

Internet

Concilier les intérêts des auteurs et des utilisateurs*

On a pu constater qu'aujourd'hui certains utilisateurs du Web revendiquent, paradoxalement, à la fois la plus grande liberté d'utilisation des informations qui sont disponibles sur l'Internet, et en même temps la protection de leurs propres oeuvres sur ce réseau et la perception d'une juste rémunération d'auteur.

A première vue, il paraît difficile de concilier ces intérêts apparemment contradictoires. On peut traiter la question posée en trois parties :

Tout d'abord il convient d'examiner ce que le grand public considère être la "liberté absolue" qui règne sur le Web.

Ensuite, il est intéressant de rappeler les limites plus ou moins étendues du monopole que confère le droit d'auteur, ainsi que ses exceptions. On verra que ces limites et exceptions déterminent l'espace de liberté dont peuvent jouir les internautes.

Enfin, seront exposées quelques réflexions sur un principe de droit, venu du droit allemand du début du siècle, et qui pourrait donner une clé pour concilier la conception d'une "liberté absolue" sur l'Internet et la revendication d'une protection efficace des oeuvres de l'esprit.

La liberté de fait sur l'Internet

Comment s'expliquer la liberté d'accès, d'utilisation et d'échange, et l'absence de contrôle central, qu'on rencontre actuellement sur l'Internet ?

L'interconnexion de multiples réseaux dans le monde qui forment l'Internet a été conçue pour permettre la circulation d'informations, même si une partie de ce réseau mondial était temporairement inopérante, voire détruite. Ceci provient de la vocation initiale du réseau, qui était militaire (1). Il en résulte que le flux d'informations sur ce "réseau des réseaux" échappe à tout contrôle central ou emprise directe.

C'étaient initialement essentiellement les universités et les

scientifiques qui utilisaient ce moyen de communication électronique pour échanger leurs travaux de recherches. L'Internet était exclusivement régi par le principe de "l'échange", le principe du "donnant-donnant" (2).

L'Internet n'est d'ailleurs pas le seul réseau qui fonctionne selon ce principe. Dans le domaine de la météorologie, on peut citer des exemples de réseaux mondiaux, comme le "Réseau fixe des télécommunications aéronautiques" (RSFTA) et le "Système mondial de télécommunications" (SMT). Depuis longtemps, les services nationaux de météorologie échangent "gratuitement" leurs informations météorologiques sur ces

réseaux, chacun des services y trouvant son compte car la prévision météorologique dans un pays se base sur une large mesure sur l'évolution des conditions météorologiques des territoires voisins.

A la différence de ces réseaux spécifiques, l'Internet, grâce au protocole convivial du "World Wide Web", a été découvert par un public plus large (3). Il faut bien dire que ce public "profite" actuellement des infrastructures mises en place par des services institutionnels ou étatiques qui, pour l'instant, continuent à les fournir (4).

Mais l'arrivée du commerce électronique (5) sans frontières sur l'Internet (6) est en train de modifier sensiblement l'équilibre du principe traditionnel de "l'échange", pour le remplacer

par la "loi du marché".

La phase transitoire que nous vivons actuellement explique les propos couramment entendus au sujet d'un "vide juridique" sur l'Internet, "d'un état de non-droit dangereux ... pour la protection de la propriété intellectuelle" (7) ou d'une "anarchie", "sans foi, ni loi". De même, on voit des auteurs réclamer la valorisation et la protection de leurs oeuvres sur l'Internet, ce qui ne les empêche pas dans le même temps de revendiquer le maintien de la plus grande liberté sur ce réseau mondial (8).

Dans ce contexte de liberté illimitée (9), comment le droit d'auteur, intervient-il ? Pose-t-il des limites à cette "liberté d'utilisation" ? (10) Quelle liberté reste-t-il ?



Martin HAUSER

Les limites et les exceptions aux droits de reproduction et de représentation

Autrement dit, quelles sont les exceptions aux activités couvertes par le monopole du droit d'auteur, dont peut bénéficier librement un utilisateur de l'Internet ? (11) La jurisprudence a récemment eu l'occasion de rappeler que les principes du droit d'auteur sont bien applicables à l'Internet (12). On sait que les limites et les exceptions au monopole du droit d'auteur dépendent de la nature juridique de chaque oeuvre et qu'elles varieront selon l'oeuvre que l'internaute souhaite utiliser.

En ce qui concerne d'abord les simples textes, on peut soutenir que l'utilisateur a le droit de télécharger un texte sur le disque dur de son ordinateur, pour son usage personnel, puisque le droit d'auteur autorise la "copie privée" (13) d'une oeuvre littéraire. Il en est de même du téléchargement de séquences de films ou d'oeuvres audiovisuelles, à condition toutefois que l'usage fait par l'internaute soit de nature purement privée et ne s'adresse pas à une collectivité ou un public potentiel.

En revanche, lorsque l'oeuvre en question est une véritable "oeuvre multimédia" (14), éventuellement interactive, qui incorpore différentes oeuvres préexistantes ou créées pour l'occasion, se pose alors la question de sa nature juridique. Ces oeuvres, sont-elles protégées en tant que compilations ou en tant qu'oeuvres audiovisuelles, ou encore doit-on les qualifier d'oeuvres logicielles (15), voire de bases de données (16) ? Un "cumul" des différents régimes a même été proposé par certains auteurs (17).

Une partie de la doctrine tend à classer les oeuvres multimédia parmi les oeuvres logicielles (18) en raison de leur caractère numérique, et du fait que c'est bien un logiciel qui les anime (19).

Pour ce qui nous intéresse ici, la conséquence d'une telle qualification serait qu'une "copie privée" des oeuvres multimédia ne serait pas autorisée, sauf s'il s'agit d'une simple "copie de sauvegarde", ce qui ne correspond pas à la pratique des utilisateurs de l'Internet. Cette interdiction de la copie privée vaudrait également pour les programmes d'ordinateur que l'utilisateur télécharge sur son ordinateur (20), sauf pour le cas où le logiciel serait désigné comme étant "freeware" ou "shareware". Une telle indication expresse pourrait alors être interprétée comme une licence.

Mais les choses se compliquent lorsque l'internaute intègre certaines oeuvres disponibles sur le Web dans son site, sur sa "home page", ou établit des liens de renvoi sur d'autres sites par le lien hypertexte qu'offre le protocole du World Wide Web.

Sur l'Internet, l'utilisateur peut en effet être à la fois "consommateur" et "créateur" (21) d'oeuvres. Dans ces cas, il lui est difficile de prétendre que ces activités de reproduction et d'adaptation sont en dehors du champ du droit d'auteur (22). L'installation d'une telle "home page" sur un site Web,

qui par définition est accessible au public, constitue bien un acte d'émission et relève du droit de représentation (23).

Pour venir au secours des "utilisateurs-contrefacteurs", on pourrait bien entendu faire appel à des licences tacites, notamment dans le cas où une oeuvre est désignée comme étant libre de droit ("free of rights"). L'inconvénient est cependant qu'il appartiendrait à l'utilisateur, en cas de litige, d'apporter la preuve de l'étendue d'une telle licence tacite (24). Cela pourrait s'avérer lourd de conséquences pour un utilisateur de l'Internet qui, souvent de bonne foi, n'a rien fait d'autre que de mettre en oeuvre certaines fonctionnalités techniques qu'offre ce réseau (25). Les autres exceptions légales (26), comme la "parodie", la "courte citation" (27) et celle de la "revue de presse" (28) semblent peu adaptées aux phénomènes rencontrés sur l'Internet (29).

Il faut donc bien parvenir à la constatation que la majeure partie des activités touchant aux oeuvres protégées que peuvent déployer les internautes sur le "réseau des réseaux", sont couvertes par le droit d'auteur et constituent donc des actes de contrefaçon, à moins que l'on puisse admettre que l'utilisateur puisse invoquer en sa faveur une licence tacite (30).

Actuellement, une grande liberté règne dans les faits sur le réseau mondial, et il semble difficile de faire sanctionner ce qu'il faut bien qualifier d'innombrables actes de contrefaçon commis dans le monde sur un réseau qui, par nature, échappe à tout contrôle central (31).

Le droit ne devrait-il pas tenir compte de cette réalité et s'y adapter (32) ? Il paraît nécessaire de remédier à cette insécurité juridique naissante, ne serait-ce que pour rassurer les utilisateurs sur l'étendue de la liberté dont ils jouissent sur le Web (33).

Le défi consiste bien, comme l'a dit un auteur, à "*permettre d'élaborer le cadre juridique capable d'assurer une juste rétribution des auteurs sans faire obstacle à la libre circulation des contenus qui a jusqu'à maintenant caractérisé ces lieux innovateurs*" (34).

En "retournant aux sources" du droit d'auteur, il semble que l'on puisse recourir à un principe de droit reconnu et qui s'avérerait tout à fait approprié en l'espèce: il s'agit du principe de "l'épuisement du droit".

Le concept de "l'épuisement du droit"

Le concept de "l'épuisement du droit" (35) a son origine en droit allemand, et on y recourt rarement en France, sauf dans le domaine particulier des échanges intercommunautaires (36). Ce concept a été élaboré par le Reichsgericht il y a exactement 90 ans, en 1906. La juridiction suprême de l'Allemagne de l'époque, a cherché à combiner les impératifs du droit des auteurs à ceux de la liberté du commerce (37). Il s'agit de "*résoudre le problème des limites adéquates (au droit de distribution), étant donné qu'un contrôle permanent s'exerçant pendant toute la durée de la protection sur toutes les formes de distribution d'exemplaires d'une oeuvre paraît de toute façon excessif*" (38).

La jurisprudence allemande explique ce principe général du droit de la propriété intellectuelle de la façon suivante : *"Le titulaire des droits d'auteur a, du fait de ses propres actes d'exploitation, pleinement bénéficié du droit d'exploitation exclusif que la loi lui a conféré, et qu'il a ainsi consommé, de telle sorte que certains nouveaux actes d'exploitation supplémentaires ne relèvent plus du monopole"* (39).

L'idée est qu'à l'occasion de la première mise en circulation d'un exemplaire de l'oeuvre, l'auteur a pleinement disposé de la faculté de se faire payer une juste rémunération, et le droit de distribution (40) a d'ores et déjà entièrement atteint son but.

D'après cette théorie, c'est la première mise dans le commerce d'un exemplaire d'un livre, par exemple, avec le consentement de l'auteur, qui rend l'exemplaire de ce livre "libre de droit". Il peut dès lors être utilisé et revendu en toute liberté et sécurité, et ce sans que l'auteur puisse intervenir à nouveau et exiger une nouvelle rémunération. On a pris l'habitude de dire que le droit de distribution s'est ainsi "épuisé". Par la suite, l'application de cette théorie a été étendue au marché unique de la Communauté européenne.

Le titulaire de droits d'auteur ne peut pas, en invoquant ses droits d'auteur nationaux, faire obstacle à la libre circulation d'un exemplaire de son oeuvre dans les pays de la Communauté européenne, dès lors qu'est intervenue, avec son consentement, une première mise dans le commerce. Pour que l'épuisement des droits intervienne, deux conditions doivent être réunies :

- le consentement de l'auteur ou de l'ayant droit,
- et une mise en circulation effective (41).

Par mise en circulation la jurisprudence entend tout acte d'aliénation qui fait perdre définitivement au vendeur le contrôle et la faculté de disposer de la chose. Ce qui signifie, par exemple, qu'en cas de vente sous "réserve de propriété" le vendeur n'est pas considéré comme ayant perdu définitivement ce contrôle. En revanche, lorsque le vendeur reconquiert un contrôle sur le bien par exemple du fait d'une résolution de la vente, son droit de distribution se verrait restauré (42).

Le parallèle avec la situation existant aujourd'hui sur l'Internet est frappant : en effet, dans l'Internet, dès qu'est intervenue l'injection d'une oeuvre numérisée, l'auteur perd tout contrôle sur la diffusion de celle-ci sur ce réseau (43).

Trois objections peuvent se présenter à l'application de la théorie de "l'épuisement du droit" à la circulation des oeuvres sur l'Internet :

La première est qu'il ne s'agit pas d'assurer sur l'Internet un quelconque libre transport de "marchandises", c'est-à-dire de biens corporels, mais de "paquets binaires", ce qu'on pourrait qualifier de biens purement incorporels.

La seconde objection est que la théorie de l'épuisement du droit ne concerne traditionnellement que le droit de distribution et, en France, uniquement certains attributs du droit de reproduction de chaque exemplaire de l'oeuvre. Il ne s'agit pas a priori du droit de représentation que détient l'auteur sur son oeuvre et dont il continue en principe à bénéficier.

La troisième objection concerne la preuve du consente-

ment de l'auteur ou du titulaire des droits d'auteur, qui semble à première vue plus difficile à apporter dans le cas d'oeuvres numérisées que dans le cas de supports matériels, tangibles.

Néanmoins, ces objections ne sont sans doute pas déterminantes, et peuvent être surmontées.

A la première objection, on peut répondre que ce n'est pas parce qu'un bien est dématérialisé qu'il ne peut pas être objet d'appropriation (44). Les droits de propriété intellectuelle en sont un exemple classique qui ne suscite aujourd'hui plus aucune contestation (45).

Le conflit d'intérêts, tel qu'il existe aujourd'hui sur les "autoroutes d'informations", est tout à fait comparable à celui que l'Allemagne d'abord, et la Communauté européenne ensuite, avaient à résoudre pour le transport transfrontalier de marchandises pour assurer la liberté du commerce sur le marché concerné.

La deuxième objection peut également être écartée : la doctrine a souligné que la distinction classique entre "reproduction" et "représentation" est difficile à maintenir pour les oeuvres numériques qui sont mises à disposition ou diffusées sur l'Internet. Si l'installation d'une oeuvre sur un serveur du Web constitue un acte de reproduction, ce même acte d'installation revêt également les caractéristiques d'un acte de représentation puisqu'il s'adresse à un public potentiel. On a pu remarquer, que ces deux droits patrimoniaux "se recoupent" dans le monde électronique des réseaux (46).

En raison de la spécificité de la technique numérique, rien ne semble s'opposer à l'application de la théorie d'un épuisement (47), et du droit de reproduction, et du droit de représentation, dès l'instant où l'oeuvre est injectée, dans le réseau Internet, avec le consentement de son auteur.

La troisième objection n'emporte pas non plus la conviction : si le support matériel est susceptible de fournir une indication sur l'existence du consentement de l'auteur à la première mise dans le commerce de cet exemplaire de son oeuvre, il peut en être de même pour ce qui est des oeuvres numérisées.

En effet, des systèmes de codifications sont en cours d'élaboration et sur le plan technique des systèmes de marquages, comme le "filigrane digital" ("digital watermarking") (48), ont été développés, qui permettent de fournir des informations similaires à un support matériel.

L'application de la théorie de l'épuisement du droit à l'Internet présenterait l'avantage de la sécurité juridique. Il pourrait être mis en oeuvre de la manière suivante : au plus tard au moment où l'auteur injecte ou fait injecter, avec son accord, une oeuvre relevant du droit d'auteur, dans le réseau Internet, il doit veiller à sa juste rémunération en tenant compte de l'intégralité des utilisations possibles sur le réseau (49).

Naturellement, l'effet de l'épuisement ne s'étend pas à tout acte d'exploitation auquel un utilisateur du Web pourrait se livrer ultérieurement, notamment une fois qu'il aura "isolé" l'oeuvre du réseau, en l'imprimant ou en l'enregistrant sur un support matériel. L'épuisement ne comprendrait que les utilisations possibles sur le réseau même (50).

Dans la mesure où le réseau est à la fois un moyen de télécommunication de point à point, mais aussi d'émission audiovisuelle, le principe de l'épuisement du droit ne ferait pas non plus obstacle à ce qu'un auteur accorde des licences à un utilisateur ou à un cercle d'utilisateurs bien déterminés.

Dans un tel cas, il appartiendrait au licencié de faire le nécessaire, afin que sa concession de licence puisse être nettement distinguée d'une activité de diffusion qui pourrait être considérée comme libre de droits sur le réseau.

Le "retour aux sources" du droit d'auteur permet de redécouvrir le principe de "l'épuisement du droit", qui avait été précisément conçu au début de ce siècle pour concilier les intérêts des auteurs, d'une part, et le principe de la libre circulation des biens, d'autre part.

Ce parallèle aujourd'hui constaté sur l'Internet invite à approfondir et à poursuivre les réflexions qui ont précédé.

Martin HAUSER

Avocat aux barreaux de Paris et Munich

(*) *Intervention à la table ronde "Protection des créations sur l'Internet" dans le cadre du Forum 14 de l'APP "Retour aux sources", le 3 octobre 1996.*

(1) Arnaud Dufour, *Que sais-je ? Internet*, 1995, p. 25 et svv

(2) Arnaud Dufour, *op. cit.*, p. 10, 11 : "Aussi étrange que cela puisse paraître (par rapport au Minitel), l'Internet n'est pas facturé en fonction de l'utilisation réelle des ressources... Le système repose sur un échange dans lequel chaque partie met à disposition des ressources et peut en contrepartie utiliser celles des autres. Ce principe... est lié aux origines d'Internet et sera probablement modifié dans les années à venir."

(3) Marie-Pierre Subtil, *Internet et ses services commencent à séduire le grand public*, *Le Monde* 13.06.1995

(4) Arnaud Dufour, *op. cit.*, p. 11 : "De nombreux sites sont financés ou subventionnés par les Etats, notamment la majorité des sites universitaires. Le gouvernement américain a cessé de financer le NSFnet... Ce désengagement des Etats va de pair avec la commercialisation d'Internet".

(5) Arnaud Dufour, *op. cit.*, p. 39 : "La commercialisation du réseau fait naître de nouveaux besoins qui pèsent sur l'évolution d'Internet (par exemple : facturation, sécurité, protection du droit d'auteur, etc.)".

(6) Cf. Dossier Commerce électronique, *Les Echos* 18.09.1996, p. 47-50 ; Michel Alberganti, *La France lance un porte-monnaie électronique sur Internet*, *Le Monde* 26.09.1996

(7) Alain Baillart, *Internet et les flux transfrontières de données*, *Les Petites Affiches* 22.05.1996 : "La mondialisation de communication, la multiplication des émetteurs et des récepteurs entraînent un état de non-droit dangereux pour la protection des données personnelles et tout autant pour la propriété intellectuelle"; voir Jérôme Huet, *Le commerce électronique*, dossier *Internet*, *Gaz. Pal.* 11./12.09.1996, p. 60.

(8) Voir Daniel Poulin, *Un point de vue nord-américain sur Internet et ses enjeux*, dossier *Internet*, *Gaz. Pal.* 11./12.09.1996, p. 26 : "Comment assurer la rémunération des auteurs dans le monde d'Internet où les utilisateurs ont pris l'habitude d'accéder gratuitement aux services disponibles ?"

(9) Vivant/Rapp, *Lamy, Droit de l'informatique*, 1996, n° 1938, 2044

(10) Expertises 1996, 167 : *Internet - États-Unis - Les premiers procès en contrefaçon* : "Malgré l'air de liberté qui souffle sur Internet, la reproduction et la diffusion sans droit d'oeuvres protégées n'y sont pas moins interdites".

(11) Article L 122-3 du code de la propriété intellectuelle : "La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous pro-

cedés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte".

Article L 122-3 du code de la propriété intellectuelle : "La représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque, et notamment : 1° par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'oeuvre télédiffusée ; 2° par télédiffusion. La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

Est assimilée à une représentation l'émission d'une oeuvre vers un satellite".

(12) Ordonnance de référé du TGI Paris du 14.08.1996, *Expertise* 1996, p. 315 ; cf. Marie-Hélène Tonnellier, Stéphane Lemarchand, *Droit d'auteur et Internet : la première décision*, *Les Echos*, 25.09.1996, p. 53.

(13) Article L 122-5 du code de la propriété intellectuelle : "Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

1° les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;

2° les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L 122-6-1" ;

(14) Cf. les définitions du multimédia proposées, Frédérique Olivier, Eric Barbry, *Le multimédia à l'épreuve du droit français*, *JCP éd. E* 1995 I 502, dont : "Association sur un support unique d'au moins deux modes de communication numérisés, dont la structure technique, par voie informatique, permet à l'utilisateur l'accès et l'interaction avec le produit qu'il utilise".

(15) Contrairement aux autres oeuvres, dans le cas d'une oeuvre logicielle, l'exception de la "copie privée" est supprimée ; de plus le droit moral du créateur se trouve réduit au seul droit à la paternité, Martin Hauser, chapitre 4 : France, dans Ullrich, Körner, *Der internationale Softwarevertrag*, 1995, n° 360.

(16) Stéphane Lemarchand, *Aspects juridiques du multimédia*, *Expertises* 1994, 308 ; Olivier Hance, *Business et droit d'Internet*, 1996, p. 78 : pour la protection des pages Web comme base de données.

(17) Frédérique Olivier, Eric Barbry, *op. cit.*, *JCP éd. E* 1995 I 502 : "Nous sommes donc ici à la frontière de plusieurs mondes. L'oeuvre multimédia semble devoir être reconnue comme une oeuvre hybride, à la fois oeuvre audiovisuelle, logicielle, base de données, ..." ; Jane C. Ginsburg, Pierre Sirinelli, *Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une oeuvre multimédia, analyse des droits français et américain*, *JCP* 1996 I 3904, n° 4.

(18) Pour : cf. Stéphane Lemarchand, *Conférence internationale à Tokyo*, *Expertises* 1994, p. 19 ; Frank A. Koch, *Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia-Anwendungen*, *Grur* 1995, 462 ; contre : Frédérique Olivier, Eric Barbry, *op. cit.*, *JCP éd. E* 1995 I 502 ; Alain Bensoussan, *Le multimédia et le droit*, 1996, n° 14333.

(19) Frédérique Olivier, Eric Barbry, *op. cit.*, *JCP éd. E* 1995 I 502 : "Le logiciel ne joue en effet au sein du produit multimédia que le rôle, certes essentiel, de trait d'union entre les différents éléments de création sur lesquels l'utilisateur veut interagir. Il n'est que le moyen de lecture, le langage d'accès à l'oeuvre multimédia".

(20) Nancy E. Muenchinger, *Le droit français du multimédia et des télécommunications*, *Gaz. Pal.* 3./4.04.1996, p. 19.

(21) Frédérique Olivier, Eric Barbry, *op. cit.*, *JCP éd. E* 1995 I 502, n° 18 : "L'interactivité de l'oeuvre multimédia permet à l'utilisateur, au-delà de la simple navigation dans le produit, d'y interagir et en manipulant les données, pour devenir à son tour auteur... L'utilisateur n'est alors l'auteur que d'une nouvelle oeuvre composite".

(22) Sylvie Rozenfeld, *La France en retard pour la diffusion du droit sur le réseau*, *Expertises* 1996, 131 : "Le professeur Xavier Linant de Bellefonds estime que la page Web repose sur la récupération du travail

d'autrui et 90 % des créateurs de pages Web font de la copie. Le droit de citation est toujours violé"; Xavier Linant de Bellefonds, *Internet et le statut de l'information : quelles règles du jeu ?*, dossier Internet, *Gaz. Pal.* 11./12.09.1996, p. 64, 65

(23) Cf. Carl-Eugen Eberle, *Medien und Medienrecht im Umbruch*, *Grur* 1995, 798; Frédérique Olivier, Eric Barbry, *Des réseaux aux autoroutes de l'information : Révolution technique ? Révolution juridique ?*, *JCP* 1996 I 3928, n° 14, 15 : "Une lecture élémentaire de (l'article L 122-2 du code de la propriété intellectuelle) nous permet de balayer immédiatement l'argument de la passivité dans l'acte de représentation de celui qui a reproduit pour nier l'existence d'une communication à un public"; Marie-Hélène Tonnellier, Stéphane Lemarchand, *op. cit.*, p. 53 : le tribunal a écarté l'exception de copie privée invoquée par le défendeur qui a "développé la théorie "originale" du domicile privé virtuel. Selon sa théorie, une page Web est assimilée à un espace privé et un accès à celle-ci consiste en une violation de ce domicile"; en revanche, certains auteurs continuent à penser que si cette "mise à disposition" implique bien une "reproduction" de l'oeuvre, elle ne constitue pas pour autant une diffusion dans le sens d'une "représentation", Reinhold Kreile, Jürgen Becker, *Multimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten*, *Grur Int.* 1996, 689; André Bertrand, *Les autoroutes de l'information, Internet et le droit d'auteur*, *RDPI* septembre 1996, 16; dans son ordonnance du 14 août 1996, *Expertises* 1996, 315, le juge des référés ne s'est pas prononcé sur cette question, mais s'est borné à constater que "la théorie du domicile virtuel a certes le mérite de l'originalité, mais ... qu'elle doit nécessairement faire l'objet d'un débat de fond".

(24) Frédérique Olivier, Eric Barbry, *op. cit.*, *JCP éd. E* 1995 I 502, n°16 : "...conditions d'exploitation d'une oeuvre multimédia sur un mode on line notamment par voie de téléchargement... les orientations contractuelles, à l'étude, semblent privilégier la nécessité absolue pour tout utilisateur de respecter les droits de propriété intellectuelle des oeuvres qu'il pourrait télécharger comme des informations qu'ils seraient amenés à diffuser sur ces réseaux. A l'utilisateur d'endosser à ce titre sa seule et unique responsabilité au regard des attributs moraux et patrimoniaux du droit d'auteur"; Xavier Linant de Bellefonds, *op. cit.*, *Gaz. Pal.* 11./12.09.1996, p. 66 : "En l'état actuel on est obligé de considérer que se mettre sur le Net est une sorte d'acceptation implicite de chaînage mutuel. Cette présomption est techniquement obligatoire..."; Olivier Itéanu, *Internet et le droit*, 1996, p. 110 : "La notion d'oeuvres dites libres de droits peut être trompeuse. Elle ne signifie pas qu'il n'existe aucun droit portant sur ces oeuvres. Bien au contraire, l'utilisateur doit être informé que ces oeuvres sont protégées au même titre que n'importe quelle autre oeuvre de l'esprit. Il semble seulement, en pratique, que dans de nombreux cas, l'auteur ait entendu mettre à disposition gracieuse sa création. Cependant cette autorisation est tout à fait révoquable à tout moment et, en tout état de cause, elle serait strictement limitée à un type d'exploitation elle-même non commerciale"; Olivier Hance, *Business et droit d'Internet*, 1996, p. 87.

(25) Alain Bensoussan, *Internet - aspects juridiques*, 1996, p. 34 : "Le fournisseur d'accès rappelle à l'utilisateur qu'il lui appartient non seulement de veiller à ne pas commettre d'agissements de contrefaçon, mais encore prévoit que l'abonné garantisse le prestataire en cas d'action d'un tiers, victime d'une contrefaçon".

(26) Article L 122-5 du code de la propriété intellectuelle : "Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

3° sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : a) les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées ; b) les revues de presse ; c) ...

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

(27) Jane C. Ginsburg, Pierre Sirinelli, *op. cit.*, *JCP* 1996 I 3904, n° 10 : "La citation est libre afin que puisse s'épanouir le débat d'idées. L'extrait servira de base à un raisonnement nouveau, soit au secours de l'oeuvre citante, pour lui conférer une certaine autorité, soit, au

contraire, pour faire lui-même l'objet d'un examen critique".

(28) Jane C. Ginsburg, Pierre Sirinelli, *op. cit.*, *JCP* 1996 I 3904, n° 10 : "La voie de l'exception ... des revues de presse semble difficile à emprunter en raison de l'absence de réciprocité".

(29) Jane C. Ginsburg, Pierre Sirinelli, *op. cit.*, *JCP* 1996 I 3904, n° 10 : "L'application des exceptions françaises s'avère délicate sinon difficile".

(30) Stéphane Lemarchand, *Aspects juridiques du multimédia, Expertises* 1994, 262 et svs; Frédérique Olivier, Eric Barbry, *op. cit.*, *JCP éd. E* 1995 I 502 et *JCP* 1996 I 3928, n° 15; Alain Bensoussan, *Internet - aspects juridiques, op. cit.*, p. 34 : "Les utilisateurs peuvent porter atteinte aux droits des tiers et notamment, au droit des auteurs en produisant, modifiant, téléchargeant, rediffusant les oeuvres protégées par le code de la propriété intellectuelle (droit d'auteur, marque)"; Alain Bensoussan, *Le multimédia et le droit, op. cit.*, n° 21230; Olivier Hance, *op. cit.*, p. 91.

(31) Cf. Emmanuel Cauvin, *Le "cyberspace" du juriste, Expertises* 1994, 372.

(32) S.R., *Non à la création d'un droit nouveau, Expertises* 1994, 292 : Les rédacteurs du rapport Sirinelli "estiment que le droit d'auteur reste la protection adaptée aux oeuvres numérisées, même si quelques ajustements s'imposent".

(33) Olivier Hance, *op. cit.*, p. 90 : "Est-ce à dire que la plupart des utilisateurs d'Internet, qui n'ont que rarement des autorisations explicites de télécharger tel ou tel fichier, sont passibles de sanctions ? Nous ne le pensons pas car les utilisateurs pourraient être exonérés de leur responsabilité (sic !) par l'application de certains mécanismes du droit commun des obligations, comme la bonne foi, les expectatives légitimes ou la renonciation implicite à un droit".

(34) Daniel Poulin, *op. cit.*, *Gaz. Pal.* 11./12.09.1996, p. 26.

(35) Le besoin d'un moyen de régularisation est clairement ressenti par la doctrine en France, cf. André Bertrand, *op. cit.*, 16 : "En effet, il faut d'une manière générale donner aux auteurs le moyen légal de mettre leurs oeuvres irrévocablement dans le domaine public ...".

(36) Moritz Rottinger, *L'épuisement du droit d'auteur*, *Rida* 1993, n° 157, p. 51 et svs; Xavier Linant de Bellefonds, *Le droit communautaire et le produit multimédia, dans Afdit, Le multimédia face au droit*, 1995, p. 121 et svs. cf. article L 122-6 : "Sous réserve des dispositions de l'article L 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser :

3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les Etats membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire".

(37) L'article 17, alinéa 2 de la loi allemande sur le droit d'auteur est une illustration de ce principe général : "Si l'original ou des reproductions de l'oeuvre ont été mises en circulation par voie d'aliénation, avec le consentement du titulaire du droit de mise en circulation pour le territoire d'application de la présente loi, leur mise en circulation subséquente est licite", traduction Moritz Rottinger, *op. cit.*, p. 61.

(38) Moritz Rottinger, *op. cit.*, p. 58.

(39) Ulrich Loewenheim, dans Gerhard Loewenheim, *Urheberrecht*, 1987, § 17, n° 15.

(40) Claude Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde - approche de droit comparé*, 1990, p. 34 : "... dans les pays qui ne citent pas expressément (le droit de distribution), on doit, bien évidemment, considérer que le droit de distribution est couvert par l'exercice cumulé du droit de divulgation et du droit de reproduction"; en droit français le droit de destination "ne se limite pas à la fabrication des exemplaires, mais permet à l'auteur d'en contrôler l'usage et la circulation"; il permet au titulaire des droits "de contrôler non seulement les modalités de la commercialisation des exemplaires,

mais aussi, en aval, certains usages faits par les acquéreurs ou les détenteurs", A. Lucas, H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 1994, n° 261, 263.

(41) Ulrich Loewenheim, *op. cit.*, n° 17, 21 ; Moritz Rottinger, *op. cit.*, p. 58.

(42) Ulrich Loewenheim, *op. cit.*, n° 18, 19.

(43) Olivier Itéanu, *op. cit.*, p. 118 ; Olivier Hance, *op. cit.*, p. 73 : "... ses utilisateurs peuvent copier et diffuser internationalement une oeuvre en quelques secondes. Toute oeuvre, dans le réseau des réseaux, n'est plus qu'une suite de données numériques, aisément copiables, transformables et transférables".

(44) Alain Bensoussan, *Le multimédia et le droit*, *op. cit.*, n° 15310: "Les faits et les idées sont totalement immatériels et inappropriables en soi. L'information ne peut devenir un bien transmissible que lorsqu'elle est exprimée".

(45) Voir Géraldine Danjaume, *La responsabilité du fait de l'information*, JCP 1996 I 3895, n° 24 : "L'information est-elle une chose ?"

(46) Xavier Linant de Bellefonds, *Le droit communautaire et le produit multimédia*, *op. cit.*, p. 133, souligne "l'arbitraire de cette différenciation de traitement" dans le monde des biens dématérialisés.

(47) Toutefois, la Commission des communautés européennes, dans son Livre vert "Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information" du 19 juillet 1995, estime que "ce principe ne s'applique

pas, notamment pour les services qui seront distribués dans la Société de l'information" (p. 17). Par opposition à une oeuvre protégée "incorporée dans un support matériel", sur les autoroutes de l'information, l'oeuvre "relève d'une prestation de services", "qui en principe peuvent être répétées un nombre illimité de fois", ce qui conduit la Commission à constater que "la règle de l'épuisement ne peut pas s'appliquer" (p. 47). "A la différence du droit de distribution d'un support matériel, les différents droits qui s'attachent aux services transmis par voies électroniques, peuvent difficilement faire l'objet d'épuisement" (p. 48).

(48) Cf. "SysCoP" ("system for copyright protection") du Fraunhofer Institute for Computer Graphics à Darmstadt, sites de démonstration et d'expérimentation sur le Web : "http://sagittarius.igd.fhg.de:64325" et "http://wong.crcg.edu:64325", avec listes de renvoi sur d'autres sites traitant des technologies digitales de protection.

(49) La doctrine semble admettre que le principe en droit français d'une rémunération de l'auteur proportionnelle à l'exploitation de son oeuvre n'est pas adéquat en cas de mise à disposition d'une telle oeuvre sur Internet, et que le recours au forfait est justifié, cf. Olivier Itéanu, *op. cit.*, p. 115.

(50) La théorie de l'épuisement des droits portant sur des biens corporels connaît également des exceptions, telle que le droit de location, cf. Moritz Rottinger, *op. cit.*, p. 111 : "L'épuisement du droit de la mise en circulation n'a pas pour effet l'épuisement du droit de la mise en location".

BULLETIN D'ABONNEMENT A EXPERTISES

A renvoyer à **EXPERTISES** - 119, rue de Flandre 75019 Paris

Tél. 33 (0)1 40 35 03 03 - Fax 33 (0)1 40 38 96 43

expertises@celog.fr - <http://www.celog.fr/expertises>

Abonnement annuel, 11 numéros par an : 1 650 F (pour la France) dont TVA 2,10 %

1 750 F (étranger)

Je souscris un abonnement à **EXPERTISES**

Nom, prénom Fonction.....

Société

Adresse

.....Tél.....