

COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

Marie-Christine PIATTI

Volume 106, Number 3, December 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045714ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045714ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

PIATTI, M.-C. (2004). COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET PROPRIÉTÉS
INTELLECTUELLES. *Revue du notariat*, 106(3), 581–616.
<https://doi.org/10.7202/1045714ar>

THÈME 4

Droit commercial et technologies de l'information

COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES

Marie-Christine PIATTI*

I-	BILAN D'UN SÉISME : LES LIGNES DE FRACTURE . . .	585
	A. Sur l'échelle de la propriété industrielle	586
	1. L'épicentre du séisme : l'extension des monopoles	586
	2. Les répliques sismiques : <i>de la concurrence physique à la distribution en ligne.</i>	594
	B. Sur l'échelle de la propriété littéraire et artistique .	599
	1. L'épicentre : la copie privée	600
	2. Les répliques sismiques : de la territorialité à l'espace virtuel	605
II-	LA RECONSTRUCTION : LES POINTS D'ÉQUILIBRE . . .	606
	A. Le temps de la volonté réelle : l'appropriation des biens informationnels	606
	1. Des monopoles industriels contenus	607

* Professeur, Faculté de droit et de science politique de Lyon – Université Lumière.

2.	Des monopoles littéraires et artistiques maintenus	611
B.	Le temps du « génie juridique » : vers un droit de l'économie numérique	615

Que la dématérialisation des échanges commerciaux ait fortement influencé les principes juridiques de la propriété intellectuelle relève aujourd'hui du truisme. Nul ne conteste véritablement plus désormais, au sein de la communauté des juristes spécialisés de la chose immatérielle du moins, que le commerce électronique oblige à une relecture des règles classiques qui ont jusque-là gouverné les propriétés intellectuelles. Tout au plus est-il paradoxal de remarquer que c'est à l'occasion d'une énième dématérialisation, celle du commerce en l'occurrence, que d'autres valeurs immatérielles – industrielles, littéraires ou artistiques celles-là – se trouvent déstabilisées, comme si l'ajout quantitatif d'une ultime dématérialisation avait eu cet effet surprenant d'attenter à la nature même de tout l'édifice : la goutte d'eau qui fait en somme déborder le vase, mais en en modifiant également le contenu. Singulière conséquence.

La seule vraie question qui se pose actuellement est plutôt celle de savoir si le cadre législatif et réglementaire existant dans le domaine de la propriété intellectuelle peut perdurer intact à l'heure des nouvelles technologies de l'information ou s'il ne doit pas être adapté, amendé ou refondu ce qui suggère aussitôt l'orientation que devraient emprunter ces éventuelles interventions. C'est au moment précis où, grâce aux relations numérisées, la valeur des actifs immatériels des entreprises atteint son point d'acmé que les autres biens, dématérialisés quant à eux depuis fort longtemps déjà, font l'objet d'une certaine suspicion. En effet, deux tendances contradictoires s'opposent sur la direction à prendre, l'une préconisant le renforcement de la protection et du droit exclusif des titulaires, autrement dit un courant conservateur, l'autre visant à revendiquer le libre et direct accès aux monopoles sans paiement de droits, autrement dit un courant libertaire, voire liberticide. Deux orientations donc *a priori* antinomiques.

De façon traditionnelle, on étudiait les différents droits de propriété intellectuelle à la lumière du droit des affaires dont il ne faisait plus aucun doute depuis fort longtemps qu'il était la catégorie topique où s'épanouissaient la création et l'utilisation immatérielle. Le commerce classique était une terre accueillante de la propriété intellectuelle. L'apparition récente du commerce électronique a renouvelé le débat en inversant l'ordre des objets de comparaison :

que deviennent les principes juridiques qui fondent la propriété intellectuelle à l'aune de la numérisation ? Alors que l'entreprise était ce lieu idéal qui permettait d'éprouver la solidité et le bien-fondé des droits sur l'information, soudainement, l'économie en devenant virtuelle, telle un boomerang, faisait vaciller une catégorie tout entière, pourtant jusque-là fermement établie sur un socle de principes intangibles. Le commerce électronique deviendrait *terra incognita* de la propriété intellectuelle¹ ?

C'est cet angle de vue qu'ont choisi les organisateurs de ces 17^e entretiens du Centre Jacques Cartier en proposant d'étudier « l'impact du commerce dématérialisé sur l'évolution des principes juridiques des créations immatérielles ». Du moins c'est ainsi que nous avons compris le sujet, sauf à rappeler à l'inverse que, bien sûr, l'entreprise virtuelle peut être tout à la fois détentrice et utilisatrice de droits de propriété intellectuelle, voire faire commerce de droits de propriété immatérielle lorsque par exemple, dans le domaine musical, elle met en ligne des œuvres protégées via des logiciels dits *peer-to-peer*. Il est acquis ici que naturellement le commerce électronique est un processus qui accroît la valeur potentielle des actifs immatériels, son premier effet étant d'élever les « contenus dématérialisés » – créations numériques protégées, mais également données de toutes sortes qui accompagnent ou découlent indirectement des échanges électroniques – au premier rang des relations économiques. Le commerce électronique s'appuie en priorité sur des « biens informationnels » comme des logiciels, des bases de données, des sites multimédia ou des adresses et noms de domaines. Tous ces éléments jouent un rôle essentiel pour permettre la mise en relation « virtuelle » entre le commerçant et les consommateurs. Il n'échappe à personne que leur qualité et leur performance, aussi bien techniques qu'esthétiques, leur notoriété, en particulier pour les signes distinctifs et les noms de domaines, sont des facteurs décisifs de réussite ou d'échec commercial de l'activité d'un site marchand². De la même façon, l'échange commercial

1. Et ce n'est pas la toute récente *Loi pour la Confiance dans l'économie numérique* (LCEN) du 21 juin 2004 (L. n° 2004 – 575, JO 22 juin 2004, p. 11168) qui atténuera cette interrogation. En effet, le nouveau texte ignore largement la propriété intellectuelle, v. Christophe CARON, LCEN, « Aspects de propriété intellectuelle : analyse d'un saupoudrage discret », dans *Rev. Comm. Com. Electr.* N° 9 – septembre 2004, p. 22.

2. Bertrand WARUSFEL, « Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique », *Petites Affiches*, 6 février 2004, n° 27, p. 17 et s.

électronique engendre à son tour lui-même des informations, « méta données » susceptibles d'exploitation mercantile. Il n'est que de songer à l'utilité des statistiques de connexions des visiteurs de sites pour les opérateurs de réseaux ou les fournisseurs d'accès ou à celle des cookies révélateurs des habitudes consuméristes des internautes pour les marchands soucieux d'ajuster leur politique commerciale et de commercialisation. Bref, chacun sent bien intuitivement que juridiquement parlant l'échange numérique repose en grande partie sur des « objets numériques »³ dont un nombre non négligeable sont éligibles au titre de la propriété intellectuelle. En revanche, dans l'anomie ambiante qui caractérise ces nouveaux objets de droit⁴, l'impact que crée la dématérialisation de l'échange commercial sur les principes fondateurs des droits de propriété intellectuelle mérite qu'on s'y arrête.

De fait, le commerce électronique a sérieusement ébranlé les fondations des propriétés immatérielles, provoquant quelques failles d'inégale importance selon la nature industrielle, littéraire ou artistique des droits touchés, comme nous allons le constater (I). Mais, le commerce numérisé peut aussi apparaître comme une chance de redécouvrir des principes de propriété intellectuelle mis à rude épreuve et par-delà, l'occasion d'exercer son « génie juridique » de façon à réinsérer l'immatériel dans la matière du droit tout entier (II).

I- BILAN D'UN SÉISME : LES LIGNES DE FRACTURE

Dans le couple « commerce électronique » et « propriétés intellectuelles », c'est sans doute la conjonction de coordination – la si mal nommée en l'occurrence ! – qui est à l'origine de tous les maux et vicissitudes qui ont récemment fait trembler les fondements des

-
3. P.-A. LYONS, « Access to Digital Objects : a Communications Law Strategy », *D-Lib Magazine*, october 1995 ; Xavier LINANT DE BELLEFONDS, De la LSI à la LCEN, *Rev. Comm. Com. électr.* n° 9 septembre 2004, p. 11 : « Il n'existe aucune similitude factuelle entre, d'une part, l'achat sur Internet d'une marchandise qui sera acheminée chez son acquéreur et, d'autre part, le téléchargement d'un logiciel, d'un résultat de traitement, d'un extrait de base de données ou de tout autre fichier graphique, misical ou textuel : – dans le premier cas nous sommes dans une extrapolation facile de l'ancienne vente par correspondance ; – dans le deuxième nous sommes dans le commerce électronique pur, totalement dématérialisé. » V. Pierre LECLERC, *Le commerce électronique des produits immatériels*, *Comm. Com. électr.* févr. 2000, chron. 3.
4. Christohe CARON et H. LECUYER, *Droit des biens*, Dalloz, 2002.

droits de propriété intellectuelle. Conjonction d'affrontement, de provocation et non d'association irénique ou simplement de « mise en relation » pacifique. Loin d'entretenir des rapports idylliques, les deux entités ont dû, l'une comme l'autre, subir quelques avanies dont les remaniements juridiques sont les cicatrices emblématiques. Car en faisant irruption dans la maison du commerce électronique, le droit des propriétés immatérielles a d'abord essuyé de profondes lézardes. Qu'on en juge sur l'échelle de Richter du droit de la propriété intellectuelle.

A. Sur l'échelle de la propriété industrielle

L'essor des nouvelles technologies au cours des deux décennies qui viennent de s'écouler a été pour la propriété industrielle fertile en rebondissements, l'épicentre du séisme pouvant être diagnostiqué dans la superposition ou le chevauchement de nouveaux monopoles privatifs **(1)**. Mais cette extension des objets de droit a multiplié les points de contact entre les informations diversement protégées ce qui a également eu des répercussions au-delà du droit de la propriété intellectuelle *stricto sensu* dans son environnement immédiat, comme celui de la concurrence par exemple **(2)**.

1. L'épicentre du séisme : l'extension des monopoles

Avec le développement du commerce électronique, la question de la protection des logiciels et autres programmes de traitement de l'information s'est posée avec acuité tant il est vrai que le bon fonctionnement de l'Internet est tributaire de ces outils logiques. Parallèlement au recours massif aux logiciels, l'échange en ligne a fait émerger de nouvelles méthodes commerciales – de gestion, de distribution, de commercialisation – qui ont conduit à s'interroger sur la pertinence d'une protection industrielle pour ces « innovations » d'un genre particulier⁵. Le droit des brevets fait ainsi l'objet de toute la sollicitude des investisseurs qui escomptent bien en retirer la meilleure garantie pour leur engagement financier. Aussi subit-il de plein fouet le contrecoup du développement des nouvel-

5. « Protéger les inventions de demain – Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires », Étude sous la direction du professeur Michel VIVANT, La documentation française, 2003 ; Jean-Christophe GALLOUX, « Brevets d'invention, logiciels : accélérateurs ou freins à l'Internet ? », dans *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Litec, 2001, p. 7 et les exemples cités en note (2) ; le journal « 01 Informatique » du 6 février 2004 offre une liste impressionnante de brevets accordés à des *business methods*.

les technologies de l'information : c'est toute la problématique de la brevetabilité, c'est-à-dire le pilier fondateur de la matière, qui connaît un regain d'actualité grâce à ce nouveau média.

Séisme au sein même de la maison du droit des brevets bien sûr si les conditions de protection des inventions devaient changer, faisant passer d'un système d'exclusion à un système d'inclusion des programmes d'ordinateur dans le champ de la brevetabilité, mais répercussion jusque dans la maison du droit d'auteur qui abrite quant à elle, depuis une vingtaine d'années déjà, les logiciels (art. L. 112-2-13° C.P.I.). L'effondrement d'un mur porteur des brevets (art. L. 611-10 C.P.I.) aurait par ricochet pour effet l'érection d'un mur de démarcation, en périphérie cette fois, et bien moins solide en raison des ouvertures à ménager avec les œuvres de l'esprit. Non seulement la réflexion doit être repensée sur la question de la brevetabilité, mais du même coup sur celle de la coexistence avec le droit d'auteur⁶.

L'impact du commerce électronique sur les principes du droit des brevets d'invention est donc considérable puisqu'il conduit à reconsidérer la définition même de l'invention brevetable, écartelant sur ce point la doctrine la plus érudite en deux courants contradictoires, l'un favorable à un élargissement de la protection au risque de devoir « manipuler » les conditions traditionnelles de brevetabilité ou de créer sans cesse de nouveaux droits, l'autre hostile à cette extension au motif d'un juste équilibre à trouver entre l'économique, le social et l'éthique⁷.

La fracture semble définitivement consommée entre ces deux attitudes et en fait, sinon en droit, la brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales a déjà reçu un accueil favorable, notamment aux États-Unis et au Japon à titre principal⁸, en

6. C. CARON, *Quelques réflexions sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel*, RIDA, avril 2003, p. 3 ; J.-P. MARTIN, *La protection des logiciels, droit d'auteur ou brevet d'invention ?*, JCP, éd. E, 1990-I-1572.

7. Philippe QUÉAU, *Questions de droit*, novembre 1999, p. 5.

8. « On estime qu'environ 12 000 demandes de brevets de logiciels sont déposées chaque année aux États-Unis et qu'en 2000, il existait environ 20 000 brevets japonais portant sur des logiciels », cité par Bernard REMICHE, *Brevetabilité et innovation contemporaine : quelques réflexions sur les tendances actuelles du droit des brevets*, dans ouvrage préc. La doc. fr., p.185 ; ainsi le 27 avril 2004, l'Office américain a accordé à *Microsoft* un brevet de procédé (n° 6. 727. 839) dans le domaine des logiciels intitulé « bouton matériel à temporisation pour le lancement de programmes ».

Europe via la pratique de l'OEB, dans une moindre mesure⁹. À l'argument de « la légitimité de la brevetabilité du logiciel »¹⁰, répond celui du respect du droit international économique qui couvre le devoir de respecter les droits souverains des États – riches et pauvres – pour ce qui est du contrôle de leur propre destinée économique. Les tenants de la non-brevetabilité de ces nouvelles « innovations » avancent l'idée selon laquelle l'égalité juridique de traitement renforce l'inégalité économique et se demandent s'il n'aurait pas été plus sage de prévoir, en faveur d'un certain nombre de pays, un traitement préférentiel sans condition de réciprocité¹¹.

Sans entrer dans ce débat politique complexe, il suffit pour l'instant, à en rester au strict plan juridique à l'impact des nouvelles technologies de l'information sur l'évolution des principes du droit des brevets d'invention, de relever le profond bouleversement de l'institution : les conditions de la protection des inventions font l'objet d'âpres controverses alors que tout récemment encore le droit matériel des brevets d'invention paraissait définitivement immuable. Séisme éminamment violent si l'on en juge par l'abondante littérature actuellement consacrée à la question¹².

De l'élargissement de la protection, affaiblissement des exigences et renforcement des droits qui sont les manifestations du tremblement des fondations de la maison brevet, l'on passe à des secousses non moins fortes dans la maison voisine du droit d'auteur. Car si la brevetabilité du programme devait être reçue, alors l'onde de choc se répercuterait inévitablement sur la protection qu'offre déjà la propriété littéraire au logiciel. Et l'on sait combien le concours de droits sur une même création (un dessin ou modèle, une obtention végétale...) est toujours source de complexité. Il n'est peut-être pas utile de rajouter une zone de fragilité supplémentaire en l'espèce : le cumul de protection – le brevet

9. Décisions T 208/84 du 15.07.86, JO OEB 1987, p. 14 ; T 26/86 du 21 mai 87, JO OEB 1988, p. 19 ; T 1173/97 du 1^{er} juillet 1998, JO OEB 1999, p. 609 ; T 0935/97 du 4 février 1999, JO OEB 1999, p. 301.

10. Pierre BRESSE, précité, p. 3.

11. Bernard REMICHE, La doc. fr. préc., p. 181.

12. Commerce électronique et propriétés intellectuelles, publication de l'IRPI n° 20, Litec 2001 ; *Protéger les inventions de demain*, préc., 2003 ; Jean-Louis GOUTAL, *Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle*, JurisClasseur PI, n° 11, nov. 2003, p. 20 ; Michel VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?*, Mélanges Mouly, Litec, 1998, p. 441 ; Michel VIVANT, *Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, À la recherche d'un nouveau paradigme*, Journal Le Monde du 19 septembre 2000, p. 17.

d'invention pour la partie technique, le droit d'auteur pour la partie formelle –, on le pressent n'est pas fait pour la clarté des choses, car outre la détermination du critère de distinction écartelé entre le fond (les fonctionnalités) et la forme (l'architecture), un même objet physique (le logiciel) verra se concentrer deux droits antinomiques à bien des égards. Même si cette situation n'est pas inconnue des spécialistes de propriétés immatérielles, l'on peut toutefois s'interroger sur le bien-fondé de créer des nouveaux cas de cumul, les coexistences étant toujours nœud à procès.

Le problème n'est pas tant que la brevetabilité des logiciels ou des méthodes commerciales présente des difficultés insurmontables comme l'ont soigneusement relevé les spécialistes de la matière¹³ ; de manière plus fondamentale, en évoluant vers toujours plus d'abstraction (tant dans le domaine des technologies informatiques qui nous intéresse seul ici que dans celui des biotechnologies d'ailleurs), le droit des brevets remet surtout en question la définition même de la technique qui est la pierre angulaire de toute la protection par brevet. Le commerce électronique précipite ainsi la réflexion au risque de conclure avec Sully Prudhomme : *n'y touchez pas, il est brisé*¹⁴.

Mais si le droit des brevets d'invention se trouve fortement secoué, il n'est pas le seul secteur de la propriété industrielle *stricto sensu* à appeler une remise à plat de certains principes ; le droit des marques subit également l'impact frontal du commerce électronique, essentiellement avec l'apparition des « noms de domaine ». Ce nouveau « signe distinctif » vient troubler le sage ordonnancement d'une matière aux principes bien enracinés et ceci à moult égards au point qu'il n'est pas exagéré de parler de véritable tremblement¹⁵. De fait, l'irruption de noms de domaine à côté des marques plus anciennes a eu un effet dévastateur sur l'ensemble des principes du droit des marques ; pas un seul concept à ce chapitre, qui ne soit sérieusement mis à mal et ne nécessite une

13. Lire Jean-Christophe GALLOUX, « Brevets d'invention, logiciels : accélérateurs ou freins à l'Internet », préc., p. 14-20.

14. Sully PRUDHOMME, *Le vase*.

15. Certains auteurs, tel Alain Strowel, parle de « massacre » des marques par les noms de domaine (« Les noms de domaine : massacreurs du droit des marques ? », dans *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, préc., p. 21 et s.) ; v. également Jean-Pierre CLAVIER, *Marques et droits des tiers (vers un droit des « marques-médias »)*, Rev. Propriété industrielle n° 7-8, juillet-août 2004, p. 14-18.

nouvelle interprétation, au risque de voir le droit des noms de domaine supplanter purement et simplement celui des marques. À l'aquilon du droit des inventions répond l'autan du droit des marques, contrairement aux espoirs incantatoires de certains observateurs¹⁶. En voici quelques exemples.

Au plan de l'existence du droit d'abord, il apparaît ainsi que les deux principes d'accès à la protection – celui du caractère distinctif et celui de la disponibilité – ressortent particulièrement amoindris de cette confrontation, ce qui n'est pas sans incidence sur l'étendue de la protection que détermine le principe de spécialité. Au plan de l'exercice du droit ensuite, ce sont alors les principes de la contrefaçon d'une part, de la territorialité d'autre part, qui se trouvent bousculés. Reprenons brièvement ces divers aspects où le meilleur sort assuré aux noms de domaine fragilise d'autant celui des marques.

Ainsi le caractère distinctif, fondamental en matière de marques puisqu'il touche à l'essence et à la fonction même de la marque (art. L. 711-1, al. 1), sera aisément battu en brèche par un défendeur qui produira à l'instance de multiples impressions de sites tendant à prouver que la marque était largement utilisée et donc dépourvue du caractère requis. À l'action en contrefaçon du titulaire légitime répondra l'action en nullité pour défaut de caractère distinctif du cybercontrefacteur. Quoi de plus facile pour lui que d'essayer de caractériser le défaut de distinctivité du signe par son usage excessif ; il lui suffit de produire des centaines de pseudo antériorités à un nom de domaine, fût-il préalablement déposé à titre de marque. Comment le juge du fond, à qui il appartient d'évaluer ce caractère, peut-il rester insensible à la masse impressionnante d'actes d'utilisation rapportés, accréditant la thèse d'un signe devenu générique. Internet est à cet égard un accélérateur du risque de dilution des marques noyées dans l'océan des dénominations accessibles – directement de façon visuelle ou indirectement via les méta-tags – sur la toile. La dégénérescence de la marque semble ainsi guetter le signe repris impunément sur l'Internet, faisant de l'exception prévue par la loi de 1991 (art. L. 714-6 C.P.I.)¹⁷, la nouvelle règle. On ne voit pas vraiment comment le

16. Aquilon : vent violent du nord ; autan : vent violent du sud. L'image est empruntée à Jean-Pierre CLAVIER dans l'article préc., n° 1.

17. BURST, *Une nouvelle cause de déchéance du droit sur la marque : la dégénérescence de la marque*, Hommage à J. Foyer, P.U.F., 1997.

titulaire légitime pourrait efficacement défendre sa marque, sauf à passer son temps à guerroyer sur le net. Ainsi même, la notoriété du signe installée au prix de lourds et souvent coûteux investissements peut se trouver ruinée par un excès d'usage intempestif, alors qu'on ne saurait pourtant confondre les deux notions que sont d'une part la notoriété, d'autre part la dégénérescence évidemment.

Dans le droit fil de la dilution des signes exagérément utilisés se situe le problème des antériorités qui constituent autant d'obstacles à l'exigence de nouveauté ou plus exactement de disponibilité. Là encore, il y a fort à parier que le cybersquatteur soit favorisé au détriment du titulaire s'il parvient à évoquer un grand nombre de signes antérieurs. Normalement la règle qui prévaut en droit des marques est que l'on ne peut invoquer à titre de marque que les signes dont on est soi-même titulaire, contrairement au droit des brevets d'invention, ce qui justifie l'expression « disponibilité » qui est une « nouveauté relative ». En d'autres termes, l'on ne peut faire annuler la marque de son adversaire que si l'on a soi-même effectué antérieurement le dépôt d'une marque identique ou similaire ; l'on ne peut détruire la nouveauté de la marque en invoquant des droits antérieurs appartenant à des tiers. Mais le commerce électronique aura tôt fait de multiplier les fausses antériorités de sorte que le principe en ressortira passablement estompé¹⁸. Et puis à supposer respecter la règle de la nouveauté relative, le droit de propriété industrielle doit subir la nouvelle extension aux noms de domaine

18. Et le règlement communautaire n° 874/2004 du 28 avril 2004 relatif à l'enregistrement de noms de domaine en « .eu » avec sa reconnaissance de « droits antérieurs » n'est pas de nature à atténuer ce pressentiment, bien au contraire ! En effet, comment ne pas percevoir comme un outrage supplémentaire au droit des marques, l'obligation faite par l'article 10 du règlement au titulaire légitime d'un signe distinctif d'avoir à le faire enregistrer comme nom de domaine dans la zone « .eu » s'il souhaite contrarier les enregistrements frauduleux de la concurrence. Ce n'est sans doute pas la « priorité » instaurée à son endroit qui le mettra à l'abri de pareilles fraudes (V. TGI Nanterre, ord. Réf., 19 févr. 2001, legalis.net : une société française avait ainsi réussi à se faire attribuer au détriment de la multinationale Sony Corporation le nom « playstation.fr » qui figurait sur son K-bis ; cité par Cédric MANARA, « Le nom de domaine s'est-il trouvé un régime ? » *Revue JCP Communication-Commerce électronique* n° 7-8-juillet-août 2004, p. 10, n° 15). Si finalement la meilleure stratégie de protection est, comme on le prédit, d'enregistrer un nom en « .eu » dès que ce sera possible, n'est-ce pas introduire dans le marbre du droit des marques, la formule technique qui a prévalu un temps dans le champ des noms de domaine : « premier arrivé, premier servi » ? Importation pour le moins surprenante d'un principe étranger en contradiction totale avec celui qui prévaut habituellement selon lequel le dépôt suivi d'enregistrement crée le droit.

des signes susceptibles de constituer des antériorités valables, dès lors que l'utilisation de celui-ci précéderait le dépôt¹⁹.

Le caractère essentiellement relatif de la nouveauté de la marque est lourd de conséquence sur le terrain du principe de spécialité qui détermine l'étendue de la protection. Il est de règle que le titulaire de la marque ne soit pas investi d'un droit sur le signe lui-même ; il peut seulement s'opposer à ce que l'utilisation d'un même signe par autrui crée un risque de confusion avec ses propres produits. L'exclusivité dont il bénéficie ainsi ne joue que dans son propre secteur d'activité. Or ce principe dit de spécialité qui tolère en conséquence la coexistence de marques identiques enregistrées dans des catégories de produits ou services distinctes, là où la confusion est impossible, est inconnu des noms de domaine. Autrement dit, un nom de domaine peut faire obstacle à l'enregistrement d'une marque identique ou similaire pour quelque produit ou service que ce soit. L'irruption du commerce électronique au sein du droit des marques pose ainsi la question de savoir s'il ne faudrait pas reconsidérer la notion de spécialité, quitte à l'étendre aux noms de domaine ! L'expansionnisme du droit du commerce électronique est ici flagrant²⁰.

L'exercice du droit n'est pas non plus exempt de chausse-trappes comme en témoignent encore les questions de la mauvaise foi d'une part, de la territorialité d'autre part.

Le principe majeur de la contrefaçon de marque est en effet que, pour des commodités de preuve, elle n'y est que présumée, voire indifférente dans certains cas. De fait, la bonne foi du contrefacteur y est inopérante car il s'agit de sanctionner l'atteinte à un droit privatif, de réintégrer le titulaire de la marque dans sa propriété (art. L. 761-1 C.P.I.) et de rendre à celle-ci sa fonction distinctive en mettant fin à la contrefaçon²¹. Plus directement cela signifie que peu importe que celui qui utilise une marque d'un tiers excipe de sa bonne foi de n'avoir pas voulu porter atteinte au signe

19. Trib. Com. 8^e ch., 10 avr. 2002, JCP Communication/Commerce électronique, nov. 2002, p. 27 : « Annonces-vacances.com » est un signe disponible opposable à la marque semi-figurative « annoncesvacances.com ».

20. M^e Jean-Jo EVRARD, cité par Alain STROWEL (note 13, préc.), détecte le danger de « l'embourbement » du droit des marques dans le marécage de l'Internet (ouvr. Préc., p. 33).

21. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, p. 682, n^o 1449.

déposé, il n'en demeure pas moins contrefacteur. Tel est le principe intangible de la propriété industrielle. Or, le droit des noms de domaine est paradoxalement plus exigeant en requérant la preuve de la mauvaise foi du déposant²² ; c'est là une règle diamétralement opposée à celle qui domine le droit des marques. Et force est de constater qu'une fois de plus, le règlement des conflits s'opère très majoritairement sur le fondement des noms de domaine où la jurisprudence montre qu'il est quasiment impossible de rapporter la mauvaise foi du déposant d'un nom de domaine²³. Nouvel effondrement d'un pilier porteur de la procédure judiciaire appliquée en droit des marques.

Last, but not least, le principe de la territorialité s'effondre également dans ce cataclysme. L'on sait que la marque appropriée pour la France est indisponible seulement sur le territoire français ; appropriée à l'étranger, elle reste disponible en France. Cette règle est ignorée du droit des noms de domaine qui a, pour sa part, un effet planétaire. En conséquence, la contrefaçon d'une marque française ne serait réalisée que si le site était accessible depuis la France²⁴, alors que le nom de domaine, lui, libéré de toute attache territoriale, pourrait parfaitement être opposé en France par exemple, alors même que le site n'y serait pas accessible. L'usage d'un nom de domaine où qu'il intervienne dans le monde rend le signe partout indisponible, indépendamment de l'activité commerciale du titulaire de la marque dans le pays en question²⁵.

L'extension des monopoles, si elle constitue ainsi l'épicentre du séisme, entraîne cependant dans son mouvement d'autres dommages collatéraux. C'est ainsi que le sismographe de la propriété industrielle enregistre les soubresauts qui atteignent l'environnement immédiat du droit de la concurrence²⁶.

22. Voir Règlement ICANN repris par l'OMPI.

23. Pierre-Yves GAUTIER, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, précité, p. 159.

24. H. CROZE, *Règles de nommage et droit des marques : vers une solution internationale*, Gaz. Pal., 1997, 1, doct. 640.

25. La question de la territorialité qui prévaut dans tout le droit de la propriété intellectuelle sera à nouveau abordée *infra*.

26. Bien qu'en dehors du champ strict de cette étude centrée sur les seules propriétés intellectuelles, la concurrence entretient toutefois (via la franchise, les liens hypertextes, les *frames*, *méta-tags* et noms de domaine) des passerelles importantes avec le droit des marques notamment, ce qui invite à consacrer quelques brefs développements au droit de la distribution. Les lignes de fracture perçues dans la maison industrielle vont-elles entraîner la chute de la maison concurrente ?

2. Les répliques sismiques : de la concurrence physique à la distribution en ligne

Le droit des marques est également agité, même si c'est de façon plus diffuse désormais, par les diverses ondes de choc engendrées par l'adaptation des principes classiques du droit de la concurrence « physique » à la dématérialisation du commerce. Le passage à la distribution en ligne, s'il ne bouleverse pas radicalement le droit de la concurrence en vigueur²⁷, déclenche cependant encore quelques répliques perturbatrices en droit de la propriété industrielle. Rien d'étonnant lorsque l'on connaît les liens de connexité qu'entretiennent les deux matières, mais qui peuvent surprendre par leur diversité et intensité. En quoi la coexistence de deux formes de distribution peut-elle se faire ressentir sur les propriétés intellectuelles qui nous occupent ? Il n'est pas question de prétendre imaginer toutes les hypothèses pratiques plausibles ; quelques cas peuvent cependant être évoqués choisis respectivement dans le droit de la distribution et dans le droit de la concurrence déloyale²⁸.

Le droit de la distribution d'abord peut provoquer trois sortes de répliques dans le droit de la propriété industrielle lorsque la commercialisation se fait par voie électronique.

La première intéresse les abus de position dominante que prohibe l'article 82 CE. Or, il n'est pas rare que les concepteurs de sites marchands se réservent tous les droits de propriété intellectuelle entrant dans la confection desdits sites (données, images, sons) de sorte que l'entreprise cliente ne puisse plus les faire évoluer, voire les exploiter tout simplement, en l'absence de droit de représentation²⁹. Les droits de propriété intellectuelle servent alors

27. M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Internet et droit de la concurrence », dans *Travaux de l'AFDIT, Internet saisi par le droit*, Éd. des Parques, 1997, p. 95 et s. ; G. BONET, « Les interrogations sur le droit de la concurrence », dans *Commerce électronique et propriétés intellectuelles* (préc.), p. 53 et s.

28. Nous n'évoquerons donc pas ici le droit structurel de la concurrence qui par les concentrations de plates-formes de marché électronique peuvent également avoir des répercussions sur la propriété industrielle, v. François BRUNET, « Commerce électronique et droit de la concurrence », *Petites Affiches*, 6 février 2004 - n° 27, p. 45.

29. Le droit de représentation, appelé en pratique droit d'exécution, signifie que l'œuvre ne peut être représentée ni exécutée en public sans autorisation de l'auteur ; le siège de la matière est l'article L. 122-2 C.P.I. qui dispose : *la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque*. En l'occurrence, comment le commerçant peut-il exploiter le site si son accès au public est tributaire du concepteur ?

de moyens pour les prestataires créateurs à d'éventuels abus de situations. Les arguments tirés du droit de la concurrence évoquent le marché et l'attente des consommateurs tandis que ceux tirés de la propriété intellectuelle évoquent la liberté d'exploitation conférée au titulaire des droits de propriété industrielle qui peut être la liberté de ne pas exploiter. Ainsi, s'affrontent deux logiques contradictoires. Dans pareille hypothèse, il conviendrait alors de faire application de la jurisprudence *Magill*³⁰ de la CJCE qui a, à partir de l'article 82 du traité, élaboré une théorie de l'abus du droit de propriété intellectuelle³¹. S'il semble assez bien établi aujourd'hui que les principes de la propriété industrielle doivent, en tant que de besoin, fléchir devant ceux du droit communautaire de la concurrence³², il y a fort à parier que le commerce électronique sera propice à d'autres répliques ; sensible comme le marché lui-même, le droit de la concurrence entraîne dans sa perpétuelle adaptation une égale instabilité du droit de la propriété intellectuelle.

La deuxième secousse va provenir de la mise en œuvre de la règle de « l'épuisement communautaire ». Imaginons l'hypothèse dans laquelle un produit couvert par un droit de propriété industrielle dans la Communauté ferait l'objet d'une double commercialisation : « classique » sur le territoire de certains États membres, « en ligne » de façon internationale³³. La CJCE a établi la règle de « l'épuisement communautaire » au terme de laquelle le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle situé sur le territoire communautaire peut empêcher l'importation de tout produit couvert par son droit s'il n'en a pas autorisé la commercialisation sur ce territoire. C'est en vertu de ce principe que le titulaire du droit de propriété immatérielle peut interdire la livraison dans l'Espace européen de son produit breveté ou marqué qui serait vendu *via* le net et en provenance d'un État tiers. Hypothèse qui est loin d'être d'école lorsque l'on sait combien les coûts d'un distributeur en ligne peuvent s'avérer infiniment plus bas que ceux pratiqués par un

30. CJCE 6 avril 1995, Rec. 743, concl. Cl. Gulmann ; D. 1996, jur. 21.

31. Lire le commentaire de Nathalie MALLET-POUJOL, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, p. 59 et les nombreuses références à la jurisprudence de la CJCE en matière de droit d'auteur.

32. Marie-Christine PIATTI, « La circulation des produits couverts par un droit de propriété industrielle dans la jurisprudence de la CJCE », dans *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, p. 179 et s.

33. Georges BONET, « Les problèmes liés au droit des marques et au droit de la concurrence : les interrogations sur le droit de la concurrence », dans ouvr. IRPI précité, p. 57.

distributeur physique. Gageons que, dans ce cas de figure, le titulaire du droit de propriété industrielle s'opposera à l'introduction, en France par exemple. Encore conviendrait-il de vérifier que la différence des prix de vente soit « objectivement justifiée »³⁴, au risque de commettre un abus de position dominante. Mais quelle est alors l'utilité du principe « d'épuisement communautaire » si d'aventure les conditions exorbitantes d'exploitation du droit ne sont pas contraires à la loyauté dans les relations commerciales ? En multipliant les échanges dématérialisés, le commerce électronique, par un système de jeu de dominos, fait voler en éclats une règle fondamentale du droit de la propriété intellectuelle et seul un « épuisement international », non encore d'actualité, pourrait mettre un frein à ces répliques venues du droit de la concurrence.

Une ultime secousse enfin trouve ses origines dans les *Lignes directrices sur les restrictions verticales*³⁵ publiées par la Commission en octobre 2000³⁶. Il y est formellement postulé le principe de liberté des ventes en ligne à l'exception de la possibilité d'interdire les ventes actives dans les réseaux organisés sous forme de concessions exclusives (point 51)³⁷. Le droit des restrictions verticales distingue habituellement deux sortes de ventes, celles dites « actives » qui consistent à prospecter des clients à l'intérieur d'un territoire exclusif ou parmi la clientèle exclusive d'un autre distributeur et celles dites « passives » qui visent à répondre à des demandes non sollicitées émanant de consommateurs (point 50). C'est là la condamnation classique des « ventes agressives » sur le territoire

34. Nathalie MALLET-POUJOL, précité, p. 69.

35. Les accords verticaux sont des accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (art. 2, §1 du Règlement d'exemption par catégorie n° 99/2790/CE du 22 décembre 1999).

36. Règlement d'exemption n° 99/2790/CE du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, §3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE, L. 336, p. 21, promulgué par les Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000, JOCE n° C 291, p. 1.

37. Pour une étude poussée, v. François BRUNET, « Commerce électronique et droit de la concurrence », dans *Internet, commerce et droit : vers un droit de l'économie numérique*, Petites Affiches, 6 février 2004 – n° 27 – p. 45 et s. ; la *Loi pour la Confiance dans l'économie numérique* (LCEN) du 21 juin 2004 qui vient de remplacer la *Loi pour la société de l'information* (LSI) prévoit également en son article 16-II que le commerce électronique est soumis au respect 4°) Des dispositions relatives à l'interdiction ou à l'autorisation de la publicité non sollicitée envoyée par courrier électronique.

exclusif d'un autre distributeur. La Commission européenne a transposé cette distinction dans le droit en ligne, en prenant soin cependant d'indiquer que le recours à Internet constitue plutôt une vente passive (point 51). Mais que penser alors du *spamming*, cet envoi par courrier électronique de messages non désirés à des clients individuels ou à un groupe de clients déterminés domiciliés en dehors de son territoire ? Dans quelle catégorie ranger l'utilisation d'outils de profilage permettant d'attirer sur un site Internet des consommateurs tels que des bandeaux publicitaires ou des liens hypertextes ? La grande bienveillance de la Commission pour le commerce en ligne ne sera pas sans répercussions sur tous ces droits de propriété industrielle, utilisés sans autorisation de leur titulaire dans ces types de sollicitations : *words stuffing*, *key-word selling*, *e-mailsquatting*, etc.³⁸.

Le droit de la concurrence déloyale ensuite participe aussi à lézarder davantage encore l'édifice de la propriété industrielle, lorsqu'il trouve à s'appliquer aux liens hypertextes (et leurs dérivés que sont les *frames* ou autres *méta-tags*) constitués de reproductions de marques enregistrées. Il ne fait aucun doute que la reprise non expressément autorisée d'un signe protégé constitue une contrefaçon. Cependant la nature du support qui véhicule la marque semble changer la donne : en apparaissant comme un élément vital du développement électronique, le lien hypertexte est désormais perçu, certes comme une indéniable atteinte aux droits de propriété industrielle, mais surtout comme inévitable à la survie de l'Internet. En somme, un mal nécessaire que doit supporter le droit des marques ! L'idée est en effet en train de prospérer que l'intérêt supérieur de la « liberté de communiquer » sur l'exercice d'un droit, fût-il de propriété : l'intérêt général au-delà de l'intérêt particulier, le droit à l'information justifiant les atteintes au droit sur l'information que constituent les brevets et les marques³⁹. Le télescopage du droit du commerce électronique avec la propriété industrielle semble se faire à cet égard au détriment de cette der-

38. Words stuffing (bourrage de mots), key-word selling (vente de marques par moteurs de recherche), e-mailsquatting (pillage d'adresses de courrier) comportent très fréquemment des marques notoires ou les noms de personnes célèbres.

39. Jean-Christophe GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, DS 1994, 1^{er} septembre 94, p. 229 et s. ; TGI Paris, 3^e ch., 23 févr. 1999, D. 1999, n° 38, p. 580 et le commentaire « Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ? ».

nière alors même qu'aucune disposition de la partie industrielle du C.P.I. ne permette d'utiliser une chose protégée sans l'autorisation de son titulaire. Ainsi, pratique et doctrine⁴⁰ semblent à ce jour convaincus de la nécessité vitale d'organiser une exception au droit des marques, un peu à la manière dont des fragments de logiciels peuvent être repris dans un but d'interopérabilité ; cette conviction est d'ailleurs renforcée par une opinion de poids du Conseil constitutionnel français à propos de la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire de commercer électroniquement en la circonstance⁴¹. La haute autorité rappelle « qu'il appartient au législateur de veiller à la conciliation entre divers principes et règles de valeur constitutionnelle ; cette conciliation doit être opérée, compte tenu des contraintes techniques et des nécessités économiques d'intérêt général ». Tous les éléments sont réunis pour faire de la liberté d'entreprendre une priorité et par conséquent, c'est une brèche dans la maison des marques qui se profile⁴².

Bref, l'échelle de Richter de la propriété industrielle enregistre en permanence les oscillations provoquées par l'impact des NTI sur les principes du droit industriel. Qu'en est-il alors sur l'échelle de la propriété littéraire et artistique ?

40. Pierre-Yves GAUTIER, *Commerce électronique et propriété intellectuelle*, ouvr. Précité, p. 160 : « N'y a-t-il pas un certain nombre de cas où on est obligé d'utiliser, sur l'Internet, sur les sites, un signe distinctif, fût-il protégé ? » ; il est cependant intéressant de relever que la LCEN du 21 juin 2004 ouvertement destinée au marché pourtant, si elle a en son article 8 clairement condamné l'exploitation d'une œuvre non autorisée par son auteur, est restée en revanche muette sur les autres droits de propriété intellectuelle. Faut-il en déduire que les titulaires de brevet et de marque, non visés par une exception dérogatoire à leur droit commun, pourraient alors opposer leur titre ? Nous sommes encline à penser que dans ce texte fleuve, le législateur les a tout bonnement oublié. Ce n'est pas le moindre paradoxe d'une loi centrée sur le commerce que d'avoir visé les créations littéraires ou artistiques et omis les créations proprement commerciales !

41. Conseil constitutionnel, n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, liberté de communication, JO 2 août 2000, p. 11922 sq.

42. Il est toutefois réconfortant que la LCEN ait affirmé que l'Internet ne devait pas ignorer la propriété en général, et la propriété intellectuelle en particulier. Ainsi, l'article 1^{er} de la loi dispose-t-il que si « la communication au public par voie électronique est libre », « l'exercice de cette liberté » peut être limité par la « propriété d'autrui », ce qui englobe bien évidemment la propriété intellectuelle. Les défenseurs des signes distinctifs ne devraient pas manquer de rappeler cet argument de droit pour colmater la faille qui se dessine.

B. Sur l'échelle de la propriété littéraire et artistique

Le commerce électronique concerne également la propriété littéraire et artistique car ce sont bien souvent au premier chef des contenus éligibles au titre du droit d'auteur qui sont échangés, c'est-à-dire des *œuvres* (textes, images, sons). En outre, si l'objet acheté sur Internet et acheminé chez son acquéreur reste une « marchandise » classique, en revanche, un certain nombre d'outils de communication mis en œuvre pour obtenir ce produit ou ce service (site, logiciel, moteur de recherche, base de données) peuvent également relever d'une protection littéraire ou artistique. Quelle que soit la part des contenus concernés par le droit d'auteur⁴³, il est constant cependant que le développement économique des activités en ligne sera tributaire de la plus ou moins grande efficacité de la protection assurée sur les réseaux. Les acteurs économiques hésiteront d'autant plus à mettre en ligne des contenus numérisés « immédiatement disponible partout dans le monde, reproductible à l'infini, et ceci alors que la copie est identique à l'original »⁴⁴ qu'ils n'auront pas la garantie d'être protégés, c'est-à-dire que le Droit prenne en compte ce phénomène de dématérialisation. Ce n'est pas ce que semble pourtant faire une loi improprement intitulée « Loi sur la Confiance dans l'économie numérique » en passant complètement sous silence la protection de la propriété intellectuelle !

La maison du droit d'auteur subit de plein fouet, comme celle de la propriété industrielle, le contrecoup du commerce électronique dont les échanges de fichiers musicaux dits *peer-to-peer* sont le principal pourvoyeur en ce moment. Si l'épicentre du séisme se situe dans le droit de la propriété littéraire et artistique autour de l'exception de copie privée **(1)**, des secousses non moins significatives en provenance de zones limitrophes comme celle du droit international privé, atteignent également l'édifice : en passant d'un principe de territorialité traditionnel à un principe nouveau d'universalité, le commerce électronique irradie les fondements mêmes du droit d'auteur et c'est alors la dimension spatiale du droit qui en est la cause **(2)**.

43. Pour des avis radicalement opposés sur cette part, v. Felix OBERHOLZER et Koleman STRUMPF, *The Effect of File Sharing on Record Sales An Empirical Analysis*, mars 2004, disponible sur : http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March_2004.pdf ; Stan J. LIEBOWITZ, *Peer-to-peer networks : Creative Destruction or just Plain Destruction ?*, disponible sur : <http://www.utdallas.edu/~liebowit/intprop/pitfalls.pdf>.

44. Isabelle FALQUE-PIERROTIN, ouv. IRPI préc., p. 75.

1. L'épicentre : la copie privée

La copie privée, notion ancienne du droit d'auteur, connaît un regain d'actualité avec les nouvelles technologies de l'information en général et le commerce électronique en particulier. Classiquement, lorsqu'une œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective (art. L. 122-5 C.P.I.). Le droit français consacre ainsi une exception pour copie privée et c'est cette exception qui se trouve au centre d'une polémique opposant les internautes, soutenus par les défenseurs des logiciels libres aux titulaires de droits, inquiets par la baisse des ventes de supports (DVD, CD). Jusqu'à récemment, le phénomène de la copie était resté relativement marginal eu égard aux difficultés de copier en masse des œuvres ; mais le développement extraordinaire des nouveaux moyens de reproduction – magnétophones et magnétoscopes dans un premier temps, Internet dans un deuxième temps – a fait exploser le nombre de copies licites portant atteinte aux intérêts patrimoniaux des titulaires de droit. Avec la copie privée, c'est toute la question de *l'appropriation immatérielle* qui est ainsi posée et c'est bien le commerce électronique qui a joué le précipité. En remettant en cause l'exception de copie privée, les technologies de l'information ébranlent toute la colonne vertébrale du droit d'auteur, atteinte à l'essence même d'un droit d'auteur, *droit de propriété*. Car si le camp du corps social, globalement majoritaire, devait l'emporter sur cette embarrassante question, alors ce serait signer l'arrêt de mort de la propriété intellectuelle ; il n'y aurait plus qu'à constater le champ de ruines.

Sans entrer dans les idéologies qui sous-tendent l'éternelle contestation de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur en particulier, essayons de faire un peu de droit et commençons par relater les termes du débat juridique mis en lumière par la pratique d'échanges de fichiers, par le système du *peer-to-peer*⁴⁵. Plusieurs problèmes de droit sont en réalité soulevés par cette pratique d'échanges d'œuvres – musicales surtout, mais également audio-

45. E. PAPIN, *Le droit d'auteur face au peer-to-peer*, Légipresse 2003, n° 199, II, p. 26 s ; C. CARON et Y. GAUBIAC, *Les échanges de fichiers sur Internet en droit français et en droit comparé* (à paraître fin 2004) ; v ; Avis du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 2 mars 2004 : RTD com. 2004, p. 264, n° 3, obs. F. Pollaud-Dulian.

visuelles – grâce à l'Internet⁴⁶. L'on en évoquera, dans cette brève étude, essentiellement trois, quelque peu différents dans leur formulation, bien qu'intrinsèquement liés entre eux : celui de l'exception de copie privée d'abord, celui de la rémunération pour copie privée ensuite, celui des mesures techniques de protection, enfin⁴⁷.

a) Pourquoi *l'exception pour copie privée* ne peut être avancée par les internautes adeptes de l'échange de fichiers par le système de *peer-to-peer* afin d'échapper aux poursuites en contrefaçon ? À rester sur le terrain du droit, et de l'exception *stricto sensu*, il ne fait guère de doute d'abord que celui qui offre à l'ensemble des internautes, et donc à un public, des copies des œuvres qu'il a stockées dans son ordinateur sans l'autorisation des titulaires de droits est incontestablement un contrefacteur. Il y a violation des droits de reproduction et de représentation à mettre en ligne une œuvre protégée. Pas davantage ensuite échappe à la qualification, l'acte de téléchargement d'une œuvre située cette fois dans l'ordinateur d'autrui accessible grâce au *peer-to-peer* et ceci vaut que la copie soit offerte à l'ensemble de la communauté des internautes utilisant le *peer-to-peer* ou qu'elle fasse l'objet d'un usage privé. En effet, une lecture rigoureuse de l'article L. 122-5 2° C.P.I. permet de sanctionner cette double destination : d'une part, la mise à

46. À cet égard, « il est piquant de constater que les technologies les plus modernes entraînent une élision de la monnaie et provoquent un retour au « troc » des sociétés primitives » fait judicieusement observer Christophe Caron in *Condammations de cyber-contrefacteurs ordinaires férus de peer-to-peer*, *Comm. Com. élec.* n° 7 – 8 juillet-août 2004, p. 27 sous TGI Vannes, 29 avril 2004.

47. L'on évacuera d'emblée l'éventuelle responsabilité des fournisseurs d'accès à l'Internet qui permettent la mise en œuvre de logiciels de distribution de musique par le *peer-to-peer*. La Cour suprême des Pays-Bas a en effet confirmé la légalité du logiciel et du site KaZaA et considéré que KaZaA ne faisait que fournir le logiciel et n'était pas responsable de la manière dont il était utilisé. Lire Yves GAUBIAC, « Logiciels de distribution de musique peer-to-peer », *Affaire RIAAC/VERIZON*, *Comm. Com. élec.* n° 3 – mars 2004, p. 11 s. Solution pour le moins discutable, à notre avis, car en fournissant les moyens de la contrefaçon, le responsable du site proposant les échanges n'est-il pas contrefacteur au titre de l'article 121-7 du nouveau Code pénal : « est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation » ? D'ailleurs, l'article 7 de la nouvelle Loi sur la Confiance dans l'économie numérique ne vient-il pas disposer que les fournisseurs d'accès qui « invoquent, à des fins publicitaires, la possibilité qu' (il)s offrent de télécharger des fichiers dont (ils) ne sont pas les fournisseurs » doivent faire figurer dans cette publicité une mention facilement identifiable et lisible rappelant que « le piratage nuit à la création artistique ». Lire C. CARON, *Comm. Com. Elec. Préc.*, sept. 2004, p. 22.

disposition d'une copie à l'ensemble des internautes ne peut être considérée comme une copie privée et d'autre part, l'utilisation à des fins privées méconnaît le véritable copiste qui, en l'occurrence, est davantage celui qui ouvre son disque dur aux internautes que le bénéficiaire de la copie⁴⁸. Mais l'exception pour copie privée ne peut en définitive sérieusement être produite en raison surtout du caractère contrefaisant de l'œuvre à partir de laquelle la copie est réalisée. Il est parfaitement incohérent d'admettre que la licéité de la réalisation d'une copie privée en application de l'article L. 122-5 C.P.I. puisse s'appuyer sur l'existence d'une contrefaçon. Il y a un caractère contaminant de l'exemplaire d'origine contrefaisant à l'exception pour copie privée⁴⁹. Voilà en quoi les échanges de fichiers par le système du *peer-to-peer* sont bel et bien illicites et les raisons pour lesquelles l'exception pour copie privée est inopérante en la circonstance.

b) Vient se greffer ensuite sur cet aspect de la copie privée, un problème autrement plus redoutable encore qui est celui de la *rémunération pour copie privée*. En effet, la chronique de la mort annoncée de la copie privée, préfigure le grand chamboulement de la notion de rémunération qui s'y attache⁵⁰. Depuis la loi du 17 juillet 2001, l'article L. 311-1 C.P.I. qui postule le droit des auteurs à une rémunération au titre de la reproduction de leurs œuvres dans un contexte de copie privée, a été étendu précisément aux supports d'enregistrement numériques. Et l'on sait que ces derniers supports permettent de copier des données de toute nature et pas seulement des œuvres, leur vocation première n'étant peut-être pas d'enregistrer des objets de droits de propriété intellectuelle⁵¹. Il existe alors un risque que l'assiette aille « bien au-delà de ce qui sert à copier des œuvres ou des interprétations »⁵². Il convient en outre de ne pas oublier que la directive du 22 mai 2001 dispose en son article 5.5 que les exceptions « ne sont applicables que dans

48. V. la jurisprudence rendue en son temps pour faire échapper la reprographie à l'emprise de la copie privée et qui a su faire évoluer la notion de copiste : arrêt *Rannougraphie*, Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1984 : RTD com. 1984, p. 677, obs. A. FRANÇON ; JCP G 1985, II, 20351, note R. PLAISANT : condamnation de celui qui, tenant une officine de reprographie, fournissait le moyen de réaliser des photocopies en exploitant des photocopieuses.

49. C. CARON, sous TGI Vannes préc., Comm. Com. élec. juillet-août 2004, p. 28.

50. C. CARON, *Rémunération pour copie privée*, Comm. Com. élec. N°11 – novembre 2001, p. 17 s. n° 109 et p. 18 s. n° 110.

51. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, P.U.F., 4^e éd., 2001, n° 164.

52. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd., 2001, n° 316.

certain cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit »⁵³. Cette règle, connue sous l'expression du test des trois étapes⁵⁴, signifie que les exceptions – en l'occurrence pour copie privée – ne sont admises que si elles sont suffisamment spécifiques et neutres pour le titulaire des droits. Il y a fort à parier que les internautes férus de copies privées numériques s'empareront de la question de la compatibilité de l'exception de copie privée, et partant de la rémunération pour copie privée, avec le test des trois étapes pour légitimer leurs activités. Si effectivement la copie privée devenait la norme, au lieu d'un cas spécial, et que la rémunération pour cet acte augmentait dans de fortes proportions, alors ce serait un coin important dans le droit d'auteur. Bien évidemment les arguments en réponse qui pointeront qu'une copie privée numérique, même assortie d'une rémunération, porte atteinte à « l'exploitation normale de l'œuvre » et peut causer « un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit » feront l'objet d'âpres interprétations. Le calcul de la rémunération, arbitraire par essence, pour copie privée devient, par la force des choses, de plus en plus tributaire des pratiques d'utilisations et des considérations techniques, aussi conviendra-t-il qu'il colle le plus possible à la réalité.

c) *Les mesures techniques de protection* se trouvent enfin au centre d'un troisième conflit toujours relatif à la copie privée, lorsque, par exemple, elles sont contournées pour reproduire un DVD au titre de l'exception prévue par l'article L. 122-5 2^o C.P.I. Si l'on en croit ce texte, le titulaire de droits ne peut pas interdire, y compris par une mesure technique, la mise en œuvre de la copie privée car cette dernière exception est d'ordre public et ne saurait donc être remise en cause par la volonté individuelle⁵⁵. Dès lors le copiste semble légitimé à court-circuiter la protection technique qui

53. C. CARON, « La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *Comm. Com. élec.*, mai 2001, chron. N° 13 ; J. PASSA, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G* 2001, I, 331, n° 18.

54. Les exceptions au droit de reproduction (ici la copie privée dans un contexte numérique) ne sont permises que : 1. dans certains cas spéciaux ; 2. si elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ; 3. ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

55. C. CARON, *La copie privée d'un DVD n'est pas de droit et viole le test des trois étapes*, note sous TGI Paris, 3^e ch., 30 avr. 2004, *Comm. Com. élec.*, juillet-août 2004, p. 26.

tient en échec l'exception pour copie privée. Mais ce serait sans compter toutefois avec l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001 en voie de transposition en droit français selon lequel « les titulaires de droits [...] prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions [...] puissent (en) bénéficier dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question »⁵⁶, ce qui est un encouragement aux titulaires de droits pour qu'ils permettent volontairement la mise en œuvre de l'exception pour copie privée sur les supports. Ainsi, en limitant le nombre de copies autorisées par exemple, ils donneraient encore sa pleine effectivité à l'exception⁵⁷. Et si aucune copie n'était possible, aucune conciliation de la copie privée avec les mesures techniques aménagées, les titulaires de droit pourraient, à notre avis, encore paralyser le jeu de l'exception en brandissant le test des trois étapes bien connu de la Convention de Berne (art. 9-2) et des Accords ADPIC (art. 13). Or, il est vraisemblable que, dans certaines de ses applications, l'exception pour copie privée soit une violation de ce fameux test⁵⁸. Par exemple, « la copie privée perturbera l'exploitation normale de l'œuvre, ce qui causera un préjudice aux intérêts légitimes des titulaires de droits, malgré l'existence de la rémunération pour copie privée, si cette dernière est plus faible que les profits générés par la vente des supports »⁵⁹. Les adversaires des mesures techniques qui auront payé la rémunération pour copie privée lors de l'achat de leur support vierge, n'ont pas fini de crier au scandale et de vouer le droit d'auteur dans son ensemble aux gémonies. Pour combien de temps la rémunération pour copie privée peut-elle encore coexister avec des mesures techniques de plus en plus nombreuses⁶⁰ ? « Car,

56. On ne peut s'empêcher au passage de souligner la complexité et la lourdeur d'un texte aux antipodes de la clarté et de l'élégance caractérisant l'œuvre d'un Portalis. Lire Pierre SIRINELLI, *La directive « société de l'information » : apport réel ou fictif au droit d'auteur ?*, ouvr. IRPI, préc., p. 79 et s.

57. G. VERCKEN, *La protection des dispositifs techniques*, propr. Intell. 2002, n° 2, p. 52 ; F. SARDAIN, *Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres*, Comm. Com. élec. 2004, étude 12.

58. J. GAINSBURG et Y. GAUBIAC, *L'avenir de la copie numérique en Europe*, Comm ; Com. élec. 2000, chron. 1 ; C. CARON, *Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée*, D. 2001, chron. p. 3421.

59. Exemple directement emprunté à C. CARON, Comm. Com. élec. préc. 2004, p. 26.

60. Le professeur Christophe Caron préfère parler de rémunération au titre du droit exclusif rendue possible par les mesures techniques de protection, ce qui semble effectivement plus approprié ; lire Y. GAUBIAC et C. CARON, *L'échange d'œuvres sur l'Internet ou le P2P*, article à paraître, fin 2004.

sauf à devenir absurde et à perdre toute légitimité, la rémunération pour copie privée ne peut tout de même pas concerner tous les comportements possibles, à l'exception des copies privées » conclut avec sagacité un spécialiste du droit d'auteur. Le projet de loi transposant la directive promet des discussions passionnées devant le Parlement ; espérons que le pilier du droit d'auteur constitué par la copie privée résistera aux attaques des internautes.

Si la copie privée est, comme on vient de le montrer, l'épicentre du séisme qui secoue la propriété littéraire et artistique, d'autres répliques sont en mesure de la fragiliser parmi lesquelles les règles de territorialité.

2. Les répliques sismiques : de la territorialité à l'espace virtuel

L'impact des technologies de l'information sur le droit applicable à la propriété intellectuelle, notamment celles utilisées dans le cybercommerce, est d'une particulière violence en raison du principe de territorialisme qui gouverne la matière. « De nombreux actes pertinents pour juger des droits de propriété intellectuelle sont dématérialisés et n'entretiennent donc plus un rapport significatif avec un territoire quelconque. Les participants au réseau ne s'occupent guère des frontières nationales, qu'ils ne sont quelquefois pas conscients de traverser »⁶¹. Dans un système de territorialité absolue des droits de propriété intellectuelle⁶², l'émergence d'un moyen de communication transnational va faire l'effet d'une bombe et conduire inexorablement à l'abandon du principe pour départager les compétences législatives : une atteinte qui a lieu en France a lieu en même temps dans tous les autres pays du monde représentés aux Nations Unies. À l'époque du commerce électronique, « l'hostilité de principe du territorialisme à l'égard de la loi étrangère » selon la formule d'Y. Loussouarn⁶³, n'est plus tenable et, de fait, ne s'y applique plus. L'on peut affirmer qu'il n'y a plus actuellement, du fait d'Internet, de stricte non-extraterritorialité des lois de propriété intellectuelle. L'existence de fait de l'épuisement international pour le commerce électronique en est une

61. F. DESSEMONTET, *Le droit applicable à la propriété intellectuelle dans le cyber-espace*, ouvr. IRPI préc., p. 102, spéc. n. 8 et les nombreuses références bibliographiques.

62. En Allemagne, en Suisse, en Angleterre, aux États-Unis.

63. Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP 1980/1981, T. 2, p. 44.

illustration exemplaire : cours et législateurs sont amenés à prendre en considération des actes intervenus à l'étranger pour déterminer si la première mise sur le marché était faite licitement avec le consentement du titulaire des droits, preuve que les lois de propriété intellectuelle peuvent déployer un effet extraterritorial. Le grand défi du commerce électronique lancé à la propriété intellectuelle, c'est de renouveler la théorie du droit international privé. Bien entendu, dans un bref panorama des impacts sur la propriété littéraire et artistique en provenance du commerce électronique, l'on comprendra aisément qu'il ne puisse être question d'ouvrir la boîte à outils de la discipline des conflits de lois. Mais c'est sans doute un domaine où la reconstruction s'avèrera longue et complexe.

Le séisme qui a frappé la propriété intellectuelle laisse une impression de désolation, chacune des deux maisons ayant souffert, à des degrés divers, dans ses fondements : la première avec l'irruption de nouveaux monopoles et une concurrence virtuelle exacerbée, la seconde avec l'intensification du piratage et des règles de conflits de lois inadaptées. Le temps des bâtisseurs juristes est enfin arrivé.

II- LA RECONSTRUCTION : LES POINTS D'ÉQUILIBRE

Sur le champ de ruines des principes fondateurs qu'ils avaient posés naguère pour la propriété immatérielle, les spécialistes du droit de la propriété intellectuelle vont reconstruire un nouvel édifice : tantôt ils pourront prendre appui sur un reliquat encore solide qu'il conviendra simplement de redresser, renforcer, étayer ou endiguer **(A)**, tantôt ils devront couler *ex nihilo* une nouvelle dalle de soutènement pour y implanter des murs porteurs répondant aux nouvelles normes anti-sismiques **(B)**.

A. Le temps de la volonté réelle : l'appropriation des biens informationnels

Il semble qu'aujourd'hui la propriété intellectuelle, face aux deux tendances un peu contradictoires qui la traversent, doive retrouver un certain équilibre en réaffirmant avec fermeté le principe de l'appropriation des biens informationnels. Pour autant, si les monopoles doivent impérativement être maintenus, ils ne doivent pas proliférer à l'infini au risque de se heurter à la sage

sentence populaire selon laquelle « trop de monopoles tueront les monopoles ». Avec audace, il convient de prôner, dans un climat peu enclin au « juridiquement correct », le strict maintien des monopoles – industriels, littéraires ou artistiques – et avec réalisme, prendre en considération les comportements d'un corps social pas forcément hostile à la création. C'est en échafaudant une théorie qui préserve les acquis – le béton – et intègre les nouveautés venues du commerce électronique – le fer – que les maisons de la propriété intellectuelle seront mises à l'abri d'éventuels séismes.

1. Des monopoles industriels contenus

Il ne s'agit nullement de procéder ici à une étude du système actuel de brevet avec sa complexité technique – ce sera l'œuvre de la collectivité des juristes engagée dans la défense du droit des brevets – mais d'émettre quelques pistes de réflexions sur la matière à partir notamment de ces « nouveaux objets de protection » que sont le logiciel ou les créations commerciales et financières. Il faut mener ces commentaires à la lumière de la préoccupation permanente d'encourager l'innovation bien sûr, ce qui ne signifie pas pour autant de perdre de vue toute prise en compte de l'intérêt général.

L'impact le plus positif des nouvelles technologies de l'information sur le droit des brevets est sans doute de permettre qu'une réflexion globale s'engage sur ce que sont actuellement les contours du concept d'invention et sur les évolutions souhaitables à l'avenir : logiciels et méthodes d'affaires sont l'occasion d'exercer cette réflexion et ce d'autant plus efficacement que deux conceptions divergentes de la brevetabilité s'opposent à leur égard.

Sans refaire l'historique de l'exclusion par le droit français et l'OEB des programmes d'ordinateur et des méthodes commerciales du champ de la brevetabilité⁶⁴, il est cependant important pour le sujet qui nous est proposé qui porte sur l'impact du commerce électronique sur les principes de la propriété intellectuelle, en l'espèce ceux des brevets d'invention, de rappeler qu'elle est officiellement justifiée, au moins en droit, par la difficulté d'application des critères de nouveauté et d'activité inventive d'une part, par une

64. Sur cette question, v. notamment J.-C. GALLOUX, *Brevets d'invention, logiciels : accélérateurs ou frein à l'Internet*, dans ouvr. IRPI préc. p. 5-20 et les nombreuses notes de bas de pages ; v. également sous la direction de Michel VIVANT, *Protéger les inventions de demain*, INPI, La doc. franç. 2003.

durée de protection (20 ans) jugée inadaptée pour des inventions promises à une obsolescence rapide, d'autre part. L'exclusion de brevetabilité qui est posée par la loi française et par les articles 52-2 et 52-3 de la CBE signifie que les programmes sont assimilés à des créations abstraites dépourvues de caractère technique. Si bien que cet aspect est systématiquement exigé et rappelé par l'OEB lorsqu'il reconnaît la brevetabilité de certains programmes⁶⁵. Mais si une telle caractéristique (procédé technique, moyen technique ou concret, effet technique...) est mise en évidence même dans un programme d'ordinateur, rien ne s'oppose dès lors à sa brevetabilité.

Si les conditions de fond communes à toutes les inventions sont banalement la nouveauté et l'activité inventive, il faut comprendre qu'elles occupent dans les créations du secteur informatique, une place cruciale. Selon la tradition européenne donc, des inventions ne peuvent être brevetées que si elles présentent un *caractère technique*, celui-ci s'interprétant comme nécessitant d'une part que l'invention – le programme, la méthode – appartienne à un domaine technique et que, d'autre part, elle apporte une *contribution technique* à l'état de la technique⁶⁶. Or, cette deuxième exigence n'est pas requise par les droits américain⁶⁷ et, dans une moindre mesure, canadien⁶⁸.

La conséquence première de cette divergence de définition de l'invention est d'élargir le champ de la brevetabilité à de nouveaux domaines technologiques, d'accroître le nombre des monopoles.

65. Décisions T 208/84 du 15. 07. 86, JO OEB 1987, p. 14 ; T. 26/86 du 21.05. 87, JO OEB 1988, p. 19 ; T 1173/97 du 1^{er}. 07. 98, JO OEB 1999, p. 609 ; T. 0935/97 du 04. 02. 99, JO OEB 1999, p. 301.

66. Bernard REMICHE, *Brevetabilité et innovation contemporaine : quelques réflexions sur les tendances actuelles du droit des brevets*, ouvr. INPI préc., p. 183.

67. En effet, la loi américaine sur les brevets (*Patent Act*) n'autorise la délivrance de brevets aux inventeurs que pour « un procédé, une machine, un article manufacturé ou une composition de matières nouveau et utile ou un perfectionnement nouveau et utile de ceux-ci ».

68. On entend par « invention », « toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières nouveau et utile, ainsi que tout perfectionnement nouveau et utile de l'un d'eux ». Néanmoins, jusqu'à une date récente, les tribunaux canadiens se sont montrés plus réticents que les tribunaux américains vis-à-vis de la brevetabilité de certaines inventions, tout particulièrement en ce qui concerne les nouvelles technologies les plus controversées. Ainsi, il a été jugé que les programmes d'ordinateur et les méthodes d'affaires informatisées n'entraient pas dans la définition de l'invention ; exemples : *Schlumberger Can. Ltd. c. Commissaire des brevets*, (1981) 56 C.P.R. (2d) 204 (Fed. C.A.).

Aux États-Unis, l'expression selon laquelle « tout ce qui, sous le soleil, est fabriqué par l'homme est brevetable »⁶⁹ a été étendue jusqu'à inclure les programmes d'ordinateur et les méthodes financières et commerciales (*business methods*)⁷⁰. Et l'OEB, en interprétant de façon restrictive les exclusions de la brevetabilité⁷¹, aboutit quasiment au même résultat, un dispositif matériel n'étant ni une méthode d'affaires, ni un programme d'ordinateur. Les exclusions prévues par la CBE peuvent donc être contournées simplement par une rédaction « astucieuse » des revendications⁷². Autrement dit, les deux approches formellement opposées, se font largement écho en pratique. L'OEB est à ce jour caractérisé par sa propension à délivrer des brevets, non à en rejeter les demandes au motif que les brevets étant des titres de propriété, ils doivent être encouragés et que leur rejet serait finalement contraire au droit d'acquérir la propriété.

Le moment est alors peut-être venu d'une remise à plat du concept d'invention, fort du constat suivant : curieusement les programmes d'ordinateur et les méthodes d'affaires sont plus facilement considérés comme des inventions dans les pays dont la législation reprend, pour définir le concept d'invention, les formulations des XVII^e et XVIII^e siècles que dans ceux qui utilisent les définitions des XX^e et XXI^e siècles comme celles de la CBE⁷³. Ainsi, la notion de *technique*, qui se tenait plutôt tranquille, est soudainement apparue sur le devant de la scène et doit être définie, examinée, à nouveau précisée (à défaut d'être étendue)⁷⁴. « Il est

69. Déclaration extraite des travaux préparatoires de la loi de 1952 visant à modifier la *Loi sur les brevets* : *anything under the sun that is made by man is patentable !*

70. Alappat 33 F. 3d 1526 (Fed. Cir. In banc, 1994) ; *State Street Bank & Trust Co. c. Signature Financial Group Inc.* ; 149 F. 3d 1369 (Fed. Cir. 1998).

71. Ces exclusions sont, aux termes des articles 52-2 et 52-3 de la CBE 2000, les suivantes : – les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; – les créations esthétiques ; – les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, et les programmes d'ordinateur ; – les présentations d'information..., uniquement dans la mesure où la demande de brevet européen concerne l'un de ces éléments considéré comme tel.

72. Aff. T 931/95 *Controlling pension benefits system/PBS Partnership* (2001) JO OEB, p. 441.

73. Remarque empruntée à David VAVER, *Le concept d'invention en droit des brevets : bilan et perspectives*, dans ouvr. INPI préc., p. 291.

74. Antoine SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002 – Réflexions sur la notion de l'invention et les conditions de la brevetabilité*, dans ouvr. INPI, préc., p. 269.

peut-être tout aussi important de ne pas breveter les éléments de la liste de la CBE qu'il l'est de breveter des éléments qui en sont absents », fait-on justement observer⁷⁵. C'est donc au cas par cas qu'il convient d'étudier les demandes de nouveaux monopoles et si un doute existe sur la qualification de simple « découverte » ou véritable « invention », il faut absolument rejeter la demande. Agir autrement conduirait à ouvrir les vannes de la brevetabilité au détriment d'une propriété renforcée, ce qui est contraire au but recherché d'un droit de propriété affirmé. La maison brevet en reconstruction n'aurait aucune chance de résister aux prochaines évolutions *techniques*, même baptisées *technologiques* – l'on songe notamment aux séquences génétiques, aux méthodes thérapeutiques – si ses murs porteurs n'étaient pas solidement étayés, c'est-à-dire le concept d'invention redéfini, la limite entre découverte et invention précisée et clarifiée, les exclusions de la brevetabilité plus souples appréciées, les cumuls de protection interdits⁷⁶, l'intérêt public et les bonnes mœurs pris en compte, les examinateurs mieux formés... Bref, toutes les questions « classiques » qui ont été posées à l'origine de l'élaboration du droit des brevets. C'est donc sur le socle du droit commun le plus conventionnel que doivent s'ériger les nouveaux principes du droit réformé de la propriété industrielle.

Du côté des signes distinctifs à présent, particulièrement bousculés par l'apparition des noms de domaine comme on l'a vu, il est également nécessaire de redorer leur blason, ce qui passe par un rappel de quelques principes intangibles du droit des marques : conditions de protection rigoureuses, étendue de la protection strictement définie avec ses corollaires le respect de la spécialité et

75. David VAVER, *Intellectual Property Law : The State of the Art*, p. 633-634.

76. On rappellera pour mémoire qu'en même temps que les droits de propriété industrielle prolifèrent et que leur portée s'étend, les exemples de protection multiple augmentent. Ainsi, un programme d'ordinateur breveté pourra également bénéficier de la protection du droit d'auteur : en l'espèce, un copieur pourra donc être poursuivi pour contrefaçon de brevet ou de droit d'auteur, voire sur les deux terrains à la fois selon ce qu'en décidera le titulaire des droits. Et si la propriété est éclatée entre différents titulaires, le contrefacteur pourra être doublement poursuivi et être susceptible de payer deux fois des dommages et intérêts. Pourquoi ne pas aller jusqu'à interdire le cumul de protection dès lors que l'élément contrefait est suffisamment protégé sur le fondement du droit d'auteur (ou du droit des bases de données ou du droit des dessins et modèles) ? Car si la finalité du système des brevets est d'encourager l'innovation, à quoi sert la brevetabilité dans des domaines où l'activité est suffisamment encouragée et où elle existerait même sans la perspective de l'obtention de brevet.

le cas des marques notoires, appréciation de la contrefaçon et des antériorités, etc. Sur ce terrain-là aussi, il apparaît que la limitation du nombre des exclusivités est de nature à rendre leur sens aux principes. On peut affirmer que les conflits qui ont fait rage entre les marques et les noms de domaine sont en passe d'être résolus aujourd'hui, grâce aux efforts communs de l'OMPI et de l'ICAN. En revanche, un autre combat persiste pour minimiser l'influence des mouvements libertaires qui contestent le principe même de la propriété industrielle, voire de la propriété en général et dont la parodie de marque est à cet égard exemplaire⁷⁷.

Si les monopoles industriels doivent, à notre avis, être canonnés et maîtrisés eu égard au risque de prolifération incontrôlée qui les menace, en revanche, les monopoles intellectuels quant à eux nous semblent devoir être, au contraire, revigorés, au risque de disparaître tout simplement. Il y va de la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle.

2. Des monopoles littéraires et artistiques maintenus

Les échanges de fichiers sont, avons-nous constaté *supra*, illicites en droit d'auteur français ; aussi convient-il de réaffirmer haut et clair l'existence de droits de propriété littéraire et artistique dans ce type d'activité. Mais si les titulaires de droits sont évidemment avides de les voir respectés, la vraie question qui se pose, c'est contre qui diriger son action et comment procéder avec la panoplie des moyens existants. À ce double point de vue en effet, plusieurs possibilités aux répercussions inégales s'offrent au droit. Une étude fort instructive consacrée au P2P qui relate les actions susceptibles d'être diligentées contre les échanges illicites de fichiers, distingue en effet deux catégories de contrefacteurs d'une part, deux méthodes d'intervention d'autre part⁷⁸. L'échange de fichiers d'œuvres

77. Il n'est pas question d'entrer ici dans le détail d'un aspect très particulier du droit des marques, mais c'est avec profit que l'on pourra consulter quelques opinions sur ce point : L'usage de la marque d'autrui – Parodie, critique, Boycott, dans *Les clairs-obscur de la propriété intellectuelle*, Transactive, mai 2004, p. 71-101.

78. Y. GAUBIAC et C. CARON, *L'échange d'œuvres sur l'Internet ou le P2P* (à paraître fin 2004) : nous exprimons nos remerciements aux auteurs de nous avoir autorisé à prendre connaissance du contenu particulièrement dense et fouillé d'un article encore inédit au moment où nous écrivions ces lignes. Leur recherche atteste de ce que la communauté des juristes bâtisseurs est activement à l'œuvre sur ce chantier de la restauration du droit de la propriété littéraire et artistique.

protégées sur Internet implique, avons-nous dit⁷⁹, des acteurs directs (internauts qui offrent le contenu de leurs ordinateurs à autrui) et des acteurs indirects (fournisseurs d'accès par exemple qui n'offrent pas personnellement les fichiers à autrui et qui ne les copient pas non plus) contre lesquels des voies d'action pour engager leur responsabilité, plus ou moins faciles à mettre en œuvre il est vrai, sont possibles : la loi française du 22 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) est ainsi venue préciser le cadre dans lequel il est possible d'identifier un internaute contrefacteur à partir des données de connexion procurées par le fournisseur d'accès (art. 6.II LCEN) et le nouvel article 9. 4° de la loi du 6 janvier 1978⁸⁰ permet aux sociétés de gestion collectives de constituer des fichiers de contrefacteurs, sans violer le droit au respect de la vie privée⁸¹. Si la LCEN confirme par ailleurs que la responsabilité du fournisseur d'accès ne peut être engagée pour n'avoir pas été suffisamment actif à l'égard des internautes qui s'adonnent à des activités illicites, elle permet cependant aux autorités judiciaires de se tourner vers les fournisseurs d'accès pour leur demander de « prévenir un dommage » ou de « faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne » (art. 6.I 8 LCEN). Il existe donc plusieurs voies pour engager la responsabilité de ces intermédiaires techniques en droit français⁸², à côté des poursuites en contrefaçon déjà évoquées contre les acteurs directs.

Sur la forme que doit revêtir le rappel à la loi sur la propriété littéraire et artistique, il y a également matière à interrogation, car la pire des attitudes serait évidemment l'inaction, accréditant en cela la thèse d'un Internet, zone de non-droit. Les interventions pour combattre ce phénomène d'échanges illicites de fichiers doivent emprunter deux chemins à la fois : le premier curatif est celui de la répression, le deuxième préventif, celui de la pédagogie. L'un et l'autre ne sont cependant pas exempts de difficultés.

79. *V. supra*, p. 12, note (46).

80. Disposition introduite par le Sénat le 15 juillet 2004 lors du vote de la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

81. Il est vrai que sa mise en œuvre est encadrée par des garanties : les données recueillies ne pourront être nominatives que dans le cadre d'une procédure judiciaire ; la création des traitements en cause sera subordonnée à l'autorisation de la CNIL.

82. Pour lutter contre la contrefaçon, les fournisseurs d'accès seraient en train d'élaborer une charte avec les éditeurs de contenus dans laquelle ils s'engageraient à résilier les abonnements des contrefacteurs, v. le journal « Le Monde » en date du 17 juillet 2004, p. 10.

Ainsi la voie répressive, c'est-à-dire celle de l'action en contrefaçon, notamment contre une multitude d'individus amateurs non organisés en bandes criminelles, se heurte à l'hostilité d'un corps social prompt à témoigner sa sympathie et son indulgence pour une activité qu'il devine illicite, certes, mais en définitive, seulement immatérielle. L'infériorité de l'immatériel, dans l'esprit du plus grand nombre, est une donnée qui explique certainement les phénomènes de contrefaçon sur Internet. Le sentiment de gratuité qui se développe dans le public à propos des « œuvres de l'esprit » – appelées en l'occurrence, « fichiers », ce qui est loin d'être anodin⁸³ – assorti d'un droit inconditionnel à l'information tel que l'entre-tiennent les mouvements libertaires, explique la désacralisation de la création. Les secouristes de la propriété littéraire et artistique ne doivent pas ignorer cette dimension sociologique. Mais c'est en poursuivant sans fléchir les actes de contrefaçon – y compris ceux dits de « petite contrefaçon » – et en condamnant, au besoin par des peines de prison⁸⁴ que le mouvement de banalisation qui atteint la propriété littéraire et artistique a une chance d'être endigué. Avec lucidité, les auteurs de l'étude à paraître notent que « bien évidemment, les poursuites ne pourront concerner qu'un nombre infime de contrefacteurs. Mais leur exemple pourra peut-être modifier les comportements, à l'instar de ce qui peut exister, par exemple, en matière de répression des infractions au Code de la route. ».

La voie de la douceur qui consiste cette fois à expliquer le droit d'auteur n'est pas non plus dénuée de difficultés. Le portrait flatteur du droit de la propriété littéraire et artistique n'est pas aisé à brosser du fait de la multiplication des licences légales rendant opaque la répartition des rémunérations d'une part, et d'un droit d'auteur qui s'ancre de plus en plus dans la branche du droit commercial, au mépris des œuvres et des auteurs. La pédagogie trouve ici ses limites.

83. La terminologie est riche d'enseignement en ce domaine et participe à ternir davantage encore l'image d'un droit de la propriété littéraire et artistique galvaudé. Dans le même registre, il n'est sans doute pas neutre non plus de parler de « pirates » au lieu de « contrefacteurs ». N'accrédite-t-on pas ainsi l'idée que l'acte de piratage ressortit du jeu, du sport, de la débrouillardise plutôt que du délit réprimé par le droit pénal ?

84. C.A. Paris, 26 mai 2004, Expertises 2004, n° 283, p. 244 (à propos d'un internaute qui proposait à la vente des CD sur lesquels étaient gravés des milliers de fichiers musicaux MP3 obtenus grâce aux sites *peer-to-peer*).

Sur le problème de la *copie privée* que nous avons localisée à l'épicentre du séisme de la maison du droit d'auteur, les reconSTRUCTEURS auront donc à imaginer des solutions inédites. À l'heure actuelle, l'idée fait son chemin de faire sortir *la copie privée* du champ des exceptions où elle est assignée, pour la rattacher au droit exclusif ce qui aurait pour effet immédiat de rendre licite toute activité d'échanges de fichiers sur l'Internet. Cette licence légale, en paralysant l'exclusivité des titulaires de droit, leur assurerait en compensation une rémunération qui leur serait versée grâce, par exemple, à un prélèvement sur le prix des abonnements auprès des fournisseurs d'accès. La voie de la licence légale, dans un contexte d'endémie du P2P, ne doit pas être négligée *a priori* ; certes, elle contribue au changement en profondeur du droit d'auteur qui subit alors une véritable mutation du fait des nouvelles technologies de l'information, mais elle offre une solution acceptable aux intérêts contradictoires en présence. La phase d'urgence d'après séisme terminée, le temps viendra d'une réflexion approfondie sur la nature du droit d'auteur. L'essence de celui-ci n'a de chance d'être cernée qu'à condition toutefois d'exister encore. Le recours à la licence légale semble donc offrir ce point d'équilibre acceptable en phase *existentielle*.

Parallèlement au développement de procédures visant à poursuivre judiciairement internautes particuliers, producteurs de logiciels et F.A.I., se pose la question de la protection des œuvres par le biais de mesures techniques. D'une particulière sensibilité, ce point prend une dimension juridique et économique évidente dans le contexte du *peer-to-peer*. Entre le système anti-copie intégré dans certains CD-Rom qui rend impossible la copie sur un autre CD, la mise en place par les FAI de filtres chargés d'empêcher leurs abonnés de télécharger des contenus protégés par le droit d'auteur, le « pay per use »⁸⁵ et son pendant européen le « On Demand Distribution », les projets plus contestables comme la « killer application »⁸⁶,

85. Le « pay per use » est un concept qui permet de limiter le droit de reproduction dans le temps, puisque l'autorisation d'écouter et de visionner le fichier est limitée à un certain nombre de fois, et il permet également de rémunérer l'auteur à chaque fichier téléchargé. Ce concept développé notamment par Mac est connu sous le nom de « iTunes ».

86. Technique permettant de couper le lien entre le réseau et l'administrateur, de paralyser l'ordinateur d'un utilisateur de fichiers illégaux, voire de scanner les différents fichiers contenus sur le disque dur afin de les détruire ou tout simplement supprimer la connexion Internet d'un utilisateur en cours de téléchargement.

les initiatives pour empêcher le fonctionnement du *peer-to-peer* dans son modèle traditionnel, c'est-à-dire libre et gratuit, sont loin d'être épuisées et ce d'autant que des décisions judiciaires et des textes législatifs précis sont venus sanctionner l'utilisation de logiciels *peer-to-peer* et le contournement des mesures de protection⁸⁷. Le moindre des paradoxes n'est-il pas que c'est sans doute par le développement de la technique (que nous ne pouvons imaginer actuellement) que le droit de la propriété littéraire et artistique sur les réseaux est en passe de redorer son blason.

Loin de nous l'idée d'avoir voulu fixer ici les contours du futur droit de la propriété littéraire et artistique. Il ne s'agit-là que de quelques réflexions prospectives pour témoigner du fort courant en faveur de la restauration des monopoles intellectuels⁸⁸.

Après la période que nous sommes en train de vivre, toute tendue vers la volonté réelle de défendre l'appropriation des biens informationnels, viendra alors peut-être celle du « génie juridique », plus ambitieuse, consacrée à la construction d'un véritable droit de l'économie numérique.

B. Le temps du « génie juridique » : vers un droit de l'économie numérique

En guise de conclusion à toutes ces questions juridiques complexes qui se posent lorsque l'Internet rencontre les droits de propriété intellectuelle, il est peut-être possible de suggérer l'idée selon laquelle devraient être repensés les moyens d'encadrer l'économie numérique dans un contexte de plus en plus mondialisé : le brevet d'invention apparaît sans doute « surprotégé », tandis que pour le droit d'auteur, le pronostic vital est engagé. Pour repenser la place de la propriété intellectuelle dans l'économie numérique, ne faut-il pas alors accepter de prendre en compte des considérations qui ne soient pas de pure technique juridique ? Autrement dit, si le Droit a une fonction de régulation des rapports

87. Ainsi, par exemple, le législateur allemand a érigé en infraction le contournement d'une mesure technique et interdit les copies privées réalisées à partir d'un « support matériel manifestement illégal ».

88. V. Legicom n° 32-2004/3 : L'industrie musicale : questions juridiques d'actualité ; Anne-Emmanuelle KAHN, Le consommateur au pays du droit des artistes-interprètes, dans Revue Lamy « droit des affaires », Supplément déc. 2004 (à paraître).

sociaux, ne doit-il pas *d'abord* s'intéresser à des aspects aussi variés que le sociétal, l'économique, l'éthique, le culturel ou le politique ? Exercer son génie juridique en l'espèce, c'est précisément proposer des solutions qui encouragent l'innovation et libèrent la création, sans pour autant perdre de vue l'intérêt général ; c'est sortir de l'univers fermé du Droit, clos sur lui-même, selon « un triste positivisme » pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier. L'ampleur de la tâche proposée, largement prospective, confine à la modestie, mais se veut toutefois autre chose que de simples réflexions utopiques. L'analyse du système de brevet d'un côté, de droit d'auteur d'un autre côté, doit se faire en tenant compte également de ces autres critères qui forment finalement les « repaires d'une civilisation »⁸⁹, dans un contexte d'économie globalisée.

89. Bernard REMICHE, préc., p. 172.