œuvres collectives », qui sont des œuvres particulières réalisées par une équipe de contributeurs sous une maîtrise d'œuvre commune et dans lesquelles les contributions individuelles se fondent de manière indistincte. Parmi les exemples de telles œuvres, on cite généralement les encyclopédies et les journaux, encore que cette qualification – nous le verrons – puisse poser problème dans le contexte du Net. Lorsqu'il s'agit d'un droit de propriété industrielle, en revanche, le titulaire originaire des droits peut être aussi bien une entreprise qu'un ou plusieurs individus.

Quel qu'il soit, ce titulaire originel des droits intellectuels a plusieurs possibilités pour exploiter ses droits sur l'Internet. Il peut, en premier lieu, diffuser lui-même sa création et intervenir alors comme son propre diffuseur. Il en va ainsi, en particulier, des internautes qui mettent en ligne leurs créations via des pages personnelles. Mais, le plus souvent, la diffusion professionnelle d'un contenu fait appel à des intermédiaires spécialisés. Ceux-ci doivent alors passer avec le créateur un contrat de cession de droits, plus ou moins large suivant l'étendue territoriale, la durée ou la nature des supports en question. Mais, quelle que soit la situation, le titulaire originel des droits doit toujours s'assurer de plusieurs préalables :

*La preuve de l'existence de son droit.* Cette preuve ne pose jamais de réelles difficultés lorsqu'il s'agit d'un droit de propriété industrielle, puisque celui-ci a nécessité un dépôt officiel et se matérialise par un document administratif.

Il en va autrement du droit d'auteur, puisqu'il naît sans formalités particulières et que le créateur est parfois seul capable d'attester de sa paternité et de la date de sa création. Aussi importe-t-il, et tout particulièrement, lorsqu'une diffusion sur l'Internet est envisagée, de prendre la précaution d'effectuer, de sa propre initiative et dans un simple but probatoire, le dépôt d'un exemplaire de la création (texte, image, son, logiciel, fichier...) auprès d'un tiers que sa profession ou son activité met à même de témoigner impartialement en cas de litige sur la paternité ou sur l'antériorité de cette création.

24

Pour simplifier, il existe traditionnellement deux types d'intervenants : d'une part (dans le cas français), les officiers ministériels (notaires, huissiers), qui ont notamment pour mission d'authentifier des actes ou des situations ; d'autre part, certains organismes (sociétés civiles ou associations) regroupant des auteurs en vue de la protection ou de l'exploitation collective de leurs droits et qui offrent la possibilité à leurs adhérents de prendre leurs œuvres en dépôt. Mais commencent à apparaître sur l'Internet des services de séquestre en ligne de créations numérisées. Ils proposent de transmettre en ligne ledit fichier afin que le site l'archive et qu'il retourne au déposant un certificat électronique attestant du dépôt. Il peut se substituer au dépôt physique auprès des organismes traditionnels précités, qui commencent eux-mêmes à proposer de telles services. Mais ces nouveaux services en ligne n'assurent eux aussi qu'une fonction probatoire, sans créer, en aucune façon, de nouveaux types de droits, comme certains le laissent indirectement entendre, et leur fiabilité doit être évaluée avec précaution.

*L'originalité ou la disponibilité du droit invoqué.* Toute création peut emprunter, volontairement ou non, à une œuvre ou à un droit antérieur. C'est la raison pour laquelle celui qui envisage de diffuser sur l'Internet un contenu doit s'assurer autant que possible qu'il n'existe aucune œuvre ou droit antérieur qui pourrait faire de lui un éventuel contrefacteur (et ce même de bonne foi). Les moyens de s'en assurer varient là aussi. Pour les droits de propriété industrielle, il existe des registres qui sont généralement nationaux et d'un usage relativement complexe. Mais ils sont le plus souvent informatisés et accessibles sous la forme de bases de données en ligne et les conseils en propriété industrielle effectuent et interprètent de telles recherches en matière de brevets, de marques ou de dessins et modèles. S'agissant des contenus relevant du droit d'auteur, la situation est plus délicate, puisqu'il n'existe pas de registre des œuvres et parce qu'il est de plus en plus aisé avec les moyens modernes de création (notamment les outils multimédias) de réaliser des créations composites à partir d'éléments de toutes origines. De par la numérisation et plus encore du fait de l'Internet, qui permet au créateur internaute de collecter de nombreux éléments numériques (dont il ignore souvent la provenance, comme nous le verrons plus loin), le risque existe qu'un contenu Web ou multimédia réalisé par un créateur puisse reprendre un élément déjà protégé antérieurement (une photo illustrant la page Web, un logo, un fond d'écran particulier, un module logiciel exécutable, ou encore quelques notes de musique). Dans l'attente de futures bases de données d'œuvres numériques (auxquelles réfléchissent justement les associations d'auteurs), il convient donc que le créateur exerce son discernement

pour identifier tous les éléments qu'il intègre et leur provenance afin de se renseigner sur leur possible réutilisation, en obtenant, par exemple, une autorisation particulière du créateur originaire, ou en retrouvant une mention de celui-ci indiquant qu'il ne revendique aucun droit ou laisse toute liberté de réutilisation. Dans tous les cas où le créateur aura un doute, il faut qu'il s'abstienne de diffuser ladite création ou qu'il en retire tout élément suspect, pour éviter le risque d'être considéré comme contrefacteur et poursuivi à ce titre.

### Les obligations du diffuseur sur le Web

26 Le diffuseur est celui qui prend la responsabilité de mettre à la disposition du public un contenu. Ce rôle peut être joué non seulement par des fournisseurs de services, mais aussi par des entreprises réalisant leurs propres sites, voire par des personnes privées qui créent leurs pages personnelles. Et souvent le diffuseur fait aussi appel aux services d'un autre intervenant, l'hébergeur, qui assure le stockage des contenus et le raccordement à l'Internet. Il peut y avoir alors un certain partage de responsabilité, même si l'on voit bien que la plus importante incombe à celui qui introduit le contenu incriminé sur le site, l'hébergeur ne faisant qu'exécuter sa prestation technique sans avoir une réelle maîtrise des contenus diffusés. C'est ce qu'a confirmé la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 qui ne tient pas l'hébergeur pour responsable des contenus stockés, tant qu'il n'a pas reçu d'injonction judiciaire, et ne lui impose qu'une obligation préventive d'identification des diffuseurs.

La responsabilité juridique majeure repose donc bien sur celui qui décide de communiquer au public

un contenu, et qui s'engage tant vis-à-vis du titulaire des droits sur ce contenu que des internautes qui y auront accès par son intermédiaire. Vis-à-vis du détenteur des droits, il doit avant tout s'assurer que celui-ci l'autorise à effectuer les actes nécessaires à la diffusion sur l'Internet. Ces actes mettent en jeu deux types de droits pour lesquels l'accord de l'auteur ou de ses ayants droit doit être obtenu au préalable.

*Le droit de reproduction*, puisque toute diffusion est précédée par la fixation permanente, sous forme numérisée, du contenu à diffuser sur le disque dur d'un serveur. Cette opération peut avoir été préparée par une phase de numérisation du contenu à partir d'un support analogique (par exemple, un texte imprimé, une photo sur diapositive ou sur tirage papier...). Dans les deux cas, on considère que l'on se livre à une opération de reproduction, même si la numérisation peut, en plus, mettre en cause l'intégrité de l'œuvre et engage aussi de ce fait le droit moral de l'auteur. L'accord préalable du titulaire des droits sur le contenu est donc indispensable. Faute de quoi, le simple fait de constater, à l'occasion d'une saisie, par exemple, que le contenu a été stocké sur un serveur, sans même avoir été diffusé au public, permettra de poursuivre le diffuseur pour contrefaçon.

*Le droit de représentation*, puisque celui-ci est impliqué par toute diffusion en ligne. Les spécialistes et la jurisprudence considèrent qu'en permettant à des tiers de visualiser, à la demande, le contenu stocké sur son serveur, le diffuseur effectue une représentation de l'œuvre. Techniquement, cette visualisation sur l'écran de l'internaute s'accompagne aussi d'une copie temporaire dans

la mémoire de son ordinateur, mais c'est la représentation de l'œuvre qui prévaut juridiquement. Le diffuseur doit donc obtenir l'accord préalable du titulaire non seulement pour installer le contenu sur son serveur mais aussi pour le rendre accessible au public – c'est d'ailleurs le droit de « communication au public » via un réseau, qui a été consacré par l'article 8 du traité de l'OMPI de 1996 précité.

28 Le respect par le diffuseur de ces droits de reproduction et de représentation nécessite en conséquence qu'il passe avec leur titulaire un contrat l'autorisant explicitement à procéder à la diffusion. Ce contrat doit préciser les conditions dans lesquelles la diffusion aura lieu (type de site ou de services, nature du public, modalités de la numérisation...) et les droits que le diffuseur pourra lui-même concéder aux internautes qui accéderont au contenu diffusé. En général, cette autorisation de diffusion et de mise en ligne ne peut pas être déduite implicitement de contrats préexistants. À moins de comporter à l'avance une clause spécifique, un contrat d'édition sur support papier ne donne aucun droit à l'éditeur de diffuser la même œuvre sous forme électronique, et ce, nous allons le voir, même en cas d'œuvre collective comme un journal.

De la même façon, le diffuseur a l'obligation de contracter avec un titulaire de droits de propriété industrielle. Si le diffuseur envisage de reproduire sur son site ou sur un document accessible en ligne une marque ou un modèle protégé, il doit (sauf les rares cas particuliers prévus par le Code de la propriété intellectuelle) obtenir l'autorisation préalable du titulaire, sous la forme d'un contrat de licence\* (gratuite ou rémunérée).

## Les limites de l'utilisation d'un contenu par l'internaute

Toutes ces relations préalables entre le diffuseur et le titulaire des droits ne sont pas connues de l'internaute, qui n'a aucune relation personnelle directe avec le titulaire des droits. Tout au plus en établit-il une avec le diffuseur qui lui donne accès au contenu. Cette relation est parfois contractualisée, notamment lorsque la diffusion est réservée à un public restreint, composé par exemple des abonnés d'un service de communication en ligne ou des membres d'une communauté fermée à l'intérieur de laquelle le contenu va circuler (sur un Intranet, par exemple). Dans ce type de situation l'internaute est connu du diffuseur et ils ont contracté (même sous la simple forme de l'établissement d'un formulaire électronique dont les conditions ont été acceptées par l'internaute) des obligations réciproques. Mais lorsqu'il s'agit d'un contenu en libre accès sur le Web, la relation est encore plus sommaire : le diffuseur ne connaît pas l'internaute et ce dernier ne prend aucun engagement explicite vis-à-vis du diffuseur.

29

Cela veut-il dire que l'internaute est libre, en particulier par rapport à l'auteur, de faire ce que bon lui semble des contenus auxquels il a accès ? Non, bien évidemment. En réalité, l'internaute se trouve placé dans la même situation que le lecteur d'un journal ou d'un livre. Ce dernier est libre de faire ce qu'il lui plaît de l'exemplaire physique qu'il a acquis, l'annoter, l'illustrer ou même le détruire, il peut prendre connaissance de son contenu intellectuel et en faire son profit personnel, mais il ne peut – sans autorisation spécifique – ni représenter l'œuvre ni même la reproduire à des fins de rediffusion extérieure. Tout au

plus, notre Code de la propriété intellectuelle, comme la plupart des lois relatives au droit d'auteur ou au *copyright*, permet-il « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille » et « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » (article L 122-5 CPI). Mais cette tolérance reste une exception dont il ne faut pas dépasser les limites : ainsi n'est plus une copie à usage privé une copie destinée à être utilisée dans un environnement professionnel, et cette tolérance n'est pas applicable à toutes les formes de contenus accessibles sur l'Internet. Elle ne s'applique – en droit français – ni aux logiciels ni au contenu des bases de données.

30 Il est donc essentiel de comprendre que la mise en ligne d'un contenu (sur un site Web, par exemple) n'équivaut aucunement à une renonciation de l'auteur à ses droits. Ce n'est pas parce que l'auteur accepte la communication ouverte de son œuvre, comme lorsque quelqu'un publie un article ou le diffuse à la radio ou à la télévision, qu'il renonce à en contrôler la reproduction et la commercialisation. Au contraire, dans de nombreux cas, l'auteur met en ligne tout ou partie d'une œuvre afin de susciter l'intérêt et de pouvoir ensuite négocier des contrats commerciaux. Il en va de même lorsque le contenu diffusé est couvert par un droit de propriété industrielle : ce n'est pas parce qu'une société communique sur le Web en utilisant sa marque et en reproduisant ouvertement certains de ses modèles qu'elle autorise quiconque à les reprendre et à les utiliser.

Sur l'Internet, comme dans les autres environnements de communication, il ne peut y avoir de renonciation à des droits intellectuels que volontaire et explicite, sous la

Les premières décisions ont été rendues aux États-Unis en 1995, avec notamment un jugement dans une affaire Disney concernant la reproduction sans autorisation d'une publication électronique sur un Intranet. En France, le jugement déjà mentionné d'août 1996 fut suivi par plusieurs autres concernant toujours la diffusion sans autorisation d'œuvres littéraires, en particulier des poèmes de Queneau, en 1997. Mais fut également reconnue comme contrefaisante la reproduction d'un logiciel (affaire Ordinateur Express, 1997), d'une base de données sur cédérom (affaire Edirom, 1998) ou même d'un site Web (affaire Cybion, 1998). Très tôt également, une décision donna raison à un titulaire de marque qui attaquait un diffuseur reproduisant sa marque sur un site (affaire Relais et Châteaux, 1996). Et de nombreuses décisions réprimant la contrefaçon de marque sur le Web sont ensuite intervenues pour réprimer l'usage de la marque comme nom de domaine (affaires Atlantel, 1996 ; Saint-Tropez, 1997 et Alice, 1998, pour ne citer que les premières).

32

Ces différentes décisions ont fixé les principes essentiels applicables à la contrefaçon en ligne. Pour ce faire, les juges français et étrangers ont dû écarter quelques arguments invoqués par les contrevenants qui cherchaient à se protéger derrière les spécificités techniques de l'Internet. Dans la première affaire Brel-Sardou, les étudiants mis en cause contestaient notamment que leur page personnelle puisse être considérée comme un espace public et voulaient y voir un « domicile privé virtuel ». De même, ils relevaient que la diffusion vers le public n'était pas de leur fait, mais de celui des internautes qui, en se connectant sur leur page, décidaient d'en recopier les contenus, alors qu'eux-mêmes conservaient une attitude passive. Mais le

forme d'une mention accompagnant le contenu consulté. En l'absence d'une telle manifestation de volonté du titulaire des droits, l'internaute doit considérer qu'il ne possède qu'un « droit d'usage » privé dudit contenu. Cela lui interdit donc non seulement de le reproduire ou de le représenter à des fins professionnelles, mais même simplement de le rediffuser publiquement, fût-ce à titre gratuit ou informatif. C'est ainsi, notamment, que le premier jugement français sur les droits d'auteur en ligne (août 1996) a condamné des étudiants qui avaient reproduit sans autorisation sur leur page personnelle et à des fins purement culturelles le texte de chansons de Jacques Brel et de Michel Sardou. Le simple fait que la reproduction ou la représentation effectuée soit publique suffit à ce qu'elle ne relève plus du domaine privé. Dès lors, faute d'autorisation de l'auteur ou des personnes auxquelles il a cédé les droits de diffusion en ligne, toutes ces réutilisations sont considérées comme des contrefaçons et sanctionnées comme telles.

31

### La sanction de la contrefaçon en ligne

Puisque la propriété intellectuelle s'applique aux contenus de l'Internet comme aux autres contenus circulant dans le monde physique, il est logique que sa violation soit réprimée dans les mêmes conditions. Si les réseaux électroniques constituaient une sorte d'enclave échappant au contrôle des juges, ils auraient tôt fait de devenir une voie de contournement facile de toutes les lois. Pour dissuader d'éventuels fraudeurs de constituer des « paradis électroniques », les tribunaux ont commencé à sanctionner avec rigueur toutes les formes de contrefaçon de contenus en ligne.

juge ne se laissa pas convaincre et considéra qu'en permettant l'accès à des tiers sur leur site les étudiants favorisaient bien l'utilisation collective des œuvres reproduites, même sans effectuer eux-mêmes « aucun acte positif d'émission ».

Plus délicat semblait être le cas des journaux rediffusant sur le Web le contenu d'articles déjà publiés. Dès 1993 des journalistes américains avaient tenté d'obtenir la condamnation de certaines publications, mais en 1997 l'affaire Tasini s'était soldée par une décision de justice défavorable, au motif que leur contrat avec le journal donnait à celui-ci le droit de publier des versions révisées de leurs articles (révision à laquelle pouvait être assimilée la republication en ligne). En Europe, où les règles de droit d'auteur sont généralement plus favorables aux auteurs qu'aux États-Unis, les décisions successives ont été inverses. Certes, les publications concernées ont invoqué le caractère d'œuvre collective de leurs journaux et ont prétendu qu'étant directement investies des droits d'auteur elles pouvaient faire des articles l'usage qu'elles voulaient. Mais plusieurs jugements donnèrent raison aux journalistes, en Belgique (dans l'affaire Central Station, 1996) puis en France, où les représentants des journalistes ont pu s'appuyer sur certaines dispositions du Code du travail et de la convention collective de la presse pour démontrer que leurs employeurs ne pouvaient pas republier en ligne les articles sans accord préalable (et donc sans un complément de rémunération) de leurs auteurs (affaires *Dernières Nouvelles d'Alsace*, 1998 ; *Le Progrès* et *Le Figaro*, 1999).

Une autre situation propre à l'Internet peut aussi créer parfois des situations délicates dans lesquelles il est

difficile de distinguer l'usage licite de la contrefaçon. Il s'agit du recours très fréquent au lien hypertexte\* pour renvoyer à un contenu présent sur un autre site. En soi, cette pratique n'a rien de répréhensible et constitue même l'un des principaux avantages technologiques du Web. Pour beaucoup de juristes, elle s'inscrit d'ailleurs dans la logique du droit de citation, reconnu comme une exception classique au droit d'auteur et dispensant celui qui y recourt de requérir l'autorisation préalable de l'auteur de l'œuvre citée. Pour autant, la jurisprudence a parfois sanctionné comme contrefaisantes ou parasitaires certaines pratiques de l'hypertexte. Une décision britannique de 1996 a ainsi considéré que des liens reprenant le titre complet de certains articles de journaux auxquels ils renvoyaient constituaient la contrefaçon du droit d'auteur sur ces titres originaux (affaire *Shetland Times*). Aux États-Unis une autre affaire (*TotalNews*) a opposé des quotidiens à un site qui permettait la consultation dans une fenêtre – une *frame* – de leurs articles originaux et a conduit ce dernier à modifier son système et à trouver un accord en 1997 avec les journaux qui l'accusaient de contrefaçon et de parasitisme. Enfin, plus récemment, différents tribunaux en Europe (en France, en Belgique et aux Pays-Bas) ont considéré comme illicites des liens hypertextes renvoyant vers des sites diffusant des contenus contrefaits, notamment des fichiers musicaux MP3 pirates, ou des textes reproduits sans autorisation. Même si la jurisprudence et la doctrine nord-américaine semblent plus réticentes à sanctionner l'usage abusif des liens et à les considérer contrefaisants, on voit bien une fois encore que l'utilisation habile des particularités techniques de

l'Internet pour déguiser des actes délictueux n'empêche généralement pas les tribunaux de les sanctionner.

Si les tribunaux n'hésitent donc pas à considérer comme une contrefaçon les actes de diffusion ou de reproduction non autorisée de contenus protégés sur l'Internet, encore faut-il cependant que les titulaires des droits concernés soient en mesure d'apporter en justice les preuves des actes de contrefaçon dont ils veulent obtenir réparation. Or cela n'est pas toujours facile.

D'une part, la preuve matérielle de la contrefaçon doit pouvoir être apportée d'une manière qui ne permette pas le doute. Or, par nature, les transmissions d'informations sur l'Internet sont fugaces et facilement malléables (on peut facilement modifier le contenu d'une page Web). Dès lors, un simple témoignage ou une simple impression sur papier ne suffit pas. D'autre part, il est souvent difficile d'identifier avec certitude l'auteur réel de la contrefaçon ou de le poursuivre efficacement, surtout lorsqu'il est à l'étranger. C'est pourquoi, à l'origine, les actions se sont souvent orientées vers la mise en cause systématique des intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès\*, hébergeurs...) par le biais desquels la contrefaçon avait été rendue accessible. Mais la simple équité et l'orientation actuelle de la jurisprudence et des nouvelles législations, comme la récente directive communautaire sur le commerce électronique et la loi française du 1<sup>er</sup> août 2000, paraissent devoir renoncer à cette voie de facilité et obliger à rechercher les réels responsables des contrefaçons en ligne.

On peut donc considérer que si le principe du respect de la propriété intellectuelle des contenus en ligne est

aujourd'hui consacré, l'application concrète de toutes ses dispositions va nécessiter des évolutions techniques et juridiques importantes. Mais ces difficultés naturelles d'application du droit de la propriété intellectuelle à l'Internet ne peuvent pas être abordées indépendamment de celles que soulève la protection juridique des outils techniques mêmes que les réseaux électroniques mettent en œuvre.