

MILLE CORALINE ALAN

MILLE SOPHIE SAVAÏDES

LE DROIT D'AUTEUR À L'HEURE DES NOUVELLES PRATIQUES ET NOUVEAUX MODES DE CONSOMMATION DES MÉDIAS



TABLE RONDE 2006
RAPPORT RÉALISÉ SOUS LA DIRECTION DE M.LE PROFESSEUR GUY DROUOT
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

MASTER II RECHERCHE « DROIT DES MÉDIAS »

2005-2006

Abréviations

Art. : article

Cass. Ass. plen. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

C.civ : code civil

Ccass : Cour de cassation

CD : Compact Disque

Civ : Chambre Civile de la Cour de Cassation

CPI : Code de la propriété intellectuelle

CPI : Code de la propriété intellectuelle

D : Dalloz ou Recueil Dalloz

DADVSI : droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information.

DRM : Digital Right Management

DVD : Digital Versatile Disc

FAI : Fournisseurs d'accès à Internet

n. : note

NTIC : Nouvelles technologies de l'information et de la communication

P2P : peer-to-peer

RIDA : Revue internationale du droit d'auteur

TGI : Tribunal de grande instance

SOMMAIRE

Introduction

Partie I (Melle Coraline Alan)

LA MISE À MAL DU DROIT D’AUTEUR PAR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES

Chapitre 1. L’applicabilité d’une conception classique en cause

Chapitre 2. Les vaines tentatives de résolution ou le choix de solutions inadaptées

Partie II (Melle Sophie Savaïdes)

LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT D’AUTEUR AJUSTÉE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES

Chapitre 1. Des pratiques et un contenu singuliers.

Chapitre 2. Les aspects techniques et la convergence

Conclusion

Introduction

Il n'est pas aujourd'hui de société démocratique sans droit ni média. Si l'un est garant de son organisation et de son bon fonctionnement, l'autre en assure l'effectivité et la survie. Du latin médium signifiant le moyen, le média désigne à la fois les procédés de transmission de la pensée, supports des technologies de l'information et de la communication permettant de délivrer au public des messages de différentes natures, et les institutions les mettant en œuvre, à l'image des grands groupes de presse ou des entreprises de télévision. Ils sont le lieu d'échanges d'idées, d'opinions et de critiques, indispensables à la démocratie. La prééminence des médias est telle aujourd'hui que l'on parle couramment de « société de l'information ». Ainsi, la notion de médias revêt un sens extrêmement générique. Il est difficile d'en définir précisément les contours, et notamment, au vu de l'évolution technologique fulgurante. De fait, celle-ci entraîne une multiplication des supports, des modes de diffusion, et par conséquent, des contenus nouveaux. S'il existe un lien indéfectible entre les deux, les rapports ne sont pas d'une simplicité extrême et ce, parce que médias et nouvelles technologies nécessitent d'être régis par un droit qui leur est propre, conciliant parfois difficilement les intérêts de chacun. De plus, à nouveaux médias, nouvelles pratiques et nouveaux modes de consommation. Dès lors, les usages changent, et les enjeux passés se voient supplantés par de nouvelles données et problématiques. Celles-ci se distinguent plus particulièrement en matière de droit d'auteur, dont les finalités de protection des œuvres et de rémunération équitable des auteurs sont souvent bafouées. En effet, les nouveaux modes de diffusion permettent une transmission plus rapide, à moindre coût, et sans perte de qualité des nouveaux contenus. L'accès y est alors facilité, et généralement, au préjudice des droits des auteurs. En outre, l'optique de développement est essentiellement axée aujourd'hui sur la portabilité et le nomadisme, ce qui suppose des nouveaux formats de contenus et de contenants, pour lesquels il existe un vide juridique, ou, à moindre mal, un droit inadapté et obsolète.

De fait, la protection des auteurs par le droit, qu'elle soit de tradition française ou anglo-saxonne (système du copyright dont les principales caractéristiques sont la quasi non reconnaissance du droit moral et la nécessité d'un dépôt), se trouve confronté à des situations où l'application du droit se fait de façon disparate, pas toujours à bon escient, voire pas du tout. Cette confrontation laisse apparaître la nécessité de déterminer un environnement juridique précis. Seul le cas de la France sera envisagé dans la présente étude.

Mais comment le droit d'auteur, à l'heure des nouvelles pratiques et nouveaux modes de consommation des médias, peut-il et doit-il s'adapter ? En effet, la protection des œuvres de l'esprit est apparue en France avec la législation révolutionnaire¹ et perdure jusqu'en 1957, où la loi du 11 mars sur « *la propriété littéraire et artistique* » codifie la jurisprudence développée pendant près d'un siècle et demi. Ainsi, la propriété intellectuelle ne s'est pas construite sur la base de grands principes mais en réactions à des problèmes ponctuels et précis, évoluant au gré des époques². La prise en considération des nouvelles technologies peut-elle faire évoluer le droit d'auteur dans cette continuité ? Ou leurs caractéristiques sont-elles trop conséquentes et impliquent-elles alors de faire table rase du passé ?

¹ Les décrets-lois des 13 et 19 janvier 1791 relatifs aux spectacles consacrent le « droit de représentation », et les décrets des 19 et 24 juillet 1793 instituent le « droit exclusif de reproduction » relatif aux « droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs ».

² Cf. DAVID P., Le compromis du système d'organisation de la production intellectuelle, *Réseaux*, n° 88-89, 1998 in FARCHY J., *Internet et le droit d'auteur – La culture Napster*, CNRS Editions, CNRS Communication, 2003, 202p.

La seule certitude restante est, à l'heure actuelle, le nombre de difficultés et de polémiques que cela suscitera. Les gouvernants comme la société, les institutions médiatiques comme les industries culturelles, tous sont concernés. Et les questions sont d'ordre tant juridique, qu'économique ou social. Le débat est complexe voire insoluble, à l'image de celui engagé pour l'adoption de la loi DADVSI, qui est, en elle-même, un concentré illustré de toutes ces interactions.

Ainsi, si le droit d'auteur est effectivement mis à mal par les nouvelles technologies (partie I), il semblerait qu'une mise en œuvre ajustée puisse être envisagée et soit suffisante (partie II), l'histoire ayant prouvé la capacité de ce droit à faire preuve d'adaptabilité face aux progrès techniques.

PARTIE I

LA MISE À MAL DU DROIT D'AUTEUR PAR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES

Face aux nouvelles technologies, l'applicabilité de la conception classique du droit d'auteur est mise en cause (chapitre 1), et les tentatives de résolutions des problèmes soulevés se sont avérées vaines, notamment par le choix de solutions inadaptées (chapitre 2).

Chapitre 1. L'applicabilité d'une conception classique en cause.

Cette mise en cause se traduit d'abord au niveau des notions fondamentales du droit d'auteur que sont l'œuvre (section 1) et l'auteur (section 2), puis au niveau des prérogatives de ce dernier (section 3).

Section I. Une notion d'œuvre à élargir.

Les nouvelles technologies influent au stade primaire de la détermination de l'œuvre protégeable (§1) mais également sur l'étanchéité des catégories définies d'œuvres protégées par le droit d'auteur (§2).

§1. La détermination de l'œuvre protégeable.

L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose dans son premier alinéa : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. (...) »

Ainsi, pour ouvrir droit à une protection, il est nécessaire d'avoir une œuvre de l'esprit présentant un caractère original.

A. La notion d'œuvre de l'esprit.

La notion d'œuvre de l'esprit implique tout d'abord une activité créatrice. Celle-ci constitue une démarche de création intellectuelle, qui ne peut être résumée en la simple mise en œuvre d'un savoir-faire (même si sa présence est nécessaire dans la pratique de tout art), ou d'un processus entièrement automatisé, courant en matière de nouvelles technologies.

Ensuite, la notion d'œuvre de l'esprit suppose une forme extérieure, perceptible au sens. Cette exigence de forme n'est pas présente dans les textes, mais a été développée et

appliquée de manière quasi systématique par la jurisprudence³. Les idées sont de libre parcours donc non protégées par le droit d'auteur, seule la mise en forme de l'idée peut l'être. Les nouvelles technologies et leurs avancées fulgurantes ont pour corollaire l'apparition de nouvelles créations, qui suscitent des interrogations quant à l'exigence de création de forme.

Néanmoins, l'exigence de l'extériorité, d'un début de création de forme, n'impose pas celle de fixation (cf. l'article L. 111-1 du CPI: « du seul fait de sa création »). Par conséquent les œuvres orales sont protégées en droit français par exemple. Mais l'article 2.2 de la Convention de Berne offre la possibilité aux Etats membres de définir que certaines œuvres littéraires ou artistiques ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel. De la même manière, l'intangibilité de l'œuvre n'est pas une condition de la protection.

B. La condition d'originalité.

Le second critère nécessaire à l'ouverture de la protection est l'originalité de l'œuvre. Elaborée par la jurisprudence, la notion d'originalité s'entend comme « le reflet de la personnalité de l'auteur »⁴. De manière subjective, il s'agit de retrouver dans l'œuvre l'empreinte personnelle de son auteur⁵. Une faible originalité satisfait à l'exigence, il n'y aura aucune protection quand l'œuvre ne fera preuve d'aucune originalité.

La notion d'originalité est subjective et se détache de la notion d'antériorité. Une œuvre peut être originale alors qu'elle n'est pas nouvelle, ainsi, elle jouera aussi pour les œuvres dérivées.

L'incidence des nouvelles technologies et des œuvres numériques entraîne une évolution de la notion d'originalité et de son appréciation. Dans un arrêt en date du 7 mars 1986⁶, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation expose « *Hors le domaine des belles lettres ou de l'art pur, s'agissant d'œuvre à caractère utilitaire [en l'espèce, un logiciel], l'originalité s'entend parfois de manière plus objective comme l'existence d'un apport intellectuel propre à son auteur* ». En l'espèce, l'effort créatif est apprécié par rapport à l'antériorité, au support préexistant. Cela reflète l'idée que l'originalité est plus difficile à discerner dans le monde numérique, et notamment le multimédia, car ces œuvres font plus appel au passé. Elles s'appuient de manière plus considérable sur les œuvres antérieures, que les œuvres « d'art classique ». Le débat a été ouvert par les logiciels et les bases de données, qui, en raison de leur nature même, empruntent au fonds commun.

À l'image de ces deux créations numériques courantes aujourd'hui, les multiples catégories d'œuvres numériques existantes et à venir, soulèvent quant à leur régime de protection par le droit d'auteur, des difficultés liées à leur nature même, et amènent à

³ Civ. 1^{ère}, 25 Mai 1992 : *RIDA* oct. 1992, p. 156. : « Les idées, étant de libre parcours, échappent à toute appropriation. Ainsi est-il admis qu'un auteur ne peut prétendre monopoliser un thème littéraire, une idée artistique, des connaissances scientifiques, des faits historiques, des idées politiques ou publicitaires. Dès lors, le code de la propriété intellectuelle ne protège pas les idées exprimées mais seulement la forme originale sous laquelle elles sont présentées. »

⁴ Paris, 24 nov. 1988. *Cahiers du droit d'auteur*, juin 1989, p.4. Paris 1^{er} Avril 1957, *D.* 1957,436 (2^{ème} espèce)

⁵ Paris 1^{er} Avril 1957, *D.* 1957, 436 (1^{ère} espèce).

⁶ Cass. Ass. plén. 7 mars 1986, *D.* 1986, 405

reconsidérer les classifications d'œuvres présumées protégées par le droit d'auteur, leur étanchéité, et l'application des différents régimes juridiques s'y rapportant.

§2. *L'étanchéité des catégories d'œuvres présumées protégées par le Droit d'auteur mise en cause.*

Le Droit d'auteur opère une distinction assez nette et étanche des différentes catégories d'œuvres pouvant ouvrir droit à une protection. De fait, l'article L. 112-2 du CPI dispose, selon une liste non exhaustive, que sont considérés comme œuvre de l'esprit, les œuvres dramatiques, chorégraphiques, cinématographiques, les compositions musicales, les écrits littéraires en tout genre, etc. Dès lors, leur est appliqué un régime juridique correspondant. La délimitation entre les catégories d'œuvres est ainsi bien tranchée, et à chaque œuvre, son régime. Cependant, l'arrivée des nouvelles technologies tend à rompre ces « barrières » juridiques, l'œuvre étant en elle-même profondément modifiée et bouleversée par l'intervention de plusieurs éléments disparates.

La notion d'œuvre multimédia, aujourd'hui banale dans le paysage numérique, s'en fait l'illustration parfaite. De nouveaux enjeux y sont liés, et l'une des difficultés principales résulte de l'absence de définition légale due à une réalité rendant malaisément cernable les contours de ce type d'œuvres très multiples et variées. Il est ainsi impossible de ranger l'œuvre multimédia dans une catégorie préexistante. Selon le Professeur Sirinelli, on peut néanmoins envisager l'œuvre multimédia comme « *la réunion sur un même support numérique ou lors de la consultation, d'éléments de genres différents, et notamment de sons, de textes, d'images fixes ou animées, de programmes informatiques, dont la structure et l'accès sont régis par un logiciel permettant l'interactivité, et qui a été conçu pour avoir une identité propre, différente de celle résultant de la simple juxtaposition des éléments qui la composent* »⁷. De la sorte, les sites web, jeux vidéo ou encore les bornes interactives pourront être qualifiés d'œuvre multimédia.

En raison de cette absence de définition ou, à moindre mal, de qualification particulière et en raison de sa non reconnaissance légale aux différentes échelles (nationales ou internationales), l'œuvre multimédia ne bénéficie pas d'un régime juridique particulier qui lui est propre. Néanmoins, aucun vide juridique ne peut être constaté. Dans un premier temps, une application classique des règles du droit d'auteur est mise en œuvre (notamment la recherche de l'originalité⁸). Dans un second temps, lorsque l'œuvre multimédia litigieuse répond aux caractéristiques d'une catégorie prédéfinie, elle est soumise pour partie aux dispositions régissant précisément cette catégorie.

La création multimédia contient trop d'éléments de différentes natures pour pouvoir être rattachée à une seule catégorie d'œuvre. Pour exemple, elle ne peut être assimilée ni à une œuvre audiovisuelle conséquemment au programme informatique qu'elle contient⁹, ni à un simple programme informatique en raison de l'importance des formes non programmées (notamment les effets audiovisuels !). Le Professeur Sirinelli considère ainsi que dans sa forme la plus simple, l'œuvre multimédia est « *un logiciel plus autre chose* », la composante

⁷ SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique*, St-Just-la-Pendue, Dalloz, Mémentos, Deuxième édition, 2004, 226 p.

⁸ Pour exemple d'application à un jeu vidéo : Crim. 21 juin 2000, D.2001, Somm. 2552, obs. crit. Sirinelli.

⁹ Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, *Prop. Intell.*, avril 2003 p.159, obs. Sirinelli.

non logicielle pouvant elle-même être complexe, chacun des éléments la constituant alors répondant aux règles du droit commun ou à celles spécifiques déterminées en fonction de la nature de l'élément en cause.

Dès lors, le statut de la création multimédia se rapproche de celui de certaines œuvres composites définies par l'article L. 113-2 du CPI comme « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». Tel est le cas lorsque de la musique et des photographies sont intégrées dans une œuvre multimédia.

En conséquence, si de manière générale, il est de coutume de classer les œuvres en trois catégories – littéraires (formalisées par l'intermédiaire des mots), musicales (composées du jeu des sons), et artistiques (communiquées par le biais des formes et des couleurs)- le développement des nouvelles technologies, techniques et des nouveaux services y afférents, donnant lieu à des œuvres et à des données obéissant à des régimes juridiques distincts, conduit à douter de la nécessité de prévoir un régime juridique propre pour l'œuvre, par nature complexe et multiple, comme démontré par l'exemple de l'œuvre multimédia. Les frontières entre les différentes catégories d'œuvre deviennent de moins en moins claires, et s'estompent progressivement, la difficulté à identifier les divers emprunts augmentant corollairement. L'étanchéité de ces frontières, fondement classique de la logique du droit d'auteur à la française, est mise à mal par l'intervention du numérique.

Une partie de la doctrine, à l'image du Professeur Lucas¹⁰, souhaiterait qu'à l'avenir « les lois cessent d'édifier entre les catégories d'œuvres des frontières qui ne peuvent plus être tracées avec précision compte tenu du phénomène de convergence des techniques et des médias ; (...) les distinctions existantes devraient être réexaminées à la lumière de cette évolution et les raisonnements menés dans l'environnement numérique devraient, dans toute la mesure du possible, prendre pour base un concept générique d'œuvre de l'esprit ». On ne peut qu'approuver cette optique et espérer que le législateur entende....

De manière similaire, la notion d'auteur doit tendre vers certains réajustements.

¹⁰ LUCAS André, *Droit d'auteur et numérique*, Fontenay-le-Comte, Litec, Approfondir, 1998, 355 p.

Section II. Une notion d'auteur à réajuster.

Après avoir présenté de manière générale la qualité d'auteur (§1), il convient de la confronter avec deux éléments inhérents aux NTIC : l'interactivité et la technique (§2).

§1. Présentation général : la qualité d'auteur.

Dès lors que l'originalité d'une création est démontrée, celle-ci peut être qualifiée d'œuvre et il convient d'en déterminer l'auteur, à savoir la personne au bénéfice de laquelle vont être ouverts des droits moraux et patrimoniaux. Le droit français emprunte plus à la jurisprudence qu'à la loi dans la définition de principes généraux pour la recherche de l'auteur. Quatre grands axes doivent ainsi être observés : le créateur, personne physique ayant divulgué l'œuvre sous son nom, est présumé auteur et ne peut céder cette qualité par contrat.

La notion d'auteur n'est pas définie par le code de la propriété intellectuelle. Néanmoins, à défaut de la lettre, l'esprit du texte et la tradition française en la matière, conduisent à considérer que le créateur de l'œuvre, entendu comme celui qui l'a marquée de son empreinte, est la personne investie des droits. La qualité d'auteur naît par conséquent directement sur la tête du créateur. En outre, l'article L. 113-1 du CPI pose une présomption simple quant à la qualité d'auteur, pour la ou les personnes sous le nom desquelles ou de laquelle l'œuvre est divulguée. En raison de cet attachement à la création, il semble naturel et logique qu'en droit français, l'auteur ne puisse être qu'une personne physique. Une personne morale ne peut avoir de « personnalité créatrice propre »¹¹, et ne peut donc être investie à titre originaire des droits d'auteur (même si en pratique, elle en sera fréquemment cessionnaire). Néanmoins, selon l'article L. 113-5 du CPI, la titularité des droits patrimoniaux peut être directement attribuée à une personne morale lorsque l'on est en présence d'une œuvre collective¹². S'il est vrai que l'auteur peut ainsi céder ses droits patrimoniaux, il ne pourra renoncer à sa qualité d'auteur, qui est d'ordre public. Celle-ci est hors du commerce et hors du champ contractuel, et la volonté de l'auteur importe peu ; il est protégé « malgré lui ». Toutefois, l'auteur peut faire usage d'un pseudonyme, ou divulguer l'œuvre sans aucune indication de nom, l'œuvre est alors anonyme.

L'ère du numérique et le développement des techniques nouvelles amènent des éléments extérieurs susceptibles de reconditionner la notion d'auteur, et de rendre l'application de ces grands principes moins évidente.

¹¹ LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Droits d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, Cours, Deuxième édition, 2004, 564 p.

¹² L'article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle qualifie de 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 sous son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans un 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 ».

§2. Entre l'interactivité et la technique : mais qui devient auteur ?

Comme il a pu être constaté, la notion d'auteur est centrale en droit français, phénomène qui se retrouve dans nombre de législations internationales, relevant des traditions aussi bien continentales qu'anglo-saxonnes. L'arrivée de nouveaux produits et services, des nouvelles technologies et de leurs techniques, modifie de manière assez significative, les conditions de la création. Le concept traditionnel envisageant l'auteur en quelque sorte comme « un artisan » créant son œuvre solitairement à partir de matériaux originaux est bouleversé par les nouveaux modes de création.

Dans un premier temps, les œuvres « nouvelles », issues de cet ère du tout numérique, sont souvent le fruit de la contribution d'un très grand nombre d'individus, dont il est parfois extrêmement difficile de délimiter les apports propres. L'œuvre est souvent créée en équipe sur un mode multimédia à partir d'un fonds préexistant, et la notion d'interactivité, appartenant à la nature intrinsèque du multimédia, encourage une participation et manipulation de l'utilisateur consommateur qui devient par là même auteur (l'une des démonstrations pourrait être ici la possibilité de créer, à partir des personnages existant dans les jeux vidéos *Sim's* ou *South Park*, ses propres personnages et décors¹³). Dès lors, dans quelle mesure l'auteur originel reste-t-il auteur ? Doit-on envisager ici d'étendre les notions d'œuvre dérivée, de collaboration ou collective ?

En effet, le statut des œuvres intégrant les apports de plusieurs personnes n'est pas une problématique nouvelle en matière de droit d'auteur. Tout d'abord, l'article L.113-2 alinéa 2 du CPI définit l'œuvre composite comme l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière. Ainsi, l'œuvre composite n'a qu'un auteur, celui de l'œuvre seconde, dans la mesure où l'auteur de l'œuvre première n'y participe pas directement. Cependant, son accord pour l'utilisation de son travail devra être obtenu, et ses droits moraux et patrimoniaux respectés. La mise en œuvre dans l'environnement numérique, par exemple pour une œuvre multimédia qui emprunte souvent « au passé », ne pose, en application de ce principe, aucun problème particulier à ce stade de la détermination de l'auteur. La question se déplacera plus probablement sur le terrain de la diffusion de l'œuvre facilitée par les technologies numériques, et la répartition des droits, points abordés ultérieurement.

Ensuite, le code de la propriété intellectuelle prévoit l'existence des œuvres de collaboration, à savoir, œuvres aux créations desquelles ont concouru plusieurs personnes physiques. Elles supposent des créations effectives des différents intervenants, dictées par une communauté d'inspiration et une concertation entre eux. La qualité d'auteur sera attribuée sur l'ensemble de l'œuvre à tout individu ayant effectué un apport original. De ce fait, l'œuvre appartient à tous les collaborateurs et il y a un concours de droits. Lorsque les différents apports sont individualisables, et de genres différents, chaque créateur a la qualité d'auteur sur son apport, et peut l'exploiter séparément si cela ne nuit pas à la carrière de l'ensemble de l'œuvre, et s'il n'en a pas été stipulé l'interdiction contractuellement au préalable. De manière similaire à l'œuvre composite, ce régime ne soulève pas de difficultés propres supplémentaires par l'arrivée des nouvelles technologies, d'autant que pour certaines œuvres exploitées plus particulièrement dans le monde numérique, telles les œuvres audiovisuelles ou

¹³ Voir partie II pour développement ultérieur.

radiophoniques, des statuts particuliers ont déjà été établis en matière de droit d'auteur par la loi du 3 juillet 1985.

Enfin, la propriété de l'œuvre collective (cf. définition *supra*) est attribuée, sauf preuve contraire, à la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée, cette personne étant investie des droits d'auteurs. Il convient toutefois de noter ici que la loi ne traite pas de la qualité d'auteur mais de la titularité des droits sur l'ensemble. Ainsi, le coordinateur n'est pas investi *ab initio* de cette qualité, et les créateurs des divers apports ne sont pas privés de toute qualité d'auteur.

L'œuvre multimédia pourrait par exemple, en raison de sa diversité, être une illustration parfaite de chacune de ces différentes catégories. En conclusion, le plus simple ici reste encore l'étude au cas par cas (cf. partie 2), avec l'application des règles classiques du droit d'auteur et de ses notions d'œuvres dérivée, de collaboration ou collective, qui ne sont pas récentes et dont les problématiques ne sont pas nées avec le numérique et les nouvelles technologies. On pourrait considérer simplement que ce développement entraîne une multiplication du nombre d'ayants droit, sans pour autant en créer de nouvelles catégories. Elles alourdiraient un droit déjà difficilement adaptable, en raison notamment de toutes ces frontières, alors qu'il nécessite plus qu'autre chose de correspondre vraiment au plus proche à la réalité numérique et à l'ensemble de ses intervenants.

Dans un second temps, il est facile d'observer que l'arrivée des nouvelles technologies modifie parfois le processus d'élaboration de l'œuvre par l'auteur. Il peut être assisté dans sa tâche de création par des processus automatisés, des nouvelles techniques, tels les logiciels ou autres programmes informatiques. En effet, les techniques numériques permettent à l'auteur de se libérer des tâches ingrates, mais sont tellement prépondérantes parfois, que l'on en vient à se demander si l'auteur a réellement recherché le résultat à atteindre, s'il en est le véritable auteur. Comment alors organiser la protection du résultat et attribuer la qualité d'auteur à la personne à l'origine du processus ? Est-il *de facto* l'auteur ou doit-on exiger un minimum de connaissances ou de notions sur le résultat à atteindre ? Il semble cependant que si l'auteur est certes aidé par des systèmes automatisés qui prennent une part importante dans le processus de création, il est toujours à l'origine du mouvement lancé, il insuffle la création, l'organisation de base. Les techniques numériques ne sont alors qu'un moyen. Par conséquent, la possibilité d'utiliser différentes techniques dans le processus de création de l'œuvre, ne semble pas remettre profondément en cause les notions d'auteur et d'œuvre, appelant que l'on recherche la personne qui a effectué les choix nécessaires dans le processus de création, et qui, de ce fait, exprime sa personnalité.

Au-delà des notions même, les nouvelles technologies portent atteintes plus concrètement aux prérogatives des auteurs.

Section III. Les atteintes aux prérogatives des auteurs par les nouvelles technologies.

Les droits d'auteur sont l'ensemble des prérogatives que le législateur et la jurisprudence reconnaissent à l'auteur puis à ses ayants droit sur ses créations littéraires, musicales ou artistiques. L'article L. 111-1 du CPI distingue dans son alinéa 2, deux sortes d'attributs : des attributs d'ordre intellectuel et moral, et des attributs d'ordre patrimonial. Les nouvelles technologies, et surtout, leurs utilisations exponentielles amènent souvent à ébranler la protection que constituent ces différentes prérogatives pour les auteurs.

§1. Les atteintes au droit moral.

Après une présentation générale du droit moral, il sera exposé pour chacune de ses composantes, les atteintes possibles par les NTIC.

A. Présentation générale du droit moral.

Le droit moral, très important dans la conception française du droit d'auteur, est un droit extrapatrimonial lié à la personnalité de l'auteur, mais il ne s'agit pas d'un droit de la personnalité car il ne préexiste pas à l'œuvre. Il occupe une place prééminente sur les droits patrimoniaux car, l'œuvre étant considéré comme le reflet de son créateur, il est important que celui-ci puisse en garder une maîtrise.

L'article L. 121-1 du CPI régit le droit moral. Il présente quatre principales caractéristiques. Il est perpétuel, inaliénable, imprescriptible et insaisissable. La doctrine ajoute souvent la dimension absolutiste du droit moral comme l'un de ses caractères.

La perpétuité du droit moral signifie qu'il survit à la mort de l'auteur, à l'expiration des droits pécuniaires, et qu'il peut être exercé même si l'œuvre est tombée dans le domaine public.

L'inaliénabilité du droit moral est une conséquence de sa nature, à savoir un droit de la personnalité. Ainsi, le droit moral ne peut être cédé, et l'auteur ne peut renoncer par avance aux prérogatives qui le composent. C'est un principe d'ordre public.

L'imprescriptibilité du droit moral signifie simplement que personne ne peut l'acquérir par un usage prolongé, et réciproquement, l'auteur ne peut le perdre en cas de non usage. Il pourra donc toujours agir pour défendre son œuvre ou s'en voir reconnaître la paternité.

Le caractère insaisissable du droit moral implique que les créanciers d'un auteur ne pourront l'obliger à divulguer son œuvre pour appréhender les résultats de son exploitation ou la saisir, si celui-ci n'a pas pris de décision ou le refuse. L'œuvre ne peut être mise dans le commerce sans le consentement du créateur.

Enfin, l'absolutisme, qui n'est pas énoncé par le législateur, peut être déduit de la jurisprudence, qui affirme parfois sans pudeur le caractère discrétionnaire du droit moral¹⁴. Elle entend par là que le contrôle de son exercice doit rester marginal et exceptionnel. Néanmoins, le droit moral se voit aussi imposer des limites, notamment dans le cas des œuvres plurales, ou par la théorie de l'abus de droit qui peut s'y confronter.

La suprématie du droit moral est assurée par quatre prérogatives reconnues à l'auteur, mais qui sont, elles aussi, maltraitées par l'usage et les nouvelles technologies.

B. Les atteintes aux prérogatives du droit moral par la technique.

La première prérogative énoncée à l'article L.121-2 alinéa 1 du CPI est le droit de divulgation. La divulgation est un fait matériel, indépendant de l'exploitation de l'œuvre. Elle doit révéler la volonté de l'auteur de communiquer son œuvre au public. Ainsi, cette prérogative semble être la plus discrétionnaire du droit moral, car l'œuvre prend son autonomie après avoir été portée à la connaissance du public, et il est normal que seul l'auteur puisse décider de l'instant où l'œuvre quittera « son atelier ». Au-delà du simple choix de communiquer l'œuvre au public, l'auteur en détermine également les conditions. Il peut donc décider du mode de diffusion de l'œuvre, des conditions matérielles de l'exploitation et du moment de la diffusion. De manière générale, une des principales difficultés de mise en œuvre du droit de divulgation découle de la théorie de l'épuisement du droit. Selon la jurisprudence et doctrine majoritaires, l'œuvre divulguée par son auteur sans volonté expresse de limiter le champ de cette divulgation, est considérée communiquée au public pour tout mode d'exploitation. Cette position semble desservir l'auteur. En réalité, les contrats de cession des droits patrimoniaux viendront organiser l'exploitation de l'œuvre, que l'auteur pourra définir comme bon lui semble, ce qui tend à contrecarrer les effets de l'épuisement du droit de divulgation.

Les nouvelles technologies et techniques, notamment la numérisation, permettent le stockage d'un plus grand nombre de données et d'informations, et une transmission beaucoup plus facile, à moindre coût et quasiment sans perte de qualité. Dans un tel contexte, on peut se douter que toute atteinte au droit de divulgation de l'auteur peut s'avérer beaucoup plus préjudiciable, dans la mesure où, non seulement il n'aura pas autorisé la diffusion de son œuvre, mais en plus, celle-ci pourra être développée à l'échelle planétaire. L'atteinte en elle-même ne changera pas forcément de nature, mais les conséquences en seront nettement plus graves, et s'entremêleront avec les nombreuses atteintes aux droits patrimoniaux par ce même biais.

La deuxième prérogative attachée au droit moral est le droit à la paternité de l'œuvre. L'article L. 121-1 alinéa 1^{er} du CPI dispose que l'auteur jouit du droit au respect de son nom et de sa qualité. L'auteur peut ainsi apposer son nom, prénom, ou pseudonyme sur l'œuvre elle-même et peut par exemple, demander la mention de ses titres, grades et distinctions (qualité de la personne et non de l'œuvre). De manière corollaire, l'auteur bénéficie d'un droit d'opposition lui permettant d'interdire à une tierce personne d'apposer son propre nom sur l'œuvre, ce qui amène à la faculté d'interdire à tout tiers de se prétendre l'auteur d'une œuvre d'autrui. Cette deuxième prérogative ne semble pas plus particulièrement atteinte par le

¹⁴ Civ. 1^{ère}, 5 juin 1984, *RIDA*, avril 1985, p. 150

développement des nouvelles technologies. Toutefois, de manière analogue à la situation évoquée précédemment, toute atteinte au droit à la paternité peut être aggravée par l'ampleur de la diffusion sur Internet. Un exemple pourrait être la diffusion d'une œuvre musicale sous forme de MP3 où le nom des compositeurs, paroliers, arrangeurs, interprètes, etc. disparaît.

Le droit au respect de l'œuvre constitue la troisième prérogative du droit moral. Il est affirmé dans plusieurs dispositions du code de la propriété intellectuelle telles les articles L. 121-1, L. 132-22, L. 132-11. Il ressort ainsi que toute personne doit respecter l'intégrité de l'œuvre, que ce soit de simples tiers, les cessionnaires des droits (il s'agit ici d'une obligation de résultat par exemple en cas de contrat de représentation ou de reproduction) ou encore, acquéreurs du support matériel de l'œuvre. Deux conceptions du droit au respect de l'œuvre peuvent être dégagées, et se complètent bien souvent. La conception objective concerne l'intégrité physique de l'œuvre : cette dernière doit être communiquée au public comme elle a été conçue et voulue par l'auteur, sans subir d'atteinte. La conception subjective tend, quant à elle, à protéger l'esprit de l'œuvre. Il s'agit ici de communiquer l'œuvre au public sans que son esprit soit dénaturé, à savoir, la présentation dans un environnement spécifique ne doit pas porter atteinte au respect qui lui est dû¹⁵ (à titre d'illustration, l'utilisation d'une musique religieuse dans une publicité¹⁶). Les atteintes à ce droit par l'arrivée des nouvelles technologies sont nombreuses et peuvent être très diverses. Par exemple, la numérisation de l'œuvre pour sa mise en ligne peut l'affecter. Certains artistes musiciens considèrent effectivement que le formatage en MP3 d'une œuvre originellement fixée sur un support analogique constitue une dénaturation de l'œuvre car elle subit inéluctablement une dégradation des sonorités. Néanmoins, il semble qu'avec l'amélioration des techniques, et la banalisation de l'usage de ce format, peu d'artistes restent opposés à cette conversion. De plus, si les modifications (à supposer qu'elles soient vraiment perceptibles au sens et qu'elles soient non substantielles) sont dues aux impératifs techniques de la diffusion en ligne, on pourrait considérer que l'auteur ne peut s'y opposer. Une autre illustration d'atteinte au droit au respect de l'œuvre, et concernant sa dimension plus subjective, pourrait être l'utilisation du mode *shuffle*. La plupart des propriétaires de lecteurs MP3 et plus particulièrement, ceux d'i-Pod, utilisent ce mode de lecture aléatoire. Ils rentrent une base de données musicales très importantes, et au moment de l'écoute, les morceaux sont choisis au hasard par un programme informatique. Mais qu'en est-il par exemple, de l'auteur d'une œuvre musicale qui la conçoit comme un tout, et non comme une succession de morceaux, ou qui raconte une histoire dont le déroulement chronologique, et donc l'organisation suivie des morceaux, importe majoritairement ? Le conte *Pierre et le loup* de Sergueï Prokofiev aurait-il pu avoir la destinée glorieuse qu'on lui connaît si la plupart des auditeurs l'avaient découvert avec cette technologie ? Tout cela tient du non sens. On pourrait ainsi facilement considérer qu'il y a atteinte à l'esprit de l'œuvre par ce biais. Néanmoins, il semble difficile d'adopter la moindre solution dans la mesure où cela relève d'un comportement personnel de l'auditeur, d'autant plus que ce mode de lecture permet aussi le rappel à notre mémoire de quelques perles oubliées dans le bas-fond de notre discographie numérique !

Enfin, la dernière prérogative du droit moral est le droit de retrait et de repentir. L'article L. 121-4 du CPI prévoit que l'auteur qui regrette sa décision de divulgation d'une œuvre peut en faire cesser l'exploitation et retirer entièrement l'œuvre du commerce (droit de retrait), ou, il peut la modifier, transformant pour l'exploitant, les conditions et l'intérêt du contrat. En effet, cette prérogative ne peut être utilisée par l'auteur que s'il a cédé les droits

¹⁵ Paris, 19 septembre 2001, *Jacques Brel*, RIDA 2002, n° 191, p.303, chron. Kéréver.

¹⁶ TGI Paris, 15 mai 1991, *JCP* 1992, II 21919, n. Daverat.

patrimoniaux à un tiers qui exploite l'œuvre. De plus, elle est entourée de strictes conditions : une indemnisation préalable est due par l'auteur au bénéficiaire du cessionnaire pour le préjudice causé par la mise en œuvre de cette prérogative, et, en cas de nouvelle exploitation, l'auteur est tenu d'offrir en priorité ses droits d'exploitation dans les mêmes conditions au cessionnaire initial. Ces exigences ont pour conséquence que cette prérogative est assez rarement utilisée, phénomène valable aussi dans le domaine des nouvelles technologies, où ce droit se trouve encore amoindri, voire réduit à néant. Par exemple, l'article L.121-7 du code précité interdit à l'auteur d'un logiciel d'exercer son droit de retrait ou de repentir.

Le droit moral se trouve par conséquent souvent mis en mal par les nouvelles technologies, si bien que dans certaines circonstances, il ne sera pas d'une grande efficacité pour la protection des intérêts de l'auteur. En effet, la plupart de ces atteintes sont effectives mais il semble difficile de lutter ou de régler le problème, soit en raison de l'immensité du champ des atteintes sur le web, soit parce qu'elles résultent d'un comportement individualiste sur lequel il est impossible d'interagir. Il sera donc plus opportun de faire appel en complément et quand cela sera possible, au droit patrimonial pour améliorer la protection due à l'auteur et à son œuvre.

§2. Les atteintes au droit patrimonial.

Selon l'article L. 111-1 alinéa 2 du CPI, le droit d'auteur comporte également des attributs d'ordre patrimoniaux. Imposés par les conventions internationales et reconnus par tous les pays (et ce, contrairement au droit moral), ils permettent aux auteurs de tirer profit de l'exploitation de leurs œuvres et leur assurent ainsi une juste et équitable rémunération. En France, on peut en distinguer trois composantes : le droit de représentation, de reproduction et de suite. Ce dernier, permettant de toucher un pourcentage lors de la revente du support matériel de certaines œuvres ne sera pas abordé ici, étant beaucoup plus lié aux œuvres graphiques et plastiques.

Le droit de représentation est défini par l'article L. 122-2 du CPI comme étant la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. Le droit de représentation est mis en œuvre à chaque fois qu'un procédé de communication permet de toucher un nouveau public. Par conséquent, toute représentation faite sans le consentement de l'auteur est illicite. Les alinéas 1 et 2 précisent divers modes de représentation dans une liste non limitative. La première catégorie regroupe les modalités plus traditionnelles comme la récitation publique, la représentation dramatique ou encore l'exécution lyrique. La seconde catégorie concerne les procédés plus modernes. Est citée la télédiffusion, définie comme tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature. L'article L. 122-5 du CPI pose les limites légales au droit de représentation, dont certaines lui sont spécifiques. La principale résulte de la notion de représentation privée dans le cercle de famille. Elle suppose la gratuité, et la notion de cercle de famille s'entend comme la famille légale mais aussi les amis et intimes. Le lieu de représentation n'est pas nécessairement le foyer familial mais le fait qu'il soit privé n'est pas suffisant en lui-même. L'exception ne peut pas jouer lorsque des signaux sont transférés vers une multitude de lieux qui peuvent être isolément considérés comme privés. Dès lors, il faut se placer du côté de celui qui émet et non du côté de celui qui reçoit. Il s'agit par exemple ici, des sites web. Ils ne peuvent bénéficier de l'exception car même si l'internaute qui télécharge est seul devant son ordinateur, la somme de tous les internautes constitue un public potentiel. Il est bien question

du droit de communication au public en l'espèce, même si l'émetteur du site est « passif ». Le seul fait de rendre l'œuvre accessible au public met en œuvre le droit de représentation. Aussi, l'auteur d'une œuvre figurant sur une page web doit donner son autorisation. Ainsi, les nouvelles technologies, et plus particulièrement l'avènement du mode de diffusion numérique influent sur le droit de représentation. Ils offrent de nouvelles possibilités pour l'accès aux œuvres comme par exemple la vidéo à la demande, les sites web ouverts, etc. Le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle en date du 20 décembre 1996 soumet ces modes d'exploitation à l'autorisation de l'auteur, et la directive communautaire du 22 mai 2001 va également en ce sens.

L'article L. 122-3 du CPI dispose que « la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte (...) ». En outre, d'une façon plus large, le droit de reproduction s'entend également comme la faculté pour l'auteur, de contrôler le sort ou l'usage des exemplaires reproduits. Le droit de reproduction souffre également de plusieurs exceptions, communes au droit de représentation. De l'exception de courte citation, en passant par la parodie, le pastiche ou la caricature, ou encore la revue de presse, celle qui soulève le plus de contentieux dans l'environnement du numérique et des nouvelles technologies reste la copie privée. Définie par le code de la propriété intellectuelle en son article L. 122-5 alinéa 2, elle s'entend comme le fait, pour un auteur de ne pas avoir le pouvoir d'interdire soit la reproduction, soit la représentation d'une œuvre destinée, à titre de copie privée, à l'usage exclusif du cercle de famille.

S'il est vrai que les deux acceptions du droit patrimonial arborent des régimes différents, la technologie rend confuse leur distinction. De fait, « *la dématérialisation liée aux nouvelles techniques de la communication brouille la frontière entre le vecteur qui porte l'œuvre (donnant lieu à l'exercice du droit de représentation) et le support qui la fixe (donnant lieu à l'exercice du droit de reproduction)* »¹⁷. A ce titre, l'exception de copie privée en est la parfaite illustration. C'est la problématique la plus significative aujourd'hui, car elle se retrouve au cœur d'un conflit tant juridique, qu'économique et sociétal. Elle fera l'objet d'un développement plus approfondi dans le chapitre 2.

La reconnaissance de droits exclusifs aux auteurs et autres ayants droit implique un monopole d'autorisation ou d'interdiction d'exploitation de l'œuvre, qui s'avère fondamental dans le contexte des nouveaux modes de transmission et d'exploitation des œuvres. Ces nouveaux usages ont-ils pour conséquence alors de limiter ces droits exclusifs à un simple droit à rémunération, ou doivent-ils *a contrario* être renforcés, notamment aux vues des facilités de reproductions et de transmission des œuvres sans perte de qualité?

Les nouvelles technologies et leurs conséquences sur le droit d'auteur ne sont pas alarmantes : les principes de base gouvernant le droit d'auteur « à la française » ne sont pas totalement inapplicables, mais pour le moins inadaptés. Sans besoin impérieux de changer radicalement de nature, ils sont amenés à prendre des contours nouveaux. L'enjeu ici est de ne pas manquer ce tournant aussi juridique que technologique. Et s'il est vrai que ce constat est d'une simplicité rhétorique du point de vue de la théorie, sa mise en pratique s'avère beaucoup plus douloureuse. Les tentatives de résolution de ces diverses problématiques ont

¹⁷ LUCAS A. et H.J., *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994.

aboutis à des solutions inadaptées tant aux technologies qu'aux pratiques sociales, et s'avèrent pour la plupart, déjà obsolètes. Elles ont été vaines, et ne satisfont aucun intervenant : Ni les auteurs, ni les industriels ou le public, ni les juges ou les gouvernants. Il convient dans un deuxième chapitre de faire l'état des lieux des solutions proposées aujourd'hui.

Chapitre 2. Les vaines tentatives de résolution ou le choix de solutions inadaptées.

Face à toutes ces questions soulevées par les nouvelles technologies, chacun a essayé d'y apporter des réponses tentant de combiner les intérêts de tous les intervenants. La jurisprudence aussi bien que le législateur ont proposé des solutions peu satisfaisantes, face auxquelles la société s'est élevée.

Section I. Les tentatives jurisprudentielles.

Pour faire face aux débordements entraînés par le numérique et aux manques à gagner que cela provoquait pour les auteurs et leurs ayants droit, l'industrie culturelle en première ligne, puis rejointe par les organismes de gestion de droit, a opté pour la voie judiciaire. Les tribunaux se sont ainsi vus soumettre nombres de contentieux mettant en cause des internautes. A cette occasion, la jurisprudence a pu se saisir des problématiques spécifiques au droit d'auteur dans l'environnement numérique, et a tenté une application *optimum* des notions abordées précédemment, sans pour autant atteindre le résultat opportun escompté.

§1. Le fondement : la copie privée.

La plupart des décisions jurisprudentielles ont pour fondement l'exception de copie privée.

Cette exception au droit patrimonial ne posait pas de problèmes particuliers jusqu'à récemment, où elle s'est retrouvée remise en cause notamment en raison du développement de la pratique du téléchargement, encouragée par les nouvelles technologies et les nouveaux modes de consommation des médias.

A. Évolution.

Au début des années 1980, l'arrivée de technologies telles le magnéscope dont la première finalité était d'enregistrer le programme, était susceptible d'entraîner des pertes économiques conséquentes pour les ayants droit. Conscient que le préjudice pouvait être très important en raison du nombre de personnes possédant du matériel de copie permettant des reproductions sur cassettes audio ou vidéo, le législateur a instauré par une loi du 3 juillet 1985, une redevance sur les supports d'enregistrement vierges, versée par leurs fabricants et importateurs. La répartition des sommes ainsi collectées se faisait par des sociétés de gestion collective suivant les modalités du Code de la propriété intellectuelle. Le système permettait ainsi de combler le manque à gagner potentiel pour les auteurs.

Mais cette période de relative accalmie ne pouvait durer au vu de l'évolution fulgurante des techniques de communication, s'accompagnant d'une dématérialisation des supports, mettant ainsi à mal le système établi. Avec la multiplication des copies numériques,

notamment avec le développement du P2P et du téléchargement des œuvres musicales et cinématographiques, la problématique a évolué.

Dans un premier temps, le législateur a étendu et aménagé par la loi du 17 juillet 2001, le système de compensation pour copie privée, avec un prélèvement sur la vente des supports vierges.

Mais la copie numérique caractérisée par sa rapidité, sa qualité et son faible coût par rapport à l'original, est rentrée dans les mœurs. Aujourd'hui, dix millions de français pratiquent le téléchargement, et il a fallu une adaptation de mise en œuvre de la règle de droit.

B. La copie privée et le téléchargement.

Par principe, la copie privée se justifie dès lors qu'elle est réservée à un usage privé, et surtout, dès que l'accès au support original de l'œuvre est considéré comme licite.

Cependant, en raison des nouvelles techniques d'échange et de communication, la copie privée qui était une exception, tend à devenir la règle.

Le P2P recouvre deux notions qu'il est important de distinguer pour envisager l'impact sur le droit d'auteur, et plus particulièrement le droit patrimonial.

L'opération de downloading est un acte effectué pour la recherche de la cible par l'internaute lui-même. Lorsque cette cible est enregistrée sur son disque dur, elle devient accessible aux tiers usagers qui la téléchargeront à partir du disque dur du premier internaute. C'est l'opération d'uploading.

La seule opération de downloading ne met en cause que le droit de reproduction. Sous réserve d'un usage strictement privé, rien ne devrait alors interdire le téléchargement. La problématique changerait alors ici, et il conviendrait de s'intéresser sans hypocrisie à la question de la licéité de la source première.

L'opération d'uploading met en jeu tant le droit de reproduction que de représentation. Dès lors que différentes personnes prises individuellement viennent rechercher une œuvre installée sur un disque dur, la limite de la copie privée est atteinte. Pour certains, il n'y a pas en cela une véritable atteinte au droit de représentation, car la notion même de représentation suppose une mise à disposition : la communication d'un ensemble visuel et sonore au public (cf. art. L122-2 du CPI). Or, en l'occurrence, l'œuvre en question est un fichier MP3 qui nécessite une retranscription pour être écouté. De plus, la notion de public, à l'instar de l'envergure que l'on peut lui adjoindre en droit de la communication audiovisuelle, suppose une certaine simultanéité et communauté d'intérêt.

La jurisprudence a tenté de s'accommoder de ces différentes questions et on a pu assister à une évolution surprenante, mais relativement en accord avec la pratique et le phénomène social.

§2. L'évolution jurisprudentielle : de l'exception à un droit au droit à l'exception ?

Il convient de distinguer ici la protection des droits des auteurs et de leurs ayants droit par les actions intentées contre les internautes, et la protection des droits par la mise en place de mesures techniques de protection sur différents supports, ayant elles-mêmes soulevé un fort contentieux.

A. Les actions contre les internautes.

Face aux pertes financières qu'entraînait le téléchargement, ou plus exactement, face au manque à gagner, les Majors, éditeurs, ou encore les sociétés collectives de gestion de droits ont intenté une vague d'actions contre les internautes pratiquant le téléchargement illégal d'œuvres sur Internet.

Le premier mouvement jurisprudentiel a fait preuve d'une relative sévérité envers les internautes. Dans une décision rendue en date du 29 Avril 2004¹⁸, le Tribunal de grande instance de Vannes a condamné six internautes à des peines de prison avec sursis et au paiement de diverses amendes. Néanmoins, cette décision se révèle assez imprécise quant à l'élément matériel du délit de contrefaçon¹⁹. Le tribunal ne répond pas à la question de savoir si les téléchargements des œuvres sur les réseaux de P2P étaient susceptibles de bénéficier de l'exception de copie privée, les contrevenants ayant par ailleurs effectué des copies de nombreux logiciels sur Internet, allant au-delà de la copie de sauvegarde autorisée.

Allant plus loin, la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Pontoise le 2 février 2005²⁰, opère un début de distinction entre les deux opérations de downloading et d'uploading. Le droit de reproduction mis en cause par le downloading trouve une certaine limite dans l'exception de copie privée. Mais l'uploading permettant au tiers utilisateur de prélever la copie de l'œuvre précédemment téléchargée sur le disque dur où elle a été sauvegardée, transgresse le droit de représentation. En effet, la somme des utilisateurs internautes est assimilable à un public, et dépasse par conséquent la notion de représentations privées dans le cercle de famille, exception prévue à l'article L. 122-5 du CPI. Malgré les objections juridiques énoncées précédemment, l'opération d'uploading, même éloignée de la conception de représentation du code de la propriété intellectuelle, constitue bien une mise à disposition envers un certain public. En outre, compte tenu de l'architecture des logiciels de P2P, dès que l'œuvre est inscrite sur le disque dur, elle se trouve concomitamment mise à disposition du public. Dès lors, le droit de reproduction est absorbé par le droit de représentation. En l'espèce, le juge a par conséquent fait preuve de sévérité, et condamné pénalement l'internaute pour délit de contrefaçon, au titre d'un manquement tant au droit de reproduction qu'au droit de représentation.

¹⁸ TGI de Vannes, 29 Avril 2004, *Légipresse* n°215, octobre 2004.

¹⁹ Article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle : Toute 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, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit. La contrefaçon en France d'ouvrages publiés en France ou à l'étranger est punie de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Seront punis des mêmes peines le débit, l'exportation et l'importation des ouvrages contrefaits.

²⁰ TGI Pontoise, 2 fév. 2005, *Légipresse* n° 224, septembre 2005.

Progressivement, cette solution jurisprudentielle s'est affaiblie, comme le laissait pressentir une décision intervenue quelques mois auparavant. Dans son jugement du 13 octobre 2004, confirmé par la Cour d'appel de Montpellier le 10 Mars 2005, le Tribunal de grande instance de Rodez, distingue les deux éléments du processus de téléchargement, ce qui n'est pas sans conséquence pour l'internaute...qui a été relaxé ! En l'espèce, une distinction juridique s'est imposée au juge. Si l'internaute se limite à télécharger une œuvre sur son ordinateur, seul le droit de reproduction est concerné, lequel cède devant l'exception de copie privée. Cependant, si la finalité est de permettre à des tiers utilisateurs de se procurer cette même œuvre, l'exception de copie privée ne peut être retenue car la représentation va au-delà du simple cercle de famille, la somme des internautes uploaders constituant vraisemblablement un public. Dans ce dernier cas, l'élément matériel de l'infraction de contrefaçon sera constitué. Cette décision, non seulement confirmée en appel, a été reprise le 20 Septembre 2005 par le Tribunal de grande instance du Havre, où « *la culpabilité de l'internaute est établie pour des faits de mise à disposition de fichiers* ».

A ce stade de l'évolution jurisprudentielle, il pourrait être reproché aux juges de ne pas s'être intéressés à la question aussi délicate qu'essentielle, de la licéité de la source de l'œuvre et de la légalité de son accès.

Dans une décision du 8 décembre 2005, un avancement est fait en la matière. Cette décision revient sur la prise en considération de l'élément moral ou intentionnel de la contrefaçon, ainsi que sur l'autorisation des ayants droit devant être obtenue avant toute exploitation autre que pour l'usage privé destiné à une utilisation non collective. Ce jugement commence à ouvrir deux voies essentielles. Concernant l'élément moral, le mouvement jurisprudentiel antérieur considérait que « *l'élément intentionnel est présumé dans le délit de contrefaçon. La seule exploitation d'une œuvre sans l'autorisation de l'auteur et en méconnaissance de ses droits implique qu'un tel acte a été accompli sciemment sauf preuve contraire* »²¹. Depuis une jurisprudence du XIX^e siècle²², le délit de contrefaçon est assorti d'une présomption de mauvaise foi, impliquant que, dès que la matérialité des faits est établie, l'intention coupable est démontrée. Ainsi, pour se dégager de sa responsabilité, l'internaute avait à établir la preuve de sa bonne foi, rendue difficile par le fait que la reproduction et la représentation d'une œuvre sont des actes positifs qui dénotent une volonté d'agir. En outre, les internautes impliqués dans ces différentes affaires reconnaissaient l'illicéité de leurs actes, ce qui ne laissait aucun doute aux juges. Ce dernier point tendait dans les jurisprudences antérieures à éluder le réel débat autour de l'élément intentionnel, à savoir, la connaissance par le prévenu du fait que l'œuvre n'était pas tombée dans le domaine public ou que les droits n'avaient pas été cédés par l'auteur. Le jugement du 8 décembre précité, rappelant que la loi pénale est d'interprétation stricte, conclut qu'il n'existe « *aucune présomption de mauvaise foi du fait du recours à un logiciel de partage ni aucune présomption du refus d'autorisation de mise en partage des ayants droits d'œuvres musicales* ». En effet, les logiciels de partage mettent à disposition différents types d'œuvres : certaines peuvent être tombées dans le domaine public, ou libres de droit, ou encore autorisées par les ayants droit, et d'autres non. Or, le logiciel en cause ne donnait aucune information permettant de distinguer les fichiers selon leur nature juridique. Dès lors, l'internaute ne pouvait éviter l'usage d'œuvres dont la diffusion n'était pas licite. Les juges considèrent ainsi que l'intention coupable ne peut être

²¹ TGI de Vannes, 29 Avril 2004, Légipresse n°215, octobre 2004.

²² Crim.11 Avril 1889 et 13 Mars 1890, *Bull. crim.* n° 150.

caractérisée par l'absence de vérification préalable de la possibilité de disposer librement d'une œuvre. L'internaute a par conséquent été relaxé.

Cette jurisprudence tend à recentrer le débat sur la véritable question de l'origine de l'œuvre. Il est à espérer que d'autres juridictions suivront cette voie et approfondiront ce champ d'action, mais de manière moins hypocrite, l'internaute intéressé en musique n'étant pas totalement dupe de la nature de ce qu'il télécharge (en effet, un jeune internaute avec environ 2000 fichiers musicaux dont certains récents, ne peut imaginer qu'ils sont tombés dans le domaine public... Mais l'effort des juges pour faire avancer le débat reste néanmoins à souligner).

Au-delà de simples actions juridiques et médiatiques, les acteurs de l'industrie culturelle entrés en guerre ouverte contre les « pirates » vont, dans le but de protéger leurs œuvres pour décourager les internautes utilisant les logiciels de d'échange de fichiers sur les réseaux P2P, tenter d'imposer des barrières techniques sur les supports afin d'éviter toute exploitation contrevenante. Ce faisant, les réactions des consommateurs ont été immédiates en raison de certaines incompatibilités de matériel (par exemple, l'impossibilité de lire un cd sur un ordinateur). De nouvelles jurisprudences, constituant autant de manière de voir le problème, sont entrées en jeu.

B. La mise en place de mesures techniques de protection.

Comme il serait loisible de le penser, les mesures techniques de protection ne sont pas apparues récemment. Cela fait près de dix ans qu'elles ont commencé à voir le jour juridiquement, d'abord sur la scène internationale corrélativement au plein essor du numérique. En décembre 1996, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle prévoyait dans ses deux traités internationaux la mise en place de *Mesures Techniques de Protections* pour palier le risque de piratage, en agissant à la source. Avec le développement de l'Internet Haut débit et des techniques améliorant la qualité des copies à moindre coût et en moins de temps, les industriels ont multiplié les supports équipés de ces dispositifs techniques, rebaptisés à l'occasion *Digital Right Management*. Définis par la directive communautaire du 22 Mai 2001 comme tous dispositifs destinés à empêcher ou limiter les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, ceux-ci ont commencé à soulever nombre de problèmes (l'illisibilité du support dans un lecteur d'ordinateur par exemple, l'impossibilité de copie sur une vidéo, voire endommagement du disque dur dans certains cas), et leur antagonisme originel avec l'exception de copie privée s'est retrouvé au cœur du débat judiciaire. Prenant dans un premier temps le parti de l'exception, la jurisprudence s'est retrouvée perplexe suite à la tentative de transposition de la directive DADVSI, et tend à revenir sur les acquis si difficilement acceptés et si fragilement maintenus.

L'épopée jurisprudentielle des mesures techniques de protection se voit parfaitement illustrée par l'affaire « Mulholland Drive », qui en chaque stade de l'évolution de la procédure, se voit refléter le contexte qui l'entoure.

Un consommateur, ayant fait l'acquisition du DVD reproduisant le film *Mulholland Drive*, n'avait pu en réaliser une copie pour son usage privé, en raison de l'existence sur le support d'un dispositif technique de protection, qui n'était pas suffisamment mentionné sur la jaquette. Consécutivement à d'autres plaintes, une association de consommateurs s'est jointe à l'action. En première instance, le Tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du

30 Avril 2004²³, a tranché en faveur des sociétés productrices et distributrices. Selon les juges, « *le législateur n'a pas entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre mais a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe au monopole détenu par les auteurs, consistant dans le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres* ». En outre, ceux-ci analysent le droit national en vigueur, comportant une exception au monopole de reproduction des titulaires des droits d'auteurs pour copie privée, au regard de la Convention de Berne et de la directive communautaire du 22 Mai 2001. Celles-ci stipulent que si les pays de l'Union ont la faculté de permettre la reproduction des œuvres, l'exercice de cette faculté doit être subordonnées à trois conditions cumulatives : il faut être en présence d'un cas spécial, la reproduction autorisée ne peut porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et ne doit causer aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Au regard de ce test en trois étapes, la juridiction parisienne considère que l'exploitation d'un film en DVD est capitale pour l'équilibre de la production et que la copie ne pourra que porter une atteinte grave à l'exploitation normale de l'œuvre. Peu importe que le support vierge acquis par le demandeur donne lieu à une rémunération pour copie privée ou non. Elle déboute subséquemment les plaignants. En outre, sur le défaut d'information soulevé par ces derniers, le tribunal considère que l'impossibilité de réaliser une copie privée du DVD ne constitue pas une caractéristique essentielle d'un tel produit, les informations présentes sur la jaquette étant alors suffisantes.

La Cour d'appel de Paris devant laquelle l'appel a été interjeté, fait, elle, dans un arrêt du 22 Avril 2005, une application contraire du test en trois étapes, qui la conduit à infirmer le jugement de première instance et donne droit aux consommateurs. La copie privée retrouve ici sa plénitude, et les mesures de protection sont purement et simplement interdites dans le cas d'espèce. Si la Cour rappelle, de manière analogue à la juridiction de première instance, que la copie privée constitue « *une exception légale aux droits d'auteur, et non un droit qui serait reconnu de manière absolue à l'utilisateur* », son interprétation consacre très largement sans l'avouer un droit à la copie privée. La qualification de droit subjectif est refusée, mais la solution adoptée et le raisonnement qui y conduit semblent démontrer le contraire, comme se l'accorde à dire la plupart des commentateurs de l'arrêt²⁴. Le droit subjectif se définit en effet comme la prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur, ou d'exiger d'autrui une prestation²⁵. La Cour fait ici prévaloir la possibilité de réaliser une copie sur le pouvoir de l'empêcher. Elle institue de la sorte la sanction de l'intérêt de l'utilisateur. Et, en la matière, elle fait preuve de sévérité puisqu'elle condamne les producteurs et distributeurs à verser respectivement 100 et 1000 euros au consommateur et à l'association plaignants. Mais au-delà, elle édicte une interdiction pure et simple « *d'utiliser des mesures de protection technique incompatible avec l'exception de copie privée sur le DVD* »²⁶. Ainsi, l'acquéreur doit être en mesure de réaliser une copie à partir de son acquisition, et, le procédé de reproduction ou la nature du support source ne doit pas importer. Le fait que l'œuvre soit enregistrée sur un support numérique n'a aucune conséquence selon les juges, puisqu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

²³ TGI Paris, 30 avr. 2004, *Légipresse* n° 214, septembre 2004.

²⁴ Voir en ce sens : BENAMOU Valérie-Laure, *Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt Mulholland Drive*, Juriscom.net, 30 mai 2005 ; et : VIVANT Michel et VERCKEN Gilles, *Copie privée et mesures techniques : un équilibre encore à trouver*, note sous CA Paris, 22 avril 2005, *Légipresse* n°227, Décembre 2005.

²⁵ Cf. GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2001, 592 p.

²⁶ Dans une décision du 10 janvier 2006, le Tribunal de Grande Instance de Paris adopte la même sanction à propos d'un verrou anti-copie placé sur un cd, rendant celui-ci illisible sur l'ordinateur du consommateur, tout en rappelant que « *si les dispositifs anti-copie ne sont pas interdits par la loi, ils doivent respecter l'exception de copie privée, tout en préservant les droits des auteurs* ». source : www.juriscom.net.

Ils font une application du test en trois étapes à l'exacte opposée des premiers juges qui avaient considéré que la copie numérique ne rentrait pas dans le champ de l'exception légale de copie privée - puisqu'elle mettait en échec ce test. Par cet arrêt, la copie privée était très largement à l'honneur, et ornée d'une dimension nouvelle, dans la mesure où la Cour admettait que le fait de reproduire le DVD à des fins de lecture dans le cercle de famille était éligible au titre de la copie privée, alors même que la loi n'envisage le copiste et l'utilisateur que comme une seule et même personne.

Mais la plénitude implicite ne dura pas, puisque dans un arrêt du 28 février 2006, la Cour de Cassation opère un nouveau revirement. Elle considère que « *l'exception de copie privée prévue aux articles L.122-5 et L.211-3 du code de la propriété intellectuelle (...) ne peut faire obstacle à l'insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée, de mesures techniques de protection destinées à en empêcher la copie, lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (...)* ». Cette atteinte résulte selon la Cour de cassation, « *des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique* ». Ainsi, pour apprécier la mise en œuvre de l'exception de copie privée la Cour opère la distinction entre les supports, refusée antérieurement par la juridiction d'appel. Le parti pris semble être ici plus économique que juridique ; cette distinction pour les supports numériques étant inexistante dans la loi. Mais peut-on réellement reprocher ce choix à la Cour de cassation ? Car le problème est justement là : il s'agit certes de notions juridiques du droit d'auteur mais peut-on les appliquer purement et simplement sans tenir compte de l'environnement économique, si présent, voire oppressant, en matière de nouvelles technologies ? Néanmoins, peut-on accepter que l'environnement numérique puisse, à terme, entraîner la suppression de la copie privée... même celle réservée à l'usage du copiste ? Il ne faut pas oublier également que cet arrêt a été pris en plein contexte de transposition de la directive du 22 Mai 2001... les hauts magistrats ont-ils cherché à lancer un appel aux députés ? Ceux-ci les ont-ils entendu ? L'avenir le dira...

Cette évolution reste un grand melting-pot de références internationales et européennes, parfois difficilement mises en œuvre par le juge pour l'interprétation de textes nationaux, qui eux-mêmes semblent se saborder à toute échelle. La seule certitude étant le lobbying toujours plus forts des industriels, les auteurs en reste de leurs droits, et un consommateur qui développe ses mœurs sociales sans aborder les conséquences. Comment alors concilier des intérêts si opposés avec des acteurs sans concession ? C'est à l'occasion de la transposition de la directive du 22 Mai 2001 que les gouvernants ont tenté de « résoudre », ou, plus exactement d'amorcer des tentatives de réponses, à ces différents problèmes, entraînant des contentieux encore plus divers... Les débats sont houleux, et la proposition, enfantée dans la douleur, n'est probablement pas encore au bout de son périple...

Section II. Les tentatives gouvernementales ou la polémique loi DADVSI.

La directive européenne du 22 mai 2001, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information aurait du être transposée par les États-membres avant décembre 2002. La France a été rappelée à l'ordre par deux fois par la Commission européenne, mais la « condamnation » s'est également opérée par la société. En effet, la France qui a pris un retard incompréhensible dans la transposition de cette directive, a rencontré nombre de difficultés, notamment en raison de la banalisation des nouvelles technologies et de leur usage par le public. Le développement exponentiel du téléchargement par exemple, et la confrontation avec le droit que cela a engendré, a exposé le gouvernement à une opinion publique très remontée. Ce retard a nécessité l'engagement de la procédure d'urgence. Ce qui implique que le projet ne fera l'objet que d'une seule lecture. Après une première tentative infructueuse au mois de décembre 2005, le projet de loi sur « le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information » a été adopté à une faible majorité le 21 mars dernier. Plusieurs points importants ont été votés.

§1. Les sanctions contre les internautes.

L'échange de fichiers sur Internet par le biais des réseaux de P2P pouvait jusqu'alors entraîner une condamnation pour délit de contrefaçon, les peines encourues allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Le projet opte pour des sanctions plus faibles : le téléchargement des œuvres sur le P2P sera passible de 38 euros d'amende et 150 euros pour la mise à disposition de fichiers.

Si le dispositif semble « simple » et « mesuré », il ne fait nul doute que sa mise en œuvre se révélera beaucoup plus périlleuse. En effet, pour détecter les internautes contrevenant, il sera fait appel aux fournisseurs d'accès pour identification de l'abonné, après que les adresses IP aient été relevées par un officier de police judiciaire. Mais rien ne prouve par exemple, que l'abonné et l'internaute téléchargeant illégalement soit une seule et même personne. De plus, un tel dispositif suppose beaucoup de personnel et des moyens techniques et financiers considérables. De fait, les fournisseurs d'accès à Internet facturent à la police ou à la justice autour de 50 euros chaque demande d'identification d'internaute. L'éternel problème du financement se pose alors. Il faudrait également la mise en place d'un dispositif technique à grande échelle pour être dissuasif, mais le nombre et la variété des systèmes d'échange de fichiers rendent quasiment impossible la création d'un système unique de surveillance. Ainsi, si le projet a été adopté, sa mise en œuvre n'est pas encore certaine.

§2. Les sanctions en cas de contournement des mesures techniques de protection.

Un nouveau régime est créé par le projet de loi :

- Le détenteur ou l'utilisateur de logiciel de contournement de ces mesures est passible d'une contravention de 750 euros ;
- La personne qui les décrypte de 3750 euros ;
- Et enfin, celle qui les diffuse risque une peine d'emprisonnement de trois ans et 300 000 euros d'amende.

Ces dispositions, qui favorisent l'insertion des DRM en leur offrant une protection légale renforcée, se voient néanmoins contrebalancées par une exigence d'interopérabilité. Les éditeurs d'œuvres protégées par ces verrous auront une obligation d'information envers les utilisateurs sur les conditions de lecture et de copie de l'œuvre. Ils devront indiquer les éléments nécessaires à la mise en œuvre de l'interopérabilité. Ce dispositif n'a pas manqué d'interpeller les éditeurs, et notamment Apple. Dans un premier temps, la société américaine considère que les faibles sanctions adoptées contre le téléchargement illégal ne freinent pas le développement des réseaux de P2P, et corrélativement, ne permettent pas de développer les services payants de musique en ligne. Ainsi, elle menace de retirer *l'iTunes Music Store* du marché français. Dans un second temps, Apple étend ses griefs à l'interopérabilité. Selon elle, cette exigence légale l'oblige à partager ses innovations avec la concurrence, et ce, en violation de ses droits de propriété intellectuelle. La France ne représentant qu'environ 2% du marché de la vente d'*iPod* et des titres sur *iTunes*, Apple n'acceptera probablement pas les conditions du marché français, avec le risque plus important à terme selon elle de propagation de son modèle.

Un autre élément est de nature à soulever des difficultés dans l'application future et éventuelle de ce texte. Si l'édition, la commercialisation ou la distribution d'un logiciel destiné à des échanges illégaux est passible de sanctions pénales, il convient de noter ici, que la majorité des éditeurs ne sont pas français, et que la diffusion de ces programmes est la plupart du temps relayées par des sites Internet hébergés à l'étranger. Dès lors, se pose la question de l'applicabilité de la loi française. Selon Stéphane Marcovitch, délégué général de l'Association française des fournisseurs d'accès, la plus grande crainte est « *de voir des décisions de justice contraindre [les fournisseurs d'accès] à filtrer Internet pour rendre inaccessible tel ou tel site, au motif qu'il mettrait à disposition certains logiciels* »²⁷, ce qui serait en soi inopérant. En effet, lorsqu'un site est bloqué, tous les sites hébergés sur le même serveur le sont, y compris ceux totalement étrangers au délit. De plus, en raison de la rapidité et de l'immensité propre à la nature même d'Internet, le temps de bloquer le site, le logiciel illicite sera déjà disponible sur d'autres serveurs, et par conséquent, toujours accessible.

§3. La copie privée.

Le projet de loi autorise les reproductions effectuées pour les personnes handicapées, celles réalisées par les bibliothèques, musées et services d'archives dans un but non lucratif, et les copies caches nécessaires à la transmission de l'information via les réseaux. Cependant, les copies faites pour l'enseignement ou la recherche restent soumises au droit d'auteur.

Enfin, après de houleux débats, il a été décidé que les téléchargement et échanges de fichiers restent exclus du champ de la copie privée. Dès lors, la proposition de licence globale a été écartée définitivement. Lors du premier examen devant l'Assemblée Nationale, deux amendements avaient pourtant été votés en sa faveur. Le principe était simple : légaliser les échanges de fichiers représentant de nouvelles diffusions qu'il fallait encadrer pour restaurer une équité envers les ayants droit et contre une rémunération prélevée auprès des internautes directement sur leur forfait Internet, à répartir ensuite entre auteurs, interprètes et producteurs. Néanmoins, pour beaucoup, la compensation aurait été insuffisante, et la licence globale n'aurait qu'encouragé la baisse des ventes de disques et freiné la mise en place de plates-

²⁷ Cf. FOUCARD Stéphane, *La loi sur le droit d'auteur sera difficile à appliquer*, Le Monde, 28 mars 2006.

formes de téléchargement payant. Dès lors, si le principe de la licence globale a été rejeté en mars, la contrepartie adoptée réside dans « *la mise en œuvre d'une plate-forme publique de téléchargement visant à la fois la diffusion des œuvres des jeunes créateurs dont les œuvres ne sont pas disponibles à la vente sur les plates-formes légales de téléchargement et juste rémunération de leurs auteurs* »²⁸.

En outre, l'intention annoncée reste de préserver l'exception de copie privée. Toutefois, les modalités de mise en œuvre de celle-ci ne sont pas précisées par le texte. Par exemple, le projet prévoit la possibilité pour les titulaires des droits de limiter le nombre de copies de l'œuvre protégée, sans indiquer le nombre minimal de copies. Ainsi, l'exercice de la copie privée sera d'abord encadré par un décret en fixant les modalités, puis par un collège de médiateurs, en charge entre autre des différends entre consommateurs et éditeurs. Pouvant être saisi par toute personne bénéficiaire de l'exception pour copie privée, il déterminera à ces occasions les modalités complémentaires d'application dans des décisions publiques pouvant faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris.

Toutes ces incertitudes et difficultés pratiques laissent augurer d'une difficile application d'un texte déjà désavoué. Encore faut-il que le texte soit également adopté par le Sénat, ce qui reste, pour l'instant au vu des précédents débats, de l'ordre de l'expectative. De fait, une quarantaine d'amendements ont déjà été déposés par la commission des affaires culturelles du Sénat. Le 4 mai prochain, les sénateurs devront se prononcer en une seule lecture, puisque procédure d'urgence il y a. Il semblerait que le sort ne soit pas encore jeté...

Les tentatives de réponses arborées par les institutions ne semblent satisfaire personne, y compris elles-mêmes. Les distancions au sein de la jurisprudence, comme au sein du gouvernement ou du parlement, reflètent la complexité du débat. Chacun tente de sauvegarder son intérêt, sans pour autant ouvrir de réelles discussions. De toute part, on a pu voir émerger des groupements d'intérêts plaidant en faveur de telle ou telle solution sans parvenir à communiquer d'une seule voix... Que ce soit les artistes, sociétés de gestion de droits, parlementaires, pro ou anti licence globale, les associations d'internautes ou les industriels, tous entendent favoriser l'accès à la culture mais ne souhaitent pas le faire aux dépens de leurs propres intérêts, ce qui en soi, semble une évidence, mais aboutit au final à un dialogue de sourd sans concession. La solution idéale est sans doute inexistante, mais tarder à intégrer le phénomène omniprésent des nouvelles technologies et de leurs usages ne peut que concourir à la perte du système. Il est indéniable aujourd'hui qu'il faut compter avec, et tergiverser de la sorte n'est profitable à personne... Plus le retard s'accumule, et plus la difficulté s'accroît.

En l'état actuel de la situation, le droit d'auteur doit néanmoins être appliqué, et face aux nouvelles technologies, à pratiques singulières, applications singulières... La mise en œuvre du droit d'auteur doit être réajustée.

²⁸ Cf. article 1^{er} bis III du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, adopté en première lecture après déclaration d'urgence le 21 mars 2006.

Partie II

LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT D'AUTEUR AJUSTÉE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES

L'analyse précédente permet de relativiser le droit d'auteur et ses lacunes. En effet, cet état des lieux incite à une dédramatisation du droit d'auteur en France. Mais il ne saurait être complet sans une analyse de fait des NTIC et de la société d l'information, confrontée au droit d'auteur.

Les NTIC ont soufflé les barrières de l'espace et du temps. Les nouvelles possibilités de communications offertes par les technologies, associées à une société où les messages circulent en masse, sans frontières et de manière quasi instantanée, la société de l'information ont déstabilisé le droit d'auteur. De sorte qu'une analyse de tous ces éléments permettra de comprendre les nouveaux enjeux auxquels le droit se confronte aujourd'hui, en France.

Celle-ci se fera sous la forme de cas pratiques. Face à la multitude de nouvelles pratiques et de modes de consommation des médias, seuls les exemples les plus illustrateurs seront abordés.

Au fil du temps et des techniques le droit d'auteur a su s'ajuster et prendre en considération les modifications indispensables à sa continuité ainsi qu'à son essence profonde qui réside en la protection des auteurs, de leur oeuvres mais aussi plus globalement à la création en général.

Mais, la difficulté d'adoption de la loi DAVSI, les nombreux procès intentés contre les internautes relativement au piratage des œuvres dans la société de l'information, les hésitations de la jurisprudence, sont autant de facteurs qui permettent aujourd'hui, de douter quant à la réelle adaptation de la propriété littéraire et artistique à la société de l'information. Afin d'aborder toutes les questions soulevées par les nouvelles technologies et la société de l'information, et de relativiser le droit d'auteur, en l'occurrence, au cœur de sa mise en œuvre pratique, trois angles de vues seront successivement abordés.

Une étude ponctuelle par des exemples concrets mettra en exergue la manière dont la pratique s'est adaptée (Chapitre I), puis l'étude du mode de diffusion, linéaire ou non linéaire, permettra de regrouper certaines problématiques envisagées précédemment, et enfin, l'étude plus générale effectuée par l'exemple de la convergence des médias permettra d'approfondir et de synthétiser les informations et d'envisager des difficultés ou constats positifs n'ayant pas été soulevés antérieurement (Chapitre II). Cela permettra de faire un état des lieux du droit d'auteur dans la société de l'information, mais aussi de dégager et de synthétiser les problématiques par pratiques, ensuite par techniques de diffusion et enfin par médias.

Chapitre 1. Des pratiques et un contenu singuliers.

Jusqu'à présent et depuis l'avènement des services offerts par les différents médias, le destinataire des différents messages n'était qu'un récepteur. Il n'avait l'occasion de s'exprimer de participer à l'élaboration d'une pensée commune que par l'intermédiaire du droit de réponse²⁹, en prenant part à des activités citoyennes, ou encore dans un cadre privé. Mais les nouvelles technologies bouleversent la donne.

En effet, les appareils de plus en plus perfectionnés permettant d'émettre une information sont maintenant accessibles au grand public. Simples d'utilisation et peu chers, les petits comme les grands peuvent désormais s'exprimer. Participer à la vie de la cité, ou à la vie de leur groupe social, leurs loisirs. Les possibilités techniques ouvrent la voie à l'interactivité. Le récepteur est aussi un émetteur qui participe désormais à la création. De sorte que le consommateur comme les industriels se sont adaptés à leur nouvel environnement.

L'étude d'un consommateur devenu créateur, associée à la mise en œuvre du droit d'auteur, (Section I) permettra, à travers les exemples du blog (§1), des jeux vidéo (§2), et du mode pensée Wikimédia (§3), de mettre de découvrir les pratiques des individus. Ensuite, les nouvelles offres proposées (Section II) permettront de faire état de nouveaux contenus associés à de nouvelles technologies, comme les programmes offerts au podcasting (§1), et à la VOD (§2). En plus de ceux issus des agissements des particuliers, et dont le droit d'auteur doit désormais s'occuper.

²⁹ Le droit de réponse permet à chaque personne mise en cause, de riposter aux propos tenus la concernant et portant atteinte à son honneur ou à sa réputation.

Section I. Du consommateur au créateur.

En premier lieu, force est de constater que cette création n'a lieu quasiment que dans le cadre d'Internet. Ce média est le seul qui offre la possibilité d'émettre une information et de la publier facilement sans coût³⁰. En effet, aujourd'hui chaque individu possède un ordinateur ou y a accès par l'intermédiaire des cybercafés, universités, ANPE, ou encore par l'intermédiaire de son travail.

§1. Les blogs.

Les blogs sont « site web sur lesquels une ou plusieurs personnes s'expriment de façon libre, sur la base d'une certaine périodicité. Le flux d'actualités est décomposé en unités chronologiques, susceptibles d'être commentées par les lecteurs le plus souvent enrichies de liens externes. Le mot blog est né de la contraction de « web blog » (en quelque sorte un bloc note sur le web) »³¹.

Le code de la propriété intellectuelle dispose qu'une « œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée de la conception de l'auteur »³². Le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination des œuvres de l'esprit importe³³ peu, il suffit que celle-ci revête l'empreinte de la personnalité de l'auteur, et un début de mise en forme.

Aussi il apparaît légitime de s'interroger sur la protection du contenu des blogs et du droit dont peuvent se prémunir leurs auteurs.

Si les conditions exigées par le CPI sont réunies, les auteurs pourront se prévaloir des dispositions du CPI, concernant le contenu de leur blog.

De sorte que lorsque des opérateurs désirent diffuser voir reprendre des contenus de blog, ils sont susceptibles de respecter la législation en la matière. En effet, certains journaux, sites ou émissions ne sont basés que sur les blogs. Il s'agit pour les récepteurs de dénicher les blogs les plus intéressants. De nombreux groupes de musiques se sont ainsi fait connaître via leurs blogs. Différentes natures de blogs sont concernées : les moblogs (ou blogs édités depuis les téléphones mobiles), les vidéoblogs³⁴ (blogs contenant des vidéos)... Il est de plus en plus courant que les internautes mettent à dispositions via leurs blogs ou sites Internet, leur vidéo, musique, programmes divers et variés à podcaster. Selon, la qualité des programmes émis les opérateurs traditionnels pourraient se voir voler la vedette ! Néanmoins, si ces mises à disposition sont généralement gratuites, la qualité de accroît leur vitesse et volume de circulation. Certains, mal intentionnés pourraient ainsi reprendre à leur compte sur une offre plus traditionnelle et payante, les programmes ainsi créés par les internautes. De sorte que se pose la question de la protection des blogs par le droit d'auteur.

Cette pratique pose aussi la question de la rémunération. En effet, les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), mais surtout leur pratique ont

³⁰ Le seul coût étant évidemment de disposer de l'équipement nécessaire.

³¹ <http://fr.wikipedia.org/wiki/Blog>.

³² Article L.1.11-2 CPI

³³ Article L.112-1 CPI

³⁴ http://fr.wikipedia.org/wiki/Blog#Pratiques_des_blogs (énumère toutes les pratiques et les usages des blogs)

bouleversé les modes de rémunérations traditionnels et le marché économique de la création dans son ensemble.

Le téléchargement de contenus de blog doit-il être protégé et rémunéré au même titre que les autres biens culturels traditionnels.

En effet, il n'y aurait aucune raison que les contenus des blogs qui ont nécessités un effort de création se voient appropriés par des opérateurs voir majors sans scrupules alors que se sont ces derniers qui réclament l'insertion de DRM et des sanctions envers les pirates du Web ! Ainsi TF1 va développer un concept de média global. C'est-à-dire selon eux, « tous les contenus seront disponibles sur toutes les plates-formes de diffusion imaginables » et créer une intérêt des consommateurs en diffusant « les contenus audiovisuels produits par les internautes, à la télévision et sur les mobiles »³⁵. Les opérateurs ont ainsi trouvé un moyen simple de concilier un rendement économique et humain. En effet, diffuser des contenus produits par des internautes est un moyen facile de trouver de l'audimat et de disposer de contenus de manière quasi gratuite. Comment fixer le prix de ce type de contenus ? À quand, la Web ou blog Academy ?

Ainsi, selon les règles énoncées par la propriété intellectuelle, les blogs entreraient dans le champ d'application de cette réglementation. De sorte que les auteurs de blogs s'ils estiment avoir subi un préjudice pourraient invoquer l'application des règles de la propriété intellectuelle à leur encontre. Toute la difficulté réside dans l'application de ces règles aux blogs.

Mais finalement, est-ce réellement la destination des blogs, qui relèveraient plutôt du domaine des échanges, du partage de connaissance que constitue aussi l'essence d'Internet. En l'espèce la question de la protection se poserait en termes moins rigoureux.

§2. Les jeux vidéo.

L'émission de contenus concerne tous les domaines, et les jeux vidéo n'y échappent pas. Certains fans ont édité des sites où ils créent et amassent des objets virtuels. Le jeu vidéo « SIM'S » en avait fait son principal argument de vente : « Personnalisez vos Sim's ». si bien que chaque internaute peut véritablement créer son Sim's...

Mais s'agit-il en l'espèce d'une véritable création ou simplement d'une fabrication qui s'apparenterait plus à de l'artisanat ?

La question est à envisager car cette création ou fabrication fait l'objet d'un véritable marché, et provoque la grogne chez les éditeurs de jeux vidéo. En effet, l'univers et tous les produits dérivés des jeux vidéo sont un domaine plus que florissant, notamment depuis l'avènement de la Toile.

Selon les dispositions du CPI s'il existe une création de forme, et qu'elle fait l'objet d'une originalité porteuse de l'empreinte de la personnalité de l'auteur, l'objet ainsi créé est une œuvre et l'auteur dispose des prérogatives offertes par le CPI. De plus, il pourrait s'agir d'une œuvre dérivée ou composite c'est-à-dire une œuvre créée à partir d'une œuvre préexistante. Or, le propriétaire est celui qui a créée la nouvelle œuvre « sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante » art.L.113-4. Cette pratique constitue t-elle une contrefaçon, porte t-elle préjudice aux droits de l'auteur de l'œuvre préexistante, ou s'agit-il d'une véritable création d'œuvre ?

³⁵ GONZALES P., « Le groupe TF1 se fait l'apôtre des nouveaux médias », *Le Figaro économie*, 23 février 2006, p.28

Il pourrait s'agir d'une œuvre particulière engendrée par les NTIC : l'œuvre multimédia. Et à l'image des tensions portées par les échanges de personnages virtuels des fans de jeux vidéo, faute de définition légale de cette œuvre, il est difficile de définir le statut des différents contributeurs, entendu comme étant les auteurs, les entreprises de développement et les éditeurs³⁶ de ces jeux.

Les éditeurs ont néanmoins trouvé une parade en créant des sites « légaux » d'échange de personnages ou objets, néanmoins ceux-ci sont payant et certains éditeurs comme SONY n'hésitent pas à taxer les échangeant, telle une dîme. Ainsi, sous prétexte de contrefaçon certains éditeurs ont trouvé une nouvelle source de profit. Les internautes pouvant être ici qualifiés de main d'œuvre gratuite³⁷!

§3. *Le mode de pensée « Wikimedia ».*

Qui ne connaît pas l'encyclopédie Wikipédia ce « projet d'encyclopédie libre, gratuite, universelle multilingue et réalisée par des volontaires sur un site Web (<http://fr.wikipedia.org/>) utilisant la technique wiki, ce qui signifie que des articles peuvent y être ajoutés, complétés par pratiquement quiconque³⁸ ». Source inépuisable de définitions et d'explications sur le monde qui nous entoure. En se penchant plus spécifiquement sur l'étude de l'encyclopédie, nous avons découvert la technique Wiki qui consiste à faire participer tous les internautes à l'élaboration d'encyclopédies. Chacun peut y contribuer en modifiant ou en apportant sa définition.

D'autres projets utilisant cette technique existent, comme le Wikilivre (ensemble de textes pédagogiques), le Wikisource (ou bibliothèque universelle), Wikiquote (recueil de citation).... Le fil conducteur de tous ces ensembles étant la participation de tous, à l'élaboration de ces savoirs, mais surtout leur mise à disposition gratuitement.

Il s'agirait en l'espèce de bases de données internationales et modifiables par tous et à tous moments. Alors quel régime au niveau du droit d'auteur. Peut-on identifier les auteurs ? En extraire la contribution de chacun ?

L'exploration du site répond plus ou moins à ces questions.

En premier lieu, l'élaboration des contributions s'effectue dans le respect du droit d'auteur c'est-à-dire qu'il est interdit de copier et de diffuser une œuvre protégée sans l'autorisation des ayants droits. Le site met ainsi en garde les utilisateurs, les informe d'un danger de contrefaçon, dans les contributions qu'ils y apportent. Il leur est interdit de plagier des définitions ou autres afin de les mettre sur le site.

Deuxièmement, s'agissant des contributions de tous, il n'est pas fait allusion à un droit exclusif d'un ayant droit en particulier, qui en l'espèce pourrait être le producteur de la base de données, mais les fondateurs ont eu recours au licence commons, GNU « Cette licence couvre notamment les textes de Wikipédia. *L'objet de cette licence est de rendre tout manuel, livre ou autre document écrit « libre » au sens de la liberté d'utilisation, à savoir : assurer à chacun la liberté effective de le copier ou de le redistribuer, avec ou sans modifications,*

³⁶ Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, « Les enjeux des œuvres multimédias », *Rapport d'activité 2002/2004*, Ministère de la Culture et de la Communication, avril 2004, p.18.

³⁷ Auteur, « Le deal des pixels, un business bien réel », *20 Minutes*, 17 novembre 2005, p.

³⁸ www.wikipedia.fr

commerciallement ou non. Cette licence est fondée sur le même principe de copyleft que la Licence publique générale GNU (GPL) utilisée par un grand nombre de logiciels libres. En fait elle a été notamment conçue pour couvrir la documentation les accompagnant. La contribution des différents auteurs se font dans l'ensemble, ils ne peuvent prétendre à un quelconque droit. Cette œuvre s'apparente à une œuvre collective.

La GFDL, comme la GPL, autorise chacun à redistribuer une œuvre qu'elle protège à condition que cela soit fait sous ses termes mêmes. La GFDL prévoit des possibilités de restrictions de la liberté de modification de l'œuvre couverte. Pour cette raison, les œuvres sous GFDL ne sont pas toutes considérées comme libres (...) »³⁹.

Le régime de la licence légale a ainsi été choisi. Il en existe de différentes natures, selon l'intensité de la protection voulue. La première « GNU » qui se traduit par l'utilisation libre des données. Et la seconde « GFDL », qui offre une protection plus spécifique à certaines données ou apports originaux permettant de les protéger de manière plus renforcée. Il s'agit là d'une adaptation de régime en fonction de l'apport effectué. Ou plus spécifiquement le régime varie selon le Wiki auquel l'on participe. Le Wikicommons (ou base de données) est ainsi protégé de manière plus stricte que les autres, puisqu'il y a recours à la licence « GFPL ».

Les wikipédiens, comme ils s'appellent entre eux, ont ainsi appliqué le principe de précaution préférant prévenir, plutôt que guérir, en instaurant dès l'origine de la création de leur service une protection spécifique à leur système par l'intermédiaire de licences, protégeant leurs intérêts de même que le droit d'auteur.

Section II. Une offre nouvelle et singulière.

L'émergence de supports hybrides, de même que les nouvelles technologies et format des œuvres permet d'envisager une offre nouvelle et singulière. Le droit doit ainsi prendre en compte ces nouveaux supports et types de contenus et offre dans son champs d'application et y ajuster ses règles.

Une précision liminaire mérite d'être soulevée, avant toute analyse. La complexité des nouvelles technologies, mais surtout le développement d'un vocabulaire techniquement hermétique entraîne des confusions. Après avoir envisagé et confronté toutes ces définitions, et technique, un constat s'impose. Le podcasting ou baladodiffusion permet effectivement de podcaster, mais sous ce terme est parfois visé le téléchargement. Car la distinction ne tient qu'à un fil : le fil RSS.

Le podcasting est traité en l'espèce plus précisément que le téléchargement, car celui-ci sera abordé plus en détail dans le chapitre 2, Section I nouvelles techniques de diffusion des programmes.

³⁹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Licence_de_documentation_libre_GNU

§1. Le contenu offert au podcasting.

Il s'agit d'une « méthode de diffusion de fichiers audio et vidéo permettant de recevoir les nouveaux fichiers automatiquement après l'inscription à un fil de téléchargement. Terme issu de la combinaison des termes iPod™ et broadcasting, il désigne le fait de rendre disponible en ligne un fichier audio ou vidéo au format numérique. Ce fichier peut-être téléchargé directement sur un ordinateur ou un périphérique à partir d'un fil de téléchargement⁴⁰ ».

Le téléchargement permet de récupérer des données sur son disque dur local à partir d'Internet, et d'ordinateurs distants.

Le podcasting comme le téléchargement sont un véritable enjeu, car ils bouleversent la pratique traditionnelle. En effet, en choisissant leurs programmes sonores ou télévisés ou encore films à la carte, les spectateurs deviennent de véritables programmeurs.

Le podcasting est une technique qui devient un véritable phénomène de société et a fortiori ouvre un marché plus que prometteur. Il en est de même pour le téléchargement légal. Mais avant d'analyser le podcasting en tant que technique non linéaire (Chapitre II), il s'agit d'analyser le contenu de ce service, c'est-à-dire les programmes offerts à ces deux techniques.

Plus spécifiquement se pose la question de la protection des programmes podcastés, et téléchargés. Plus spécifiquement, pour le téléchargement, la question du point de départ de la source : légale ou non. Les origines de ces derniers sont aussi diverses que variées. Il existe des programmes audiovisuels, séries, films, émissions et audio, morceaux de musiques, émissions...

A. Les programmes audio.

En premier lieu, s'agissant des programmes audio, il convient de s'interroger sur la protection qui pourrait leur être accordée ainsi que du régime applicable.

Certains groupes radio, comme Radio France, permettent à leurs auditeurs de réécouter, voir d'écouter, leurs émissions en les proposant une nouvelle fois sous forme de podcasting. Les émissions de flux deviennent ainsi des émissions de stock. Quid du régime qui leur est applicable ? S'agissant d'une œuvre de collaboration le producteur sous la direction duquel l'émission est effectuée est seul titulaire des droits. Néanmoins, la numérisation de l'œuvre en vue de la podcaster, et la nouvelle utilisation qui en est faite nécessite t'elle une nouvelle rémunération des auteurs de celle-ci.

L'on pourrait s'inspirer de l'exemple des articles de journaux écrits, qui avec l'émergence d'Internet et de la mise en ligne de ces derniers a nécessité une nouvelle rémunération et autorisation de cession de la part des auteurs des articles. Et ensuite, lorsque le programme est podcasté quelles sont les conditions d'utilisations ? L'acheteur de l'œuvre peut-il en disposer comme il l'entend ou est-il tenu par des conditions spécifiques d'utilisations ?

Une ballade sur le site de Radio France⁴¹ à la rubrique conditions d'utilisations⁴² nous éclaire à ce propos.

S'agissant du titulaire de l'émission, dans le paragraphe 4 intitulé « Propriété des Contenus et Services » la société rappelle que les contenus et services étant sa propriété, seule une autorisation expresse et écrite permettra de reproduire ou de représenter l'œuvre⁴³. En l'espèce, il s'agit d'une application simple des dispositions de la propriété littéraire et artistique s'agissant du droit d'exploitation.

S'agissant des prérogatives conférées à l'utilisateur, celles-ci sont contenues au paragraphe 3 intitulé « Propriété des Contenus et Services ». Ce dernier décrit le régime de l'utilisation du contenu podcasté et énonce notamment que « Radio France concède à l'utilisateur des Services (...), une licence d'utilisation des Contenus et Services personnelle et privée, non exclusive, incessible et non transférable, révocable à tous moment par Radio France⁴⁴ ». Il s'agit d'une autorisation de reproduction de l'œuvre, et de jouissance de celle-ci par l'intermédiaire d'une licence.

Mais elle pourrait s'apparenter à une copie privée puisqu'il est mentionné que l'utilisateur doit en jouir de manière « personnelle et privée ». En l'espèce s'invite de manière elliptique le débat relatif au cercle de famille. Mais surtout de la « contrefaçon numérique domestique⁴⁵ ». Car c'est suite à ce « fléau », que les industries de la création ont demandé et développé l'introduction sur les œuvres de mesures techniques anticopies ou DRM.

Si bien que l'on peut légitimement se demander si les programmes proposés au podcasting sont munis de cette technologie, permettant ainsi de contrôler l'usage légal ou non du contenu podcasté.

Une autre difficulté peut-être soulevée à ce stade de la réflexion, il s'agit du problème de l'interopérabilité des supports.

En effet, sur quel(s) support(s) peut-être lue l'émission podcastée ? La licence concédée concerne-t-elle un support unique, l'utilisateur a-t-il la faculté ainsi que l'autorisation de transférer l'émission podcastée sur un autre support hybride ou non ?

Autant de questions auxquelles la loi DAVSI ne répond pas puisqu'elle laisse le soin à un Collège de Médiateurs le soin de déterminer le nombre de copie privée. Car il s'agit bien d'une copie privée, ou de jouissance paisible d'un droit concédé par la licence d'utilisation acquise lors de l'opération de podcasting.

L'on peut rapprocher ces points de difficultés à d'autres espèces qui, dans les faits peuvent sembler différentes, mais qui, à la réflexion ne sont pas si éloignées. Nombreux sont les exemples où des consommateurs ont acheté des CD, ou DVD qu'ils n'ont pu lire que sur un support en particulier et pas dans leur voiture par exemple, ou encore les DVD dont la copie privée est interdite mais où cela n'est pas suffisamment mentionné sur la jaquette⁴⁶.

Les utilisateurs sont-ils suffisamment informés sur leurs droits et leurs devoirs vis-à-vis de l'utilisation d'œuvres en l'espèce, achetées. Si l'état de fait, ou plutôt d'anarchie, relatif au téléchargement sauvage et à la copie privée, concernant le téléchargement en particulier à

⁴¹ www.radiofrance.fr

⁴² <http://www.radiofrance.fr/services/rfmobiles/podcast/conditions.php>

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Conseil supérieur de la propriété intellectuelle et artistique, « La lutte contre la contrefaçon dans l'environnement numérique », *Rapport d'activité 2002/2004*, Ministère de la culture et de la communication, avril 2004, p.21

⁴⁶ TGI Paris, 30 avril 2004, *Légipresse* n°214, septembre 2004.

plus qu'été abordée dans la société de l'information, qu'en est-il de la copie d'une œuvre acquise légalement ? Et notamment du podcasting qui s'apparente à un téléchargement. Les consommateurs sont-ils dorénavant conscients que la copie privée est quasiment proscrite ? Peut-être y sont-ils plus sensibles lorsqu'ils payent le programme ?

La principale distinction entre le podcasting et le téléchargement réside dans le fait que la source du podcasting est généralement légale.

Néanmoins, une fois le programme podcasté, il est possible de le repartager sur un site de peer-to-peer, dès lors que le disque dur est mis en partage. Si bien que les problématiques liées au téléchargement illicite se retrouvent en l'espèce.

Concernant les sites d'offres légales gratuites ou payantes, le régime juridique ne varie pas puisque dans les deux cas, les règles du CPI, s'appliquent. Le droit transféré est un droit d'usage personnel et privé dont la reproduction ou toute utilisation autre que celle conférée par la licence est strictement prohibée. Néanmoins, il serait légitime de penser qu'il s'agit d'une autorisation par personne et non par support, dont la personne est titulaire. Le but du podcasting étant de n'avoir plus aucunes contraintes, le support pouvant parfois faire l'objet d'une contrainte lorsque celui-ci n'est ni mobile, ni portable.

Ici encore les fournisseurs du service ont organisé une utilisation encadrée et protégée des émissions qu'ils proposent au podcast.

Mais il existe d'autres possibilités de podcast ainsi que de téléchargement, notamment à partir de blog mis à disposition par des particuliers⁴⁷.

B. Les programmes vidéo.

Deuxièmement, à côté des programmes sonores, il existe une offre de podcast et un téléchargement de programmes vidéo. Une offre multiple reflète de pratiques abondantes.

Les blogs peuvent devenir une source de podcast et l'existence d'une protection par le droit d'auteur peut se poser⁴⁸, notamment dans les cas d'une récupération de contenus par des chaînes de télévision par exemple⁴⁹.

Il existe aussi une offre légale payante. En effet, les chaînes peuvent offrir des programmes, voir émissions ou séries dont-ils sont titulaires à podcaster.

En l'espèce la question de la rémunération et des droits exclusifs des ayants droits se pose. Faut-il une nouvelle autorisation de la part des ayants droit pour reproduire le programme puisque le contenu en forme analogique adapté pour la télévision analogique terrestre doit être numérisé afin de pouvoir être ensuite podcasté, dans le cadre d'une offre légale. Doit-on prévoir une nouvelle rémunération pour les artistes puisqu'il s'agit en l'espèce d'une nouvelle exploitation de l'œuvre ? En effet, les nouvelles technologies permettent aussi de nouvelles exploitations, de sorte que des programmes qui étaient à l'origine des programmes de flux destinés à une exploitation unique deviennent des programmes de stock pouvant être téléchargés et consommés indéfiniment. Cela génèrerai ainsi une nouvelle source de financement pour l'industrie de l'audiovisuel.

⁴⁷ Voir *Supra* les blogs.

⁴⁸ Voir *supra* les blogs.

⁴⁹ *Ibid*

Il en est de même pour le cinéma. Si l'industrie du cinéma se dirige vers le chemin de la location vidéo en ligne, ou par l'intermédiaire de son téléphone mobile ou de sa télévision, rien n'empêche de créer une base de données de films à podcaster si cela n'existe pas déjà. Postérieurement sera d'ailleurs envisagée une offre presque similaire⁵⁰ la VOD. Par exemple, le CNC pourrait créer une base de données cinématographique en ligne en proposant un site officiel de podcasting payant, aux films qu'il a financés. Evidemment avec l'accord de leurs ayants droits, de même que les films faisant partis de son travail de restauration. Cela permettrait en répartissant les fonds ainsi récoltés de financer la création, mais aussi les travaux du CNC plus particulièrement concernant la restauration et l'archivage des films.

L'offre ainsi proposée serait certainement l'une des plus diverses et riche, le patrimoine cinématographique connaîtrait ainsi une nouvelle vie et l'industrie du cinéma ne pourrait que s'en réjouir. L'on pourrait assimiler cela à de la vente de DVD mais sous la forme d'un podcast. Evidemment l'insertion de mesures de protection des œuvres et plus qu'indispensable afin de ne pas dilapider notre patrimoine cinématographique. Comment protéger les programmes téléchargés de la copie sauvage ? Peut-on insérer des DRM ? Le programme podcasté peut-il être transféré par son titulaire d'un support vers un autre, l'on retrouve ici la question de l'interopérabilité, de la copie privée.

Si l'on parle de téléchargement illicite, le podcasting pourrait-il être illicite. En effet, le podcasting se définissant comme l'action d'aller chercher sur Internet ses programmes favoris afin des les écouter ou regarder sans contraintes, le téléchargement ou le podcasting, ne se différencie que par la technologie utilisée⁵¹. De sorte qu'il devrait aisément être possible podcaster des séries audiovisuelles ou des morceaux de musique ou encore des films de manière illégale. C'est-à-dire par l'intermédiaire de site illégaux. En sont exclues les émissions de radios ou les programmes de télévisions mais entendu comme diffusés de manière non linéaire, c'est-à-dire en continu.

Mais cela poserait et soulève déjà en matière de téléchargement de réels problèmes, car l'engouement que procure certaines séries télévisées, qui deviennent de véritables phénomènes de société, pousse les internautes au piratage de celles-ci. Si bien que la soif de connaître les épisodes avant même leur sortie nationale ou celle de posséder des épisodes inédits en avance pousse au téléchargement illégal. De plus la barrière de la langue est loin d'être un obstacle. En effet, Internet où le savoir pour tous, dans son esprit de partage, connaît des sites de traductions amateurs. Par exemple le site forum.com propose les sous-titres de vos séries préférées. Vous pouvez ainsi regarder des séries, émissions films, entièrement traduits par des fans, s'excusant de la pauvreté de la traduction, largement avant leur sortie nationale officielle.

Cette pratique remet évidemment en question les sorties nationales, mais aussi une prérogative importante de l'auteur sur son œuvre : son droit de divulgation. Cela pousse certains producteurs à organiser des sorties internationales. Quid de la chronologie des médias qui se trouve a fortiori remise en cause par ces pratiques. Si bien que certains affirment désormais que le contenu prime sur le média. Pour le film « Bubble » de Steven Soderbergh, ses auteurs ont décidé de le faire sortir de manière quasiment simultanée dans les salles de cinéma, en DVD, et sur les réseaux câblés de films à la demande. Si cela remet en question la chronologie des médias, cela bouleverse aussi l'économie de l'industrie qui voudrait qu'un

⁵⁰ Presque similaire car la VOD peut être disponible sur d'autre support que le podcast vidéo, néanmoins il s'agit toujours de consommation sans contraintes.

⁵¹ Le podcasting se caractérise par l'utilisation d'un fil RSS, cf. le rapport de Benjamin SARRAT.

film « connaissent trois carrières commerciales successives⁵² ». Les gains ne seraient plus étalés dans le temps mais uniquement selon les supports. Cela affectera-t-il l'équilibre fragile de financement de la création cinématographique ?

§2 : Le contenu proposé à la VOD.

La vidéo à la demande, communément nommée vidéo sur demande (VSD) de l'anglais *Video On Demand (VOD)*, est une technique de diffusion de contenus vidéo numérique bidirectionnelle par câble. À l'aide d'un décodeur numérique, l'utilisateur peut choisir des émissions de télévision ou des films qui sont stockés sur des serveurs. L'utilisateur dispose d'un temps de location prédéterminé (généralement 24 heures) pour le film ou l'émission qu'il a commandée et à l'aide de sa télécommande il dispose des mêmes fonctions qu'un magnétoscope, notamment la pause, l'avance ou le recul rapide. Lorsque que l'utilisateur a loué du contenu, il sera facturé pour chaque film ou émission qu'il aura commandé ». Telle est la définition proposée par l'encyclopédie Wikipédia⁵³.

En quelque sorte la VOD, n'est rien d'autre qu'une technique de location vidéo par l'intermédiaire de sa télévision ou encore d'Internet. La vidéo à la demande se démocratise sur tous les médias. Il existe trois sortes d'offre de vidéo à la demande soit à partir d'offres en ligne, ou encore depuis peu grâce à la télévision ou même son téléphone mobile. En effet, des opérateurs comme Canal Sat, proposent via son service de VOD Canal Play, de « louer » un film depuis chez soi pour quelques euros. Regarder un DVD chez soi ne nécessite plus d'aller louer une vidéo au vidéoclub du coin, il suffit d'accéder aux services de Canal Play. Ce service signera-t-il la mort des vidéoclub ? Affaire à suivre ! A priori non les professionnels sont arrivés à un accord fin décembre. Les nouveautés seront accessibles par l'intermédiaire de la VOD après un délai de trente trois semaines c'est-à-dire sept mois et demi⁵⁴. Si la VOD signera certainement la lente agonie de la location vidéo, elle a l'avantage de ne pas avoir de contraintes matérielles d'espace et pourra offrir une offre plus large et plus diversifiée. Concernant le droit d'auteur cette pratique ne semble poser problème que lorsque l'on télécharge des fichiers mis à disposition illégalement sur la Toile.

En effet, le film est « périssable ». Une fois démarré, il est « consommable » entre 24h et 48h, puis il devient illisible⁵⁵.

Mais le téléspectateur peut-il faire une copie du film loué ? Si oui, l'on peut s'attendre une autre forme de contrefaçon qui consisterait à louer des films, à les graver, et à faire sauter les verrous ou la protection qui rend le film « périssable » et le tour est joué ! Concernant ce point les opérateurs déclinent toute responsabilité en cas de contournement de ces mesures de protection... De plus, si cette œuvre est louée par l'intermédiaire d'un service de télévision sur Internet, son enregistrement est simple, les ordinateurs étant désormais équipés de « magnétoscopes » numériques intégrés.

En l'espèce, il convient également de s'interroger sur la rémunération des ayants droits, mais aussi sur la répartition des recettes. Car un nouveau support engendre a fortiori de nouveaux revenus. Comment les prendre en compte notamment par le CNC par exemple ;

⁵² DUGUA P-Y, « « Bubble » met Hollywood sans dessus dessous », *Le Figaro économie*, samedi 28-dimanche 29 janvier 2006, p 32.

⁵³ <http://fr.wikipedia.org/wiki/VOD>

⁵⁴ « La vie d'un film, des salles aux chaînes gratuites », *Télérama*, 8 février 2006, n°2926, p.70

⁵⁵ « C'est moi qui commande ! », *Télérama*, 8 février 2006, n°2926, p.68

comment seront taxés les nouveaux supports et pratiques de demain, dans l'effort demandé à toute l'industrie cinématographique voir audiovisuelle pour le financement de la création. S'agissant de la rémunération et de l'accord des ayant droits l'interrogation concerne deux points particuliers.

Premièrement, le reformatage de l'œuvre en numérique afin de l'exploiter en ligne et sur la télévision numérique hertzienne ou câblée.

Deuxièmement, le reformatage au format téléphone mobile. Peut-il s'agir d'une dénaturation de l'œuvre cinématographique la mesure où il paraît peu probable que le film soit préservé en intégralité. En effet, les programmes courts sont plus adaptés au format mobile. L'on peut ainsi légitimement s'interroger sur la future adaptation des films au format mobile. Les auteurs prévoient-ils une version spéciale pour le mobile.

Va-t-on inventer le cinéma mobile ? Car pour les opérateurs téléphoniques cela serait une aubaine aussi bien que pour le cinéma qui trouveraient en ce créneau une nouvelle exploitation et a fortiori une nouvelle source de rémunération.

Pour répondre aux questions posées précédemment, si le contenu proposé à la VOD est d'origine légale, les règles traditionnelles du CPI concernant le droit d'exploitation s'appliqueront sans difficulté.

Le reformatage, lui pourrait s'apparenter à une copie technique qui ne nécessite aucune nouvelle autorisation de la part des ayants droits, comme l'introduit la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Néanmoins, il est évident que si celui-ci dénature l'œuvre et porte préjudice aux ayants droits, et modifie l'œuvre comme ce serait le cas pour les téléphones mobiles, l'autorisation des auteurs et en l'espèce indispensable.

Ensuite, il serait effectivement intéressant de soumettre la VOD, à une taxe, redistribuée ensuite pour l'aide à la création. Elle serait perçue par les opérateurs offrant ce service, et contrôlée et répartie par le CNC. Cela permettrait aux œuvres de connaître une nouvelle vie et peut-être un nouveau succès.

Après avoir succinctement évoqué quelques pratiques relatives à la l'appréhension de la culture dans la société de l'information, il est temps d'évoquer, celle-ci sous un angle technique. En effet, l'on ne peut éluder l'aspect technique car l'on mettrait de côté un pan entier du droit d'auteur : les actes techniques de reproduction et de représentation. Mais aussi des droits voisins concernant la radiodiffusion. De plus les nouveaux médias mais surtout la convergence technologique à laquelle l'on assiste, constituent autant de nouveaux challenge pour le droit d'auteur et les droits voisins, mais ouvre de nouvelles voies aux acteurs de la création.

Chapitre 2. Les aspects techniques et la convergence.

La spécificité des NTIC existe dans le fait que les échanges sont immatériels. Il s'agit donc de flux. Ce dernier circule en vitesse ADSL c'est-à-dire à grande vitesse. Si bien que la culture informatisée, n'est ni palpable ni même quantifiable.

Il existe deux sortes de flux. Un flux linéaire et un flux non linéaire. Ou encore l'on peut considérer qu'il existe deux types d'offres, une offre de programmes linéaires et une offre de programmes non linéaires. Le flux et l'offre étant lié puisque la technique induit des possibilités pratiques.

Ces nouvelles possibilités technologiques associées aux comportements des consommateurs, mais aussi aux nouvelles techniques de distribution et de diffusion engendrent de nombreuses difficultés (Section I.). Les problématiques ne sont pas les mêmes selon que les programmes soient diffusés de manière linéaire (§1), ou non linéaire (§2). Il sera alors temps de considérer tous ces constats à la lumière des nouveaux médias mais surtout de la convergence (Section II), illustrés par Internet (§1), mais surtout à travers le média porteurs de toutes les nouvelles aspirations (§2), la téléphonie mobile. Cette dernière étude permettant de synthétiser quelques problématiques par techniques et ensuite par supports.

Section I. Nouvelles techniques de distribution des programmes.

Les nouvelles technologies, par l'émergence de nouveaux supports, notamment hybrides mais surtout mobiles et portables, entraînent dans leur sillage, les remous de tous les acteurs de la société de l'information et de la création. Les consommateurs par leurs pratiques, les industriels par les nouveaux moyens et services qu'ils mettent à disposition par l'intermédiaire des opérateurs sont autant de nouveaux paramètres dont le droit d'auteur doit tenir compte.

§1. Les programmes linéaires.

A. Spécificité du flux.

S'agissant de ces flux une précision liminaire est à faire. Plus qu'un flux il s'agit aussi d'une manière de transmettre les informations.

En effet, à la différence d'un service non linéaire, la technique linéaire consiste en un flux où les programmes sont individualisés, mais en revanche non individualisables. Ils forment un tout et constituent la programmation sonore ou audiovisuelle des opérateurs radiophoniques ou télévisés. Ils proviennent d'un flux successif et sont reçus simultanément par un public ou une catégorie de public.

Le consommateur est ainsi soumis à des contraintes de temps, horaires, jour de diffusion, de lieu, il doit écouter ou visionner le programme concerné à partir d'un support précis souvent ni mobile, ni portable.

Sont visées par cette définition la programmation des chaînes de télévision et de radios.

Néanmoins, il est indispensable de rappeler et de prendre en considération la convergence des médias. De sorte que le régime du service dépend de la nature de celui-ci, et non du support sur lequel il est reçu. C'est le principe de la neutralité technologique. En effet, la révolution technologique induit que les médias ne sont plus cantonnés par support. La télévision ne se regarde plus uniquement sur un poste de télévision et la radio peut-être écouté sur un autre support que le poste radio. Ces deux médias se retrouvent aussi sur Internet ou encore sur le téléphone mobile et peuvent aussi être reçu par la câble ou le satellite. La télévision permet d'écouter la radio, néanmoins le poste radio ne permet pas encore de regarder la télévision. Les techniques de diffusion de ces médias ont ainsi évoluées, entraînant dans leur sillage des interrogations et pour ce qui nous préoccupe concernant la propriété intellectuelle.

Les nouvelles exploitations de ces programmes sur des médias différents engendrent-elle une nouvelle autorisation de la part des ayants droits ? Une nouvelle rémunération aussi relative aux artistes interprètes, auteurs...mais aussi rémunération de la part des radios à la SACEM par exemple...

Les problématiques soulevées par ces programmes seront successivement abordées et illustrés par des exemples jurisprudentiels ou concrets.

B. Problématiques

- *Reformatage de l'œuvre*

Les contrats de cession des droits d'exploitation, que ce soit par l'intermédiaire des ayants droits directement ou alors par le biais des organismes de gestion collective des droits, doivent-ils prendre en compte ces nouveaux paramètres. En effet, certaines techniques de diffusion nécessitent un reformatage de l'œuvre ou de la programmation toute entière.

Cela peut être considéré comme une atteinte aux droits de reproduction voir de représentation de l'auteur. Le reformatage d'une œuvre pouvant être assimilé à une nouvelle reproduction, donnant lieu à rémunération.

Les programmes linéaires soulèvent donc bien des interrogations notamment s'agissant du droit de reproduction, mais avant tout lié à des questions techniques.

En effet, certains modes de diffusion nécessitent une traduction en langage codé numérique par exemple, lorsque l'on veut radiodiffuser la même émission et sur le câble et sur le satellite. Celle-ci nécessitera un reformatage.

Deux questions se posent en l'espèce :

-L'une concernant la rémunération, est-elle soumise à la licence légale ou au droit exclusif des ayants droits ?

-L'autre concernant la reproduction, s'agit t'il d'une nouvelle reproduction a fortiori soumise à nouvelle autorisation des ayants droits ?

Un arrêt de la C.cass 1^{ère} ch.civ., en date du 14 juin 2005⁵⁶ répond à cette question concernant la radiodiffusion. En l'espèce, les défendeurs, diffusent en son numérique par satellite, des phonogrammes du commerce uniquement accessibles par un décodeur déterminé et elle a étendu cette diffusion au mode câble. Elle se voit assignée en contrefaçon par la SPPF (Société civile des producteurs de phonogrammes de France), aux motifs que ces diffusions ne sont pas soumises à la licence légale prévue à l'article L.214-1 CPI, mais à l'article L.213-1 prévoyant un droit exclusif d'autorisation par les producteurs et subordonné à l'existence d'un acte de reproduction indépendant. L'on se trouve en l'espèce, confrontés à une problématique engendrée par la société de l'information, qui se traduit par la question du reformatage des œuvres en vue de leur radiodiffusion.

Après avoir rappelé que le service constituait effectivement une radiodiffusion au sens de l'article L.214-1 CPI les juges énoncent que « la traduction litigieuse des phonogrammes en langage codé numérique était exempte d'altération ou incorporation dans une œuvre nouvelle, et que le décalage de quelques minutes entre la diffusion satellitaire et la distribution par câble résultait d'une contrainte technique alors inéluctable, la cour d'appel a pu admettre l'absence d'acte de reproduction indépendant au sens de l'article L.213-1 » du CPI.

En l'espèce, il s'agit d'une contrainte technique, la directive du 22 mai 2001 en son article 5.1 dispose que « les actes de reproduction provisoires (...) qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre (...) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de

⁵⁶ C. cass, 1^{ère} ch.civ, 14 juin 2005, SPPF c/ Société Multiradio, Semaine juridique n°4, 25 janvier 2005, note Tristan Azzi.

reproduction (...) »⁵⁷. Les copies à but uniquement techniques sont ainsi autorisées sans le consentement préalable des ayants droits.

Ces questions des copies techniques exemptes de l'autorisation des ayants droits ont été l'une des dispositions de la directive du 22 mai 2001, dont la transposition était obligatoire. Ainsi son insertion dans le projet de loi DAVSI, ainsi que son adoption n'ont pas eu à être discutés contrairement au statut de la copie privée.

Concernant la télévision, il n'y a pas eu de problèmes relatifs à une cession nouvelle de droit, ou concernant la rémunération, s'agissant de la technique de diffusion. Certainement dû à l'introduction de manière officielle de la TNT où les programmes ont été numérisés leur réutilisation ne nécessite donc pas une nouvelle numérisation. En revanche se pose la question lors du reformatage au format d'un nouveau contenu. Par exemple, une série télévisée inventée pour le poste de télévision ne pourra pas être regardée au même format sur un téléphone mobile ou un baladeur MP3. Ce reformatage altérant la forme originale de l'œuvre, entraînera sa dénaturation, et devra être prévu et autorisé par les ayants droits car il s'agit d'une nouvelle exploitation.

- *Des programmes numérisés*

Il existe en NTIC un état de fait important. La société de l'information se dirige vers le tout numérique. En témoigne l'émergence de la TNT ou de la radio numérique à écouter sur Internet par exemple. Les programmes sont ainsi encodés et deviennent des fichiers numériques facilement téléchargeables.

La numérisation des programmes entraîne dans son sillage de nouveaux dangers. La prolifération de logiciels permettant le téléchargement de quasiment tous les flux et leur simplicité d'utilisation ne sécurise pas la diffusion de programmes numérisés.

Notamment un logiciel nommé judicieusement Stationripper⁵⁸ inquiète justement les ayants droits. Celui-ci permet d'enregistrer en streaming⁵⁹ le flux de plus de trois cents Web Radios simultanément. Il les transforme en fichiers MP3 et localise même les doublons. L'internaute télécharge ainsi par ce biais des milliers de chansons en quelques secondes. Pourquoi n'inventerait-on pas le même logiciel pour les Web télévisions. Ou encore pour la télévision numérique. L'invention de techniques permettant d'enregistrer ses programmes favoris permettrait de se constituer une source d'information ou de divertissement, de la même manière que le podcasting.

Il ne s'agit là que d'une pratique existante qui avait démarré avec l'invention du magnéscope ou de la cassette enregistrable. Cela s'est poursuivi avec les CD ou DVD vierges. Néanmoins les possibilités quantitatives et qualitatives qu'offre ce logiciel associé aux nouvelles technologies, permettent la copie dans une toute autre mesure.

Ainsi, les nouvelles technologies favorisent-elles la copie en masse, et les doublons n'ont rien à envier aux originaux, ce qui, compte tenu des possibilités quantitatives ne rassure pas les ayants droits.

⁵⁷ AZZI Tr., « Interprétation de la loi dans le domaine de la licence légale relative aux phonogrammes », *La semaine juridique*, 25 janvier 2006, JCP n°4, p.150

⁵⁸ KESSLER G., « Stationripper : une nouvelle menace pour le droit d'auteur », *Recueil Dalloz*, n°43, 2005, p.3016.

⁵⁹ La technique de l'enregistrement en streaming permet d'écouter et d'enregistrer simultanément.

- *La qualité des programmes*

Le numérique se différencie de l'analogique par la qualité de la copie des œuvres qui s'apparentent à leur original. À l'inverse des moyens d'enregistrement analogiques, les techniques d'enregistrement numérique posent un réel problème. La qualité étant strictement la même que celle de l'œuvre achetée, les critères d'achat d'une œuvre par les consommateurs ont changé. Désormais, lorsqu'ils achètent un CD, par exemple, les consommateurs veulent effectivement écouter leur chanteur favori, mais aussi y trouver des informations concernant l'artiste ou l'élaboration de l'œuvre. En résumé, les bonus. Sans bonus, le CD ou le DVD n'a quasiment à l'heure actuelle aucune valeur. Aux artistes et aux producteurs de s'adapter au marché. La future venue de la Haute Définition ne fera qu'accentuer la modification des comportements d'achat des consommateurs, dont l'offre devra tenir compte.

- *Solutions*

S'agissant de la radiodiffusion, la jurisprudence a tranché. Il n'y a pas besoin d'une nouvelle autorisation s'agissant d'une copie technique.

Ensuite, concernant l'enregistrement d'émissions radiodiffusées ou télédiffusée en direct, deux positions peuvent être apportées.

- soit l'on considère qu'il s'agit là d'une simple copie privée

Celle-ci étant effectuée à partir d'une source légale cela ne pose pas de difficulté même au regard de la loi DAVSI. Car si cette dernière interdit le téléchargement, il s'agit du téléchargement effectué à partir d'une source illégale. Or, en l'espèce la source est légale. Il s'agira d'appliquer les modalités déterminées par le Collège de Médiateurs notamment sur le nombre de copies autorisées. *Idem* s'agissant de la télévision. Car il ne s'agit ni plus ni moins que du même système que le magnétoscope.

Néanmoins, il mérite de rappeler qu'*a priori* ces logiciels sont illégaux. La loi DAVSI vient sanctionner les auteurs et les diffuseurs et les utilisateurs de ces logiciels.

- soit l'on considère que c'est illégal

En l'espèce, le droit doit recourir à des solutions techniques. Comment contrôler la diffusion des œuvres dématérialisées ? Il s'agit là d'un débat récurrent. Mais il semble plus approprié pour ce type de pratique d'insérer des mesures anticopies⁶⁰. Ces dernières semblent légitimées dans le sens où l'auditeur de radio ou le spectateur de télévision, ne consomme pas ce genre de services dans l'optique de la possibilité d'en effectuer une copie, à l'inverse d'un DVD par exemple. Dans ce dernier cas l'on pourrait s'attendre à pouvoir en effectuer une copie privée.

L'on implanterait des systèmes anticopies ou un système de brouillage des informations sur les fichiers composant le flux, interdisant la copie.

Néanmoins, il faut se rendre à l'évidence; cette protection ne constitue qu'une garantie limitée. Elle sera aisément contournée par les hackers.

⁶⁰ KESSLER G., « Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite », *Dalloz*, 2005, n°36, p.2527.

§2 : Les programmes non linéaires.

Il s'agit ici de l'enjeu majeur de cette évolution technologique. Plus qu'une évolution technique cela s'apparente à un bouleversement de mode de vie, de pratique de consommation et d'offre de service.

A. Caractéristiques de ce flux.

B. Problématiques.

Les programmes non linéaires ont un parfum de liberté. Ils viennent révolutionner notre manière d'appréhender la consommation de biens culturels informationnels, distractifs...Le consommateur a le choix, de l'heure, de la date, du support, du lieu pour regarder ou écouter son programme favori.

Si bien que d'un rendez-vous quotidien, hebdomadaire, ces programmes deviennent des loisirs à portée de clics.

Une émission ratée, ouf ! Je vais pouvoir aller la podcaster sur le site de ma radio préférée, et en plus c'est gratuit. De programmes de flux, ces programmes deviennent des programmes de stock, réutilisables et disponibles quasi-indéfiniment.

Mais il ne faudrait pas limiter cette offre au seul podcasting. La VOD en fait aussi partie. Et plus encore, toutes les offres de cinéma en ligne, les blogs...

Ces programmes favorisent une consommation individuelle de programmes, individualisés et adaptés au consommateur puisqu'il fait lui-même sa programmation. C'est lui qui va chercher les informations et contenus qu'il souhaite pratiquer, il ne subit plus la réception d'un message impersonnel, mais choisi ce qu'il veut recevoir, et la manière de le consommer. Finalement tous les contenus sont concernés par ce type de programme. En effet, un individu pourra effectuer sa programmation gratuitement à partir d'émissions podcastées, mais aussi à partir de contenu de blogs, d'offre de VOD, et enfin depuis toutes les sources disponibles de manière non linéaire, notamment par le biais d'Internet.

Il existe aussi une offre non linéaire mais payante, il s'agira de la VOD ; ou alors du téléchargement de chansons ou autres émissions à partir d'une offre légale payante.

- *Le financement de la création*

Touchant à l'aspect du contenu, les règles traditionnelles du droit d'auteur s'appliquent⁶¹(voir *supra*).

La copie légale s'invite aussi largement au débat. Mais un autre aspect primordial doit être abordé en l'occurrence. En effet, indifféremment les chaînes ou les stations radios se financent par le biais de la publicité. De l'audimat, les chaînes tirent leur force. Néanmoins, ces pratiques peuvent entraîner un émiettement de l'audience et pourrait engendrer un réel manque à gagner pour l'industrie, qui rappelons-le, participe largement à la survie du cinéma français, voire européen.

⁶¹ Cf. *supra* des pratiques singulières, un contenu singulier

Néanmoins, une nouvelle consommation de la publicité est envisagée. L'idée consiste en l'équipement de bornes disséminées dans la ville. Après avoir rentré des données personnelles dans notre téléphone mobile par exemple, le fait de croiser la borne déclencherait l'envoi d'un message publicitaire personnalisé selon nos goûts⁶². Le financement par la publicité est donc loin d'être en voie de disparition.

Cette problématique de la participation à l'effort de création s'invite donc au débat. Notamment s'agissant de la VOD.

Comment taxer ces nouveaux moyens de diffusion des œuvres ? Citons l'exemple du cinéma. Les chaînes de télévision doivent consacrer une partie de leur budget à la création et au financement d'œuvres cinématographiques. Les vidéos club sont aussi soumis à des taxes ? Alors pourquoi la VOD ou le podcasting d'émissions de radio et de télévision échapperait-il à la règle.

- *La protection des contenus offerts de manière non linéaire*

D'abord envisagé de manière ponctuelle s'agissant de quelques contenus en particulier, la non linéarité porte aussi en elle la question de la protection des fichiers numériques, mais plus encore, le respect du droit d'auteur. Si chaque prestataire de service a instauré des solutions notamment par le biais de licence commons, c'est-à-dire de contrats plus ou moins protecteurs issus de la pratique des particuliers, la question de la circulation et de l'utilisation des œuvres s'invite.

Encore une fois le droit devra faire appel à des solutions techniques. Mais la non linéarité, face à la disparité de ses offres, permet de généraliser les difficultés techniques mais non pratiques compte tenu de la diversité de celle-ci.

Car la dissemblance des sources de programmes linéaires doit être prise en compte par le droit. Comment protéger les blogs ? Les auteurs des blogs cherchent-ils réellement à protéger leurs œuvres ? Ne seraient-ils pas construits dans l'optique d'un partage.

L'offre « officielle » de podcasting sur des sites spécialisés est elle beaucoup plus encadrée. Néanmoins, l'on peut constater que les émissions ou chansons ou autres à podcaster gratuitement sont moins protégés techniquement que l'offre payante. Prenons l'exemple d'iTunes et du site de podcast de Radio France.

Le premier ne respecte pas même l'interopérabilité, alors que le second se protège par un rappel des conditions de podcast et de certaines règles du droit d'auteur.

L'introduction de DRM doit évidemment respecter les libertés individuelles mais aussi l'interopérabilité des supports.

La VOD a trouvé son système. Le film loué est en fait périssable. Il s'autodétruit dans les 24 heures ou se crypte.

Néanmoins, ici aussi l'on peut douter de la réelle efficacité de la mesure face aux hackers. Á moins d'introduire sur les œuvres louées un tatouage qui permettrait de suivre son parcours et par la même le respect des conditions d'utilisation du service. Cela permettrait ensuite de punir le contrefaisant par une amende de 38 euros comme l'a introduit la loi DADVSI.

⁶² DEVILLIER S., « Le piéton suivi pas à pas par la pub », *Le Figaro économie*, samedi 15- dimanche 16 avril 2006, p.28.

Quid des libertés individuelles, des abus de certains qui apposent les DRM. Mais comme l'on a pu le constater précédemment, les services disposent d'une protection qu'ils ont eux-mêmes choisis, certainement faute d'une réelle harmonisation.

Section II. Nouveaux médias et convergence.

Après avoir envisagé les contenus, les particularités de la diffusion de manière linéaire ou non, il est temps d'envisager les médias en tenant compte des nouvelles possibilités qu'offrent les nouvelles technologies. Nous assistons en effet, aux prémises d'une convergence des médias qui s'impose d'elle-même.

Premier médias qui a porté la convergence en lui, Internet qui offre la télévision, la radio, la presse écrite qui se met « en ligne ». Aussi la télévision qui permet d'écouter la radio mais aussi parfois d'accéder à Internet grâce à un abonnement spécial.

Mais la palme revient au téléphone mobile qui est certainement le média, qui par excellence, porte en lui toutes les espérances de convergence. L'ordinateur aussi n'est pas en reste. Plus petit format, lecteurs divers et variés intégrés, la technologie a décuplé ses possibilités.

La société de l'information désignerait finalement tous les services disponibles sur tous les médias qu'ils soient portables ou mobiles, collectifs ou individuels.

Les opérateurs l'ont bien compris. Et ils proposent chacun dans son domaine de prédilection des abonnements où le client accède à tous les services. Ils sont devenus un portail d'accès à la culture et surtout aux œuvres. Si bien que l'on peut se poser la question d'une responsabilité spécifique de la part de ces fournisseurs d'accès à Internet ou encore à la téléphonie mobile. Internet (§1) et la téléphonie mobile (§2), permettront de terminer l'état des lieux en apportant la lumière, sur des solutions mise en place, mais aussi permettrons de soulever les ultimes ombres qui subsisteraient.

§1. Internet.

Internet ou le média libérateur d'une culture trop souvent entre les mains d'une minorité, est le vecteur qui, par excellence a bouleversé la consommation et la pratique de la culture. C'est aussi le média qui actuellement soulève le plus d'inquiétudes en matière de réglementation mais surtout de contrôle.

Comment règlementer, contrôler les activités qui se pratiquent sur la Toile ?

Le droit d'auteur est une discipline mobilisée par Internet comme nous l'avons vu tout au long de notre développement s'agissant de l'offre de contenu dont il dispose, qu'ils soient linéaires ou non. Mais plus marquant est le débat qu'a suscité le téléchargement en ligne, ou peer to peer.

Toutes ces tensions, ont marquée une fois de plus une des faiblesse du droit, celle de son incapacité à s'adapter rapidement et efficacement à des situations évoluant à la vitesse « ADSL ». Le droit est en retard et les pratiques sont bien ancrées devenant presque légales tout au moins légitimes.

Que faire donc, pour que les auteurs et leurs œuvres, *a fortiori*, les règles de la propriété intellectuelle soient protégées même lorsqu'elles sont diffusées sur Internet ? Face à ces difficultés plusieurs solutions provisoires ont été trouvées :

Le recours au référé :

En premier lieu, face à la difficulté de régler rapidement les litiges, la loi du 21 juin 2004 introduit un référé en propriété intellectuelle. Elle introduit un 4^o à l'article L332-1 du CPI⁶³. Cela permet au Président du TGI d'ordonner en référé « la suspension par tout moyen du contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits d'auteur, y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès ».

Ensuite, face à l'incapacité de conciliation concernant notamment le régime de la copie privée, ou le vote du projet de loi DAVSI, 5 ans après l'adoption de la directive du 22 mai 2001, le gouvernement a tenté de s'adapter. L'embarras principal qui s'est imposé aux députés lors du vote de la loi été de ne pas plonger des millions de français pratiquant le téléchargement dans l'illégalité.

- *L'émergence de nouveaux acteurs*

Après avoir poursuivit les internautes, les responsables des logiciels, une nouvelle catégorie de personnes responsables a émergé: les hébergeurs et les fournisseurs d'accès. Comme énoncé précédemment la loi du 21 juin 2004 introduit un référé en propriété intellectuelle. En effet, ceux sont eux qui héberge les sites illégaux ou non, ou qui fournissent l'accès à Internet. Pourquoi ne seraient-ils pas responsables des actes se déroulant par leur intermédiaire ou qu'ils hébergent ?

Ajouté à ces mesures une Charte a été adoptée le 28 juillet 2004⁶⁴. De sorte qu'une coopération entre les juges et les fournisseurs accès et hébergeurs s'est instaurée afin de protéger les auteurs.

Un arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis rendu, le 27 juin 2005 dans le conflit *Metro-Goldwyn-Mayer studios inc. & al v. Grokster, Ltd., & Al.* ouvre une voie intéressante concernant la responsabilité des éditeurs de services sur Internet. En effet, malgré le fait que ce logiciel pouvait être utilisé de manière légale, la Cour considère que dès lors que l'éditeur avait sciemment fondé sa politique commerciale sur ce type d'échange (peer to peer), il n'avait pas pris ses précautions afin de prévenir les usagers de ce service, sur l'illégalité de certaines utilisations. Elle estime donc qu'à ce titre, celui-ci pouvait voir entraîner sa responsabilité⁶⁵. Si les juges français s'inspiraient de cette décision cela permettrait certainement de responsabiliser les « entremetteurs » de la Toile.

- *Recherche de solutions contractuelles*

Face à la difficulté d'adaptation de la législation, des solutions sont recherchées dans le contrat. Les nouveaux abonnés devront être avertis des dangers et de l'illégalité du piratage. Ensuite une notification pourrait être envoyée aux internautes supposés pirates, avant toute poursuite judiciaire et peut-être depuis peu avant de mettre l'amende de 38 euros. Ensuite des clauses de résiliation et de suspension de l'abonnement pourraient être introduites dans les

⁶³ LEGROS B., « La lutte contre le piraterie numérique : le choix des armes », *Dalloz*, 2005, n°21, p.1435

⁶⁴ *Ibid*

⁶⁵ SIRINELLI Pierre, « Le peer to peer devant la Cour suprême US », *Recueil Dalloz*, 2005, n°27, p.1796.

contrats entre FAI et abonnés. Enfin, il est prévu l'application immédiate des décisions de justice.

Néanmoins, une fois de plus l'on peut s'interroger quand à l'efficacité de cette Charte qui n'a qu'une force morale. Et qui n'oblige en rien la coopération. Ces derniers peuvent tout de même voir leur responsabilité engagée s'ils n'ont pas fait preuve de prudence et de diligence. En l'espèce, les mesures introduites par la loi du 21 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique peuvent apporter des solutions. Mais celles-ci ne concernent pas le droit d'auteur en particulier mais plutôt Internet en général.

- *Protection des nouveaux contenus*

Comme cela a été envisagé précédemment, les nouveaux contenus posent de nouvelles difficultés concernant leur protection.

Si des mesures sont envisageables relativement aux œuvres « traditionnelles » qu'en est-il de l'œuvre multimédia, ou encore des blogs ? Peut-on aussi proposer une obligation de diligence et de prudence des FAI ou des hébergeurs. Cela s'effectue déjà quand à la protection de l'enfance et pour les propos incitant à la haine raciale. Restons réalistes, il n'est pas possible de tout contrôler.

Alors pourquoi ne pas proposer aux internautes une protection technique de leur blog qui serait proposée par l'hébergeur aux auteurs du blog et qui leur permettrait de protéger leur contenu d'éventuels piratages, s'ils le désirent. L'émergence de licence commons conforte la protection des œuvres, et constitue une solution issue de la pratique.

Ici encore, le consensus, l'information, et la prévention restent la meilleure solution face à des évolutions quotidiennes et d'une rapidité fulgurante.

§2. La téléphonie mobile.

Comme vu précédemment, le téléphone mobile et la technique qui, par excellence portent en elles toutes les techniques de convergence.

L'introduction de la 3G et bientôt de la 3,5G puis de la 4G... permet de pousser toujours plus loin le potentiel des téléphones. D'ailleurs le terme « téléphone » est-il toujours approprié. Plus qu'un téléphone, il est devenu un phénomène de société, un objet d'identité. L'on peut dorénavant accéder à Internet, à la télévision, à la radio, avoir des jeux vidéo, télécharger de la musique, des films, des séries. Une véritable nouvelle industrie des contenus s'est développée autour de ce vecteur.

Si l'industrie musicale, cinématographique ou audiovisuelle s'est largement plainte de la pratique du téléchargement par le biais d'Internet, celles-ci voient miroiter le symbole de l'euro lorsqu'il s'agit de la téléphonie mobile. Car, si sur Internet la culture du gratuit prévaut, il n'est pas de même s'agissant de la téléphonie mobile. Les artistes, les labels, et les opérateurs téléphoniques ont ici trouvé « leur poule aux œufs d'or ».

- *Une nouvelle économie de la création*

En effet, les opérateurs mobiles achètent tous les droits. Cela va des droits de diffusion exclusifs de football, aux tubes musicaux, en passant par les séries télévisées. Ainsi les opérateurs de mobile proposent dorénavant de télécharger de la musique, des films, ou encore

de regarder la *Champion's League* sur son mobile. Cela à un prix, à 3 euros le téléchargement, on est loin de la culture du tout gratuit !

Les opérateurs de téléphonie mobile sont d'ailleurs les nouveaux sponsors de la création⁶⁶, comme le souligne Dominique Leguern Président du MIDEM. Ils deviennent de véritables distributeurs de musiques notamment, et les artistes n'hésitent plus à passer par les opérateurs téléphoniques pour se lancer ou sortir leur nouvel album. Certains artistes et opérateurs téléphoniques ont su tirer leur épingle du jeu en bouleversant les traditions.

- *Les opérateurs téléphoniques ou nouveaux labels*

Première à avoir mis le feu à l'industrie musicale est Madonna pour le lancement de son dernier album « Hung Up ». Celle-ci et sa maison de disque ont signé un accord d'exclusivité pendant une semaine avec France Télécom. Celle-ci était disponible en ligne sur le site de Wanadoo et sur les forfaits mobiles 3G d'Orange. A tel point que VirginMega fou de rage a mis le titre en vente sur son site en ligne, nonobstant l'exclusivité conclue par Orange. Ce qui a provoqué un bras de fer via des plaintes déposées par Warner Music mais aussi un débat, sur les relations entre les maisons de disques et les opérateurs traditionnels, ainsi que sur les pratiques de l'exclusivité⁶⁷. Le lancement des albums par le biais de la téléphonie mobile est en passe de devenir un usage pour les labels voulant créer le « buzz » nécessaire et recherché au lancement des albums. Ainsi, Placebo et le label EMI/Capitol vont lancer les « mobisodes » disponible sur les mobiles pour 1euro. Ces « mobisodes » retracent la naissance de l'album et mettent à disposition des versions acoustiques des chansons. Certains comme Johnny Hallyday avait préféré les sonneries de téléphone.

Toutes ces nouvelles pratiques de lancement dans un but de marketing créent des masses de revenus importants. Ces nouveaux services imaginés pour les lancements des albums ne sont pas sans contrepartie financières et génère de nouvelles ressources pour les labels comme pour les opérateurs. Toutes ces nouvelles pratiques individualisent les chansons et redynamisent le marché du single selon Alain Lévy, PDG D'EMI Music. Pour lui « tous les jours de nouveaux modèles économiques se mettent en place », et « cette révolution permettra de redynamiser le marché et d'augmenter la rentabilité de nos entreprises ⁶⁸ ». Internet et les nouvelles technologies n'enrayent pas le marché musical mais le dynamise. Car il estime que les individus consomment de plus en plus de musique. Espérons qu'il en soit de même pour le cinéma et les œuvres télévisuelles.

- *Les sonneries de téléphone*

Mais le business le plus rentable pour les acteurs de la création est celui qui a émergé avec la sonneriemania⁶⁹ Les artistes n'hésitent pas à transformer leurs tubes en sonnerie de téléphone ou d'autres encore lancent leur album par ce biais⁷⁰. Le marché des

⁶⁶ ARTETA S., BUI D., « Musique sur Internet les secrets d'une bataille », *Le Nouvel Observateur*, 19-25 janvier 2006, p.62.

⁶⁷ « Placebo sur SFR », *Le Figaro économie*, 23 Février 2006.

⁶⁸ LEVY A., « Le Net ne tuera pas les labels », *Le Monde*, Mardi 7 Mars 2006, p.25.

⁶⁹ *Ibid*

⁷⁰ Cf Johnny Hallyday

sonneries en 2005 a rapporté plus de 200 millions d'euros⁷¹ et supplante l'industrie des singles. Des sonneries de téléphones sont même à l'origine du lancement de certains tubes. Cela s'est produit avec le tube « Crazy Frog », qui n'était destiné à l'origine que pour les sonneries mobiles⁷².

A quand les répliques cultes de films en guise de sonneries ? Ou encore les musiques de générique.

Toutes les industries, musicale, audiovisuelle, ou cinématographique trouvent en la téléphonie un nouveau support. Mais surtout, il s'est développé un marché exponentiel des produits dérivés des séries ou des films. Télécharger la bande annonce des derniers films ou de son film préféré, la photo de son acteur favori dans tel film ou série afin de la mettre en fond d'écran ou simplement en mémoire dans son mobile. La fonction ostentatoire du téléphone « montre-moi-comment-il-est-et-je-te-dirai-qui-tu-es » favorise l'émergence de nouvelles sources de rendement.

Si bien que si l'on se penche réellement sur les gains de ces industries, elles ne seraient pas menacées et se porteraient même plutôt bien.

De sorte que si la culture du tout gratuit existe effectivement sur Internet et cela tend à la baisse, celle-ci ne met pas en danger la création. Les artistes, les labels et les opérateurs doivent évoluer avec leur temps et le rendement de la création s'ajuster à l'évolution des technologies.

- *L'inexistence de piratage sur les téléphones mobiles*

L'énorme avantage que présente la téléphonie mobile contrairement à Internet et que l'identification des abonnés est facile, et les différentes opérations de téléchargement qu'effectuent les abonnés se font toujours par l'intermédiaire de l'opérateur téléphonique qui propose un abonnement avec différents services, que ce soit téléchargement ou possibilité d'accéder à la télévision souvent en payant au titre. La culture du tout gratuit n'existe pas sur son support. En revanche la culture du tout payant est de mise pour des services souvent hors de prix.

La contrefaçon en l'état des techniques actuelles n'est donc pas un problème. Mais, cela va-t-il perdurer. En effet, si la technologie du bluetooth se développe l'on pourra s'échanger ses fichiers sans problème d'un téléphone à l'autre.

⁷¹ *Ibid*

⁷² *Ibid*

Conclusion

L'on pourrait aussi parler des ordinateurs, des postes de télévision, des postes radios, qui eux aussi vont évoluer au fil des technologies.

L'évolution technologique de convergence que nous connaissons actuellement et que nous connaissons dans les années à venir a bouleversé les contenus, les techniques de diffusion des programmes et les médias qui deviennent de nouveaux supports engendrant autant de nouvelles pratiques, contenus et techniques de diffusion.

Les nouvelles pratiques des médias ont ouvert la voie à de nouveaux contenus qui s'adaptent à la convergence. Les acteurs de ces changements sont multiples. Les particuliers, les professionnels, les anonymes, les personnalités notoires, les jeunes, les moins jeunes, tous ont trouvés des moyens de s'exprimer par l'intermédiaire de ces nouveaux médias. Si bien que l'on se trouve confrontés à une offre de contenus et de pratiques aussi multiple et diverse que d'émetteurs à sa source ainsi que de récepteurs.

Il en est de même s'agissant de la technique utilisée. Le système de l'offre à la demande bouleverse la pratique de consommation des médias. Celle-ci permet de créer une plus value supplémentaire. En effet, certains programmes rediffusés de manière linéaire, peuvent changer de nature. De programmes de flux, ils deviennent des programmes de stocks, créant un gain supplémentaire pour l'industrie, si celle-ci sait adapter ses règles à ce nouveau contexte.

Les nouveaux médias sont porteurs de toutes ces nouvelles pratiques, techniques d'utilisation, et modes de consommation. De sorte que le cadre politique, technique, économique mais surtout juridique doit prendre en compte ces changements et s'ajuster à eux.

S'agissant de la propriété intellectuelle, sujet de notre développement, cet état des lieux permet de dédramatiser et de relativiser, l'émergence de la société de l'information. La culture, comme tous les domaines, a été affectée par ces modifications d'appréhension de création, de fixation, de diffusion, de financement des œuvres, d'identification des auteurs... Et, si la société de l'information et les NTIC modifient l'approche du droit d'auteur, elles ne le bouleversent nullement. Les règles principales qui le composent ainsi que, sa mise en œuvre pourrait connaître des adaptations mais ne souffriront pas dans leurs fondements.

Il s'agira toujours de déterminer l'existence d'une œuvre, afin que son auteur puisse bénéficier de prérogatives morales et patrimoniales que lui confère le CPI. Le droit de la propriété littéraire et artistique, doit comme les autres domaines, pouvoir s'ajuster aux changements. Ainsi, la création de nouvelles catégories d'œuvres, comme l'œuvre multimédia, la prise en compte de nouveaux intervenants à la création, que ce soit par la participation de nombreux individus difficilement identifiables, à la conception d'une œuvre, ou encore les FAI, les hébergeurs, ou les opérateurs, constituent autant de nouveaux éléments que la propriété intellectuelle doit désormais envisager. Mais aussi les règles de financement de l'industrie culturelle doivent être transposées et adaptées si nécessaire, aux nouvelles techniques et pratiques que connaît ce secteur.

Finalement, cette révolution technologique serait plutôt une aubaine pour toute l'industrie de la création et les politiques culturelles, qui, si elles savent s'ajuster à temps, trouveront là de nouvelles perspectives.

Bibliographie

1. Ouvrages juridiques généraux.

- GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^e édition, 2001, 592 p.
- BONET G. (sous la direction de), *Code de la propriété intellectuelle*, Dalloz, Quatrième édition, 2004, 1475 p.

2. Ouvrages généraux sur le droit d'auteur.

- LINANT DE BELLEFONDS X., *Droits d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, Cours, Deuxième édition, 2004, 564 p.
- LUCAS A. et H.J., *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994
- LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Fontenay-le-Comte, Litec, Approfondir, 1998, 355 p.
- SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique*, St-Just-la-pendue, Dalloz, Mémentos, Deuxième édition, 2004, 226 p.

3. Ouvrages spécialisés sur le droit et les NTIC.

- DERIEUX E., *Droit des médias*, Dalloz, Connaissance du droit, 2001, 145p.
- FARCHY J., *Internet et le droit d'auteur – La culture Napster*, CNRS Editions, CNRS Communication, 2003, 202 p.

4. Rapports.

- Centre national de la cinématographie, *Le téléchargement de films sur Internet - Analyse quantitative*, mai 2004, 34 p.
- Conseil supérieur de la propriété intellectuelle et artistique, *Rapport d'activité 2002/2004*, Ministère de la culture et de la communication, avril 2004, 40 p.

5. Travaux de recherche.

- DU GARDIN B., *Les nouvelles technologies privent-elles les auteurs de leurs droits ?*, mémoire réalisé dans le cadre du DEA de droit des médias, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-en-provence, 2001, 136 p.

6. Articles de doctrine.

-AZZI Tr., « Interprétation de la loi dans le domaine de la licence légale relative aux phonogrammes », *La semaine juridique*, 25 janvier 2006, JCP n°4, p.150

-KESSLER G., « Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite », *Dalloz*, 2005, n°36, p.2527.

-KESSLER G., « *Stationripper* : une nouvelle menace pour le droit d'auteur », *Recueil Dalloz*, n°43, 2005, p.3016.

-LEGROS B., « La lutte contre le piraterie numérique : le choix des armes », *Dalloz*, 2005, n°21, p.1435

-SIRINELLI Pierre, « Le *peer to peer* devant la Cour suprême US », *Recueil Dalloz*, 2005, n°27, p.1796.

7. Décisions citées et notes de jurisprudence.

- Civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, *Prop. Intell.*, avril 2003 p.159, obs. Sirinelli.

- Civ. 1^{re}, 5 juin 1984, *RIDA*, avril 1985, p. 150

- Crim. 21 juin 2000, *D.2001, Somm. 2552, obs. crit. Sirinelli.*

- Paris, 19 septembre 2001, *Jacques Brel, RIDA 2002*, n° 191, p.303, chron. Kéréver.

- Paris, 24 nov. 1988. *Cahiers du droit d'auteur*, juin 1989, p.4.

- TGI de Vannes, 29 Avril 2004, *Légipresse* n°215, octobre 2004.

- TGI Paris, 30 avr. 2004, *Légipresse* n° 214, septembre 2004.

- TGI Pontoise, 2 fev. 2005, *Légipresse* n° 224, septembre 2005

-BENAMOU Valérie-Laure, *Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt Mullohlland Drive*, *Juriscom.net*, 30 mai 2005

-C. cass, 1^{ère} ch.civ, 14 juin 2005, *SPPF c/ Société Multiradio*, *Semaine juridique* n°4, 25 janvier 2005, note Tristan Azzi.

-Cass. Ass. plén. 7 mars 1986, *D. 1986*, 405

- Civ.1ere, 25 Mai 1992 : *RIDA* oct. 1992, p. 156.
- Paris 1^{er} Avril 1957, *D.* 1957, 436 (1re espèce)
- Paris 1^{er} Avril 1957, *D.* 1957,436 (2eme espèce)
- TGI Paris, 10 janvier 2006, *juriscom.net*.
- TGI Paris, 15 mai 1991, *JCP* 1992, II 21919, n. Daverat.
- TGI Paris, 30 avril 2004, *Légipresse* n°214, septembre 2004
- VIVANT Michel et VERCKEN Gilles, *Copie privée et mesures techniques : un équilibre encore à trouver*, note sous CA Paris, 22 avril 2005, *Légipresse* n°227, Décembre

8. Articles de presse.

- ARTETA S., BUI D., « Musique sur Internet les secrets d'une bataille », *Le Nouvel Observateur*, 19-25 janvier 2006, p.62.
- DEVILLIER S., « Le piéton suivi pas à pas par la pub », *Le Figaro économie*, samedi 15-dimanche 16 avril 2006, p.28.
- « C'est moi qui commande ! », *Télérama*, 8 février 2006, n°2926, p.68
- « La vie d'un film, des salles aux chaînes gratuites », *Télérama*, 8 février 2006, n°2926, p.70
- « Placebo sur SFR », *Le Figaro économie* », 23 Février 2006.
- Auteur, « Le deal des pixels, un business bien réel », *20 Minutes*, 17 novembre 2005, p.
- DUGUA P-Y, « « Bubble » met Hollywood sans dessus dessous », *Le Figaro économie*, samedi 28-dimanche 29 janvier 2006, p 32.
- FOUCARD S., *La loi sur le droit d'auteur sera difficile à appliquer*, *Le Monde*, 28 mars 2006.
- GONZALES P., « Le groupe TF1 se fait l'apôtre des nouveaux médias », *Le Figaro économie*, 23 février 2006, p.28
- LEVY A., « Le Net ne tuera pas les labels », *Le Monde*, Mardi 7 Mars 2006, p.25.

9. Sites Internet.

<http://fr.wikipedia.org/wiki/Blog>.

http://fr.wikipedia.org/wiki/Licence_de_documentation_libre_GNU

<http://fr.wikipedia.org/wiki/VOD>

<http://www.radiofrance.fr/services/rfmobiles/podcast/conditions.php>

www.irma.asso.fr

www.juriscom.net

www.radiofrance.fr

www.wikipédia.fr

Table des matières

Introduction.....	p.4
Partie I	
LA MISE À MAL DU DROIT D'AUTEUR PAR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES.....	p.6
Chapitre 1. L'applicabilité d'une conception classique en cause....	p.6
Section I. Une notion d'œuvre à élargir.....	p.6
§1. <i>La détermination de l'œuvre protégée.....</i>	p.6
A. La notion d'œuvre de l'esprit.....	p.6
B. La condition d'originalité.....	p.7
§2. <i>L'étanchéité des catégories d'œuvres présumées protégées par le Droit d'auteur mise en cause.....</i>	p.8
Section II. Une notion d'auteur à réajuster.....	p.10
§1. <i>Présentation générale: la qualité d'auteur.....</i>	p.10
§2. <i>Entre l'interactivité et la technique : mais qui devient auteur ?.....</i>	p.11
Section III. Les atteintes aux prérogatives des auteurs par les nouvelles technologies.....	p.14
§1. <i>Les atteintes au droit moral.....</i>	p.14
A. Présentation générale du droit moral.....	p.14
B. Les atteintes aux prérogatives du droit moral par la technique.....	p.15
§2. <i>Les atteintes au droit patrimonial.....</i>	p.18

Chapitre 2. Les vaines tentatives de résolution ou le choix de solutions inadaptées.....p.22

Section I. Les tentatives jurisprudentielles.....p.22

§1. Le fondement : la copie privée.....p.22

A. Évolution.....p.22

B. La copie privée et le téléchargement.....p.23

§2. L'évolution jurisprudentielle : de l'exception à un droit au droit à l'exception ?.....p.24

A. Les actions contre les internautes.....p.24

B. La mise en place de mesures techniques de protection.....p.27

**Section II. Les tentatives gouvernementales ou la polémique loi DADVSI
.....p.31**

§1. Les sanctions contre les internautes.....p.31

§2. Les sanctions en cas de contournement des mesures techniques de protection.....p.32

§3. La copie privée.....p.33

Partie II

LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT D'AUTEUR AJUSTÉE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES.....p.36

Chapitre 1. Des pratiques et un contenu singuliers.....p.37

Section I. Du consommateur au créateur.....p.37

§1. Les blogs.....p.38

§2. Les jeux vidéo.....p.39
§3. Le mode de pensée « Wikimédia ».....p.40

Section II. Une offre nouvelle et singulière.....p.42

§1. Le contenu du podcasting.....p.43

A. Les programmes audio.....p.43

B. Les programmes vidéo.....p.46

§2 : Le contenu proposé à la VOD.....p.48

Chapitre 2. Les aspects techniques et la convergence.....p.51

Section I. Nouvelles techniques de distribution des programmes.....p.51

§1. Les programmes linéaires.....p.51

A. Spécificité du flux.....p.51

B. Problématiques.....p.52

- *Reformatage de l'œuvre*.....p.52

- *Des programmes numérisés*.....p.54

- *La qualité des programmes*.....p.55

- *Solutions*.....p.55

§2 :Les programmes non linéaires.....p.56

A. Caractéristiques de ce flux.....p.57

B. Problématiques.....	p.57
- <i>Le financement de la création.....</i>	<i>p.57</i>
- <i>La protection des contenus offerts de manière non linéaire.....</i>	<i>p.58</i>
Section II. Nouveaux médias et convergence.....	p.59
§1. <i>Internet.....</i>	<i>p.60</i>
- <i>Le recours au référé.....</i>	<i>p.60</i>
- <i>L'émergence de nouveaux acteurs.....</i>	<i>p.61</i>
- <i>Recherche de solutions contractuelles.....</i>	<i>p.62</i>
- <i>Protection des nouveaux contenus.....</i>	<i>p.62</i>
§2. <i>La téléphonie mobile.....</i>	<i>p.63</i>
- <i>Une nouvelle économie de la création.....</i>	<i>p.63</i>
- <i>Les opérateurs téléphoniques ou nouveaux labels.....</i>	<i>p.64</i>
- <i>Les sonneries de téléphone.....</i>	<i>p.64</i>
- <i>L'inexistence de piratage sur les téléphones mobiles.....</i>	<i>p.65</i>
Conclusion.....	p.67
Bibliographie.....	p.69