




Revue des étudiants du Master 2 professionnel Droit de la Propriété Intellectuelle Appliquée,
Université Paris XII.

Direction du Master 2 : Professeur Christophe Caron.

Sommaire	Éditorial
Éditorial p.1	<u>SUR LA BONNE VOIE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE</u> Christophe CARON <i>Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris XII</i> <i>Directeur du M2 de droit de la propriété intellectuelle appliquée</i> <i>Avocat à la Cour</i>
La chronique du mois p.2/3	
L'arrêt du mois p.4	
Brèves p.5	C'est avec enthousiasme que les étudiants de la 6 ^{ème} promotion du Master de droit de la propriété intellectuelle appliquée ont choisi de dédier <i>à priori</i> leur vie de juriste au droit d'auteur et au droit de la propriété industrielle. Et si l'on en juge par la brûlante actualité de cette discipline, ils ne doivent certainement pas regretter d'avoir choisi d'étudier une matière aussi vivante.
Article p.6	Que l'on en juge ! Les séminaires à peine commencés, ils constatent que le droit d'auteur fait les titres de la grande presse car il s'agit de dénicher une originalité dans les quelques mots qui composent l'expression « histoire d'un mec », utilisés pour contribuer à désigner un film consacré à Coluche. Et ils ressentent les frémissements, notamment à Strasbourg, qui précèdent la prochaine discussion, devant le Parlement, du projet de loi « Création et internet ». Ce texte a l'ambition de constituer une potion magique afin de traiter le problème grave du téléchargement illicite des œuvres protégées sur internet. Et, surtout, il entend se situer en dehors de toute contrefaçon puisque son mécanisme repose uniquement sur l'absence de sécurisation d'un accès à l'internet. Nos chers étudiants constatent d'emblée que les députés européens exigent que ce soit le juge, et non pas une autorité administrative indépendante, qui ait l'exclusivité de porter atteinte aux droits et libertés des internautes, notamment en suspendant leur accès... Et si les étudiants de la promotion quittent les cénacles législatifs, ils peuvent alors étudier les profondes mutations qui ébranlent le secteur audiovisuel. Lorsque les œuvres sont présentes sur les sites communautaires du web 2.0, convient-il de condamner l'exploitant du site ? Est-il éditeur ou, au contraire, fournisseur d'hébergement ? Et, surtout, que penser des accords qui se multiplient entre les ayants droit et les exploitants de ces sites ? Dorénavant, la rémunération des titulaires des droits ne trouve plus sa source dans le prix payé par le public, mais dans les recettes engendrées par des publicités placées par les annonceurs sur ces sites. Autre économie, autres règles juridiques ...
Article p.7	Et si les étudiants quittent le droit d'auteur pour le droit de la propriété industrielle, ils peuvent alors s'intéresser aux liaisons dangereuses qui existent entre le droit des marques et le droit de la publicité comparative, récemment illustrées par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes. Ils assistent aussi à la traque, sans merci, par les grandes maisons de luxe des actes de contrefaçon perpétrés sur les sites d'enchères en ligne. Et nos étudiants attendent les réponses de la Cour de justice aux questions préjudicielles posées à propos de l'utilisation de la marque d'autrui dans des liens sponsorisés.
L'interview p.8	Quel beau carnet de route que celui qu'offre le droit de la propriété intellectuelle à ses jeunes adeptes ! Ces derniers constituent le vivier talentueux des professionnels de demain. Et il appartient maintenant à leurs enseignants de les passionner pour cette discipline, tout en leur inculquant les réflexes des bons professionnels et la réflexion nécessaire à tout juriste qui ne peut se contenter de stocker des connaissances. Le contenu du présent numéro de <i>Palimpseste</i> prouve que les étudiants de la 6 ^{ème} promotion sont sur la bonne voie !
Association LEXPIA	
<u>Directrices de publication</u>	
Emilie BERNA Flore COLNET	
<u>Membres du bureau de l'association LEXPIA</u>	
Laetitia LORY <i>Présidente</i>	
Marie-Marthe JOST <i>Vice-présidente</i>	
Héloïse GASSIN <i>Chargé de communication</i>	
Inès NZEDIEU <i>Trésorière</i>	
Laura TURCAN <i>Webmaster</i>	
Retrouvez Palimpseste sur le site : www.masterpia.com	

La chronique

La loi Création et Internet (dite HADOPI): le feuilleton continue...

Droit d'auteur et vie privée des internautes, un équilibre difficile à trouver ?

La protection des droits d'auteur est à l'heure actuelle assurée par le juge judiciaire. Or, le constat est sans appel, cette protection est loin d'être efficace. En effet, des millions de téléchargements illicites sont opérés sur Internet tous les jours. De surcroît, les sanctions pénales n'étant quasiment jamais prononcées car irréalisables, une réforme s'avérait nécessaire...

Genèse et contenu du texte :

Le projet de loi français HADOPI s'attaque au piratage sur Internet via une mesure dite de « riposte graduée ». Il s'appuie sur les suggestions des accords Olivennes, signés le 23 novembre 2007 par les industries culturelles, les opérateurs télécoms et les fournisseurs d'accès à internet (FAI). Il s'agit d'un accord interprofessionnel « pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux ».

Le gouvernement s'était alors engagé à proposer rapidement un texte législatif permettant aux ayants droit de la musique et du cinéma de repérer et de faire sanctionner les atteintes à leurs droits. C'est chose faite depuis le 18 juin 2008, jour officiel de la présentation du projet de loi.

Sur saisine par certains ayants droit d'une autorité administrative indépendante, la « riposte graduée » prévoit l'envoi de messages d'avertissement (par courriels puis par lettres recommandées) aux internautes téléchargeant illégalement. En cas de persistance de ce comportement, les internautes pourront se voir imposer la suspension de leur connexion pouvant aller de trois mois à un an assortie d'une interdiction de se réabonner au cours de cette période auprès d'un autre FAI (futur article L 331-25 du CPI).

L'actuelle Autorité de régulation des mesures techniques deviendra par l'effet de la nouvelle loi la **Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet** (HADOPI). C'est cette dernière qui obligera les FAI à relayer les messages d'avertissement aux internautes.

La question du recours contre les décisions de l'autorité administrative reste en suspens et sera tranchée par décret. Cette loi prévoit également la création d'un fichier de données à caractère personnel portant sur les personnes faisant l'objet d'une procédure devant la Haute autorité (futur article L331-34 du CPI). En outre, le juge judiciaire pourra ordonner des mesures de « filtrage des contenus portant atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin » (futur article L336-2 du CPI).

Ce document est actuellement entre les mains de la Commission culturelle du Sénat. Les auditions des principaux acteurs, sous l'égide de Michel Thiollière (le rapporteur du projet de loi), ont eu lieu depuis l'été. Mme Albanel, ministre de la culture, entendait également profiter du vote européen du « Paquet Télécom », projet de directives réformant la réglementation européenne relative aux télécommunications, pour faire accepter la notion de riposte

graduée.

L'opposition européenne au Projet de loi :

Un premier amendement européen déposé par des eurodéputés, dont Michel Rocard, a été voté le 9 avril dernier. Celui-ci a ajouté un paragraphe 22 bis à la proposition de résolution jointe au Rapport Bono, visant directement la proposition de « riposte graduée » française. Il « invite [...] la Commission et les États membres à éviter de prendre des mesures qui entrent en contradiction avec les libertés civiles et les droits de l'homme, et avec les principes de proportionnalité, d'efficacité et de dissuasion, telles que l'interruption de l'accès à internet. »

Ce revers ne semble pas prêter à conséquence dans la mesure où les résolutions du Parlement européen ne sont pas contraignantes envers les États membres.

Toutefois, dans le cadre de l'examen du « Paquet télécoms », la Commission des libertés civiles (LIBE) du Parlement européen a rendu le 25 juin un avis contenant un amendement (n° 76) précisant que des mesures de filtrage ne peuvent être imposées aux FAI « aux fins de la détection, de la poursuite et de la prévention de toute violation des droits de propriété intellectuelle par des utilisateurs ».

Enfin, le Parlement européen s'est opposé le mercredi 24 septembre à l'introduction de ce principe dans la réglementation européenne. Plus précisément, les eurodéputés ont largement voté en faveur de l'amendement n°138 (à 573 pour et 74 contre). Ce dernier prévoit que les restrictions « aux droits et libertés fondamentaux des internautes ne peuvent relever que d'une décision des autorités judiciaires sauf en cas de force majeure ou impératifs de préservation de l'intégrité et de la sécurité des réseaux ». La légitimité des sanctions prises par une autorité administrative est par conséquent remise en question.

D'après la Ministre de la Culture Christine Albanel, ce vote « ne s'oppose pas à l'approche préventive et graduée contre le piratage du projet de loi Création et Internet ». Elle soutient que « Les mesures envisagées par le projet de loi ne portent en aucun cas atteinte aux droits et libertés fondamentaux ».

Guy Bono, coauteur de l'amendement 138 avec notamment Daniel Cohn Bendit, considère quant à lui que ce vote constitue « l'arrêt de mort de la riposte graduée ».

Soulignons que cet amendement n'a aucun caractère définitif : le 27 novembre prochain, le Conseil de l'Union Européenne devra se prononcer sur ce texte. Dans l'hypothèse où le texte de l'amendement serait modifié, il devrait être réexaminé par le Parlement européen en deuxième lecture. Il reviendra en dernier ressort à la Commission de trancher un éventuel désaccord entre le Parlement et le Conseil. A ce sujet, la Commissaire européenne chargée de la société de l'information et des médias, Viviane Reding, a déjà fait savoir qu'elle rejeterait cet amendement.

Ainsi, la procédure est susceptible de se prolonger durant des mois sans que l'on sache si l'amendement met fin à la riposte graduée.

Or Frédéric Lefebvre, le porte parole de l'UMP a demandé l'examen du projet de loi en urgence. Mme Christine Albanel a déjà réclamé une enveloppe de 6,7 millions d'euros pour la mise en œuvre de cette loi au sein du projet de loi de finance 2009. Il est donc fort probable que le texte soit présenté au Sénat début novembre, avant même que le Conseil de l'Union Européenne ne se soit prononcé sur la question. La présidence française, adressant une lettre à José Manuel Barroso, président de la Commission européenne, demande le retrait pur et simple de l'amendement.

Comment concilier des droits et intérêts diamétralement opposés ?

Les auteurs d'œuvres de l'esprit sont partagés sur ce point. Certains ont apporté leur soutien au projet de loi tandis que d'autres, peu ou pas connus, souhaitent profiter de l'Internet et du téléchargement pour se faire connaître du public.

Les producteurs, les éditeurs et ceux qui investissent dans la réalisation et l'exploitation d'une œuvre, invoquent le manque à gagner dont souffre leur industrie à cause du téléchargement illicite. Soutenus par leurs syndicats, ils souhaitent la mise en place de la riposte graduée car *"La possibilité de « voler » les contenus protégés par la propriété intellectuelle ne peut [...] être considérée comme un droit ou une liberté fondamentale, que ce soit sur Internet ou ailleurs"*.

Les internautes, quant à eux, trouvent normal de pouvoir disposer d'un libre accès aux œuvres de l'esprit. A ce sujet, un sondage récent réalisé pour Le Figaro, a révélé que 77% des internautes étaient contre la sanction du téléchargement illicite alors que seulement 23% se sont prononcés en sa faveur. Cela prouve à quel point le piratage sur Internet est banalisé dans la mentalité des internautes pour qui télécharger n'est pas voler. L'Isoc France (Internet Society) voit dans la riposte graduée *« une mesure liberticide (...) contraire aux droits les plus élémentaires de toute personne, y compris ceux d'un internaute »*. Ces protestations se joignent aux avis réservés de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et de l'ARCEP, régulateur des télécoms.

La riposte graduée fait, par ailleurs, intervenir un autre acteur : les FAI. Il leur revient en effet de collaborer à l'identification de l'internaute qui télécharge illégalement et de l'avertir de l'illicéité de ce comportement à la demande de l'HADOPI. En cas de récidive, le FAI serait obligé, sur décision de l'HADOPI, de suspendre la connexion Internet sous peine de sanctions pénales (jusqu'à 5000€ d'amende). Par conséquent, les responsabilités incombant aux FAI sont renforcées par la loi. Free, un de ces fournisseurs d'accès, a fait savoir qu'il ne supporterait pas le coût de la recherche d'identité des abonnés à partir de leur adresse IP. *« Quand nous aidons les pouvoirs publics à traquer un pédophile, nous sommes rémunérés, et quand cela concerne la musique, nous ne le serons pas. Où est la logique ? »*. Se pose aussi la question des contraintes techniques auxquelles les FAI sont soumis. Exemple : le futur article L331-29 du CPI dispose que la suspension de l'accès Internet s'applique *« strictement à ce service »* et que dans le cas d'offres composites (services de téléphonie, de

télévision...) celles-ci ne seront pas concernées par la suspension. Néanmoins, certains FAI ont avancé ne pas être en mesure de suspendre l'accès à Internet sans supprimer par la même le bénéfice des autres services.

La situation est complexe et la solution loin d'être évidente. Sans doute est-elle dans le compromis. Les nouvelles technologies ne cessent de se développer et force est de constater que l'environnement juridique doit s'adapter et suivre cette évolution. Lorsque les libertés des uns entrent en conflit avec les droits des autres, un effort de conciliation s'impose. La Loi Création et Internet, est-elle cet instrument conciliateur? Toutefois, rien ne laisse présager que cette loi pourra à elle seule solutionner le problème du piratage sur internet. Reste à savoir dans quelles conditions elle sera votée et appliquée en France, qui rappelons le, devra se conformer tôt ou tard aux dispositions du droit communautaire. Seul l'avenir pourra répondre à ces questions ...



Johanna DONG



Ancuta Alina CURTUI

L'arrêt du mois

La cour d'Appel hantée par le fantôme de l'accessoire

Suite et peut-être fin des déboires judiciaires de « Etre et Avoir ».

La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 septembre 2008 vient de décerner une nouvelle victoire juridique au producteur MAIA FILMS. Etaient en compétition Monsieur SCHICKLER dit Merel, dessinateur-illustrateur des illustrations de la collection « SUPER GAFI CP » au côté duquel se trouvait la SAIF, cessionnaire exclusif de ses droits patrimoniaux, et la société MAIA FILMS, producteur du film documentaire « Etre et Avoir » réalisé par Monsieur Nicolas Philibert. En première instance, il était reproché à la société MAIA FILMS d'avoir, sans autorisation préalable de l'auteur, reproduit et représenté au cours du film vingt sept planches éducatives de la méthode « GAFI le fantôme ». Par une interprétation stricte de la loi du 1^{er} août 2006, les premiers juges du fond, en reconnaissant les actes de contrefaçon, n'ont pas retenu la théorie de l'accessoire en tant qu'une des exceptions prévues à l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Cette solution impliquait que l'inclusion fortuite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé nécessitait de manière systématique l'autorisation préalable de son auteur ou de ses ayants droits. Cela compromettait alors toute possibilité de réalisation dans un décor réel. La Cour d'appel de Paris s'est ainsi retrouvée sous les projecteurs avec pour rôle de décider de la réhabilitation ou non, de la théorie de l'accessoire.

C'est avec brio que celle-ci a interprété la loi du 1^{er} août 2006 !

Les juges du fond tout en respectant à la lettre l'esprit de la loi, ont su déjouer cette dernière, en érigeant la théorie de l'accessoire au rang d'une limite, désormais externe au monopole de l'auteur. En effet, ils ont préféré ne pas rentrer dans le régime de l'exception, celle-ci venant limiter un monopole dont les conditions ont été préalablement réunies. Ils se sont donc directement positionnés à l'extérieur du monopole de l'auteur, échappant ainsi aux difficultés d'appréciation des conditions d'application du monopole.

Cependant, derrière cette articulation prétorienne, se cachait un enjeu plus important encore : celui de la conciliation entre le droit d'auteur et la liberté d'expression. En effet, la véritable question était de savoir si le droit d'auteur se voulait un droit répressif ou un droit prônant la création artistique ? Par cette décision, la Cour d'appel de Paris a rappelé le rôle principal du droit d'auteur qui est d'encourager l'expression artistique. Cette solution ne peut que réjouir le monde de l'audiovisuel !

Mais derrière cette volonté de rétablir la théorie de l'accessoire au service de l'œuvre audiovisuelle et de la liberté d'expression, ne se cache-t-il pas des motivations bien plus mercantiles et pragmatiques ? En effet on peut s'in-

terroger quant à l'objectivité de la décision, et notamment en présence d'une œuvre renommée. Reste à espérer que la théorie de l'accessoire ne devienne pas un droit du luxe ou du mérite, mais reste au service de l'œuvre audiovisuelle aussi simple soit elle!



Héloïse GASSIN



Marie-Marthe JOST

Dailymotion pactise avec les sociétés d'auteurs

Les pessimistes seront bien déçus d'apprendre que le droit d'auteur et sa gestion collective sont, depuis le 15 septembre 2008, tout à fait conciliables avec les actuels modes d'exploitation des œuvres sur le Web.

En effet, un accord historique a été signé, à l'image de celui passé entre le portail musical Deezer et la SACEM. Cette fois-ci, celui-ci implique la plateforme de partage de vidéos Dailymotion et trois sociétés d'auteurs (SACD, SCAM et ADAGP). Cet accord permet à ces dernières de percevoir des droits sur les œuvres proposées sur le site appartenant à leur répertoire. Les œuvres visées s'entendent des œuvres cinématographiques et audiovisuelles documentaires et de fiction. Elles comprennent également les captations de spectacles vivants. Pour un premier accord du genre, les sociétés d'auteurs vont devoir réfléchir à la nature des droits perçus car il ne s'agira pas de droits fixes. Selon Debora Abramowicz, de la direction de l'audiovisuel à la SACD, les sociétés d'auteurs vont devoir être inventives.

Au regard de son champ d'application, l'accord ne concerne que la partie du site alimentée par les contenus qui sont fournis par les détenteurs eux-mêmes (« official users »), ces derniers étant les producteurs ou les offices de presse notamment, du fait d'accords de partenariats passés avec la plateforme. Il ne s'applique guère aux contenus mis en ligne par les internautes. Quant à l'exécution de l'accord, il a été convenu d'une obligation de moyen concernant la sécurisation des vidéos. Cette obligation implique la mise en place d'outils de filtrage qui permettent de retirer un contenu contrefaisant une fois celui-ci signalé.

La conclusion d'un tel pacte avec des sociétés d'auteurs françaises ne fait que conforter le Président Directeur Général de Dailymotion, Mark Zaleski, dans sa décision de développer son entreprise en France à un niveau international. Il érige également le premier site mondial indépendant de partage de vidéos au statut « *d'allié naturel des créateurs* », selon les propos de M.Zaleski. L. Turcan

Un plan européen global de lutte contre la contrefaçon et le piratage

Le 25 septembre dernier, lors de la session du Conseil Compétitivité de l'Union Européenne, une résolution établissant les grandes lignes d'un plan de lutte contre la contrefaçon et le piratage en Europe a été adopté. Cette résolution était attendue. En effet, les chiffres de la contrefaçon et du piratage ne font aucun doute. Les saisies douanières réalisées dans les pays de l'OCDE se sont élevées à près de 200 milliards de dollars en 2005 selon un récent rapport de l'OCDE. Le résultat en est la mise en péril de la santé et de la sécurité des consommateurs ainsi qu'une atteinte conséquente à la compétitivité des entreprises européennes. Des outils législatifs existent en la matière, notamment la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle et le règlement (CE) n° 1383/2003 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle. Néanmoins, de véritables outils pratiques étaient toujours espérés en la matière afin de permettre une action concrète et directe à la racine du problème.

La Commission a accueilli le projet avec beaucoup d'enthousiasme. C'est donc main dans la main que cette dernière et les Etats Membres mettront en marche le plan douanier pour les années 2009 à 2012. L'échange d'informations et la coopération transfrontalière entre les autorités concernées, et en particulier les services douaniers, constitue le premier axe du plan qui est notamment réalisable par la mise en place d'un réseau d'échange rapide d'informations sur les produits et les services de contrefaçon. Grâce à la construction d'un Observatoire européen par la Commission, une évaluation régulière de l'ampleur de la contrefaçon et la sensibilisation des consommateurs sera à même de répondre aux attentes pressantes des entreprises victimes de la contrefaçon et du piratage en Europe. La marche est ainsi lancée. Reste à voir l'avenir de cette résolution, qui devra recevoir l'écho le plus direct de la volonté individuelle de chacun des acteurs. E. Solard

D'EDVIGE à EDVIRSP : une nouvelle dénomination pour un fichage plus encadré

Le gouvernement tente de regagner la confiance des Français concernant son projet EDVIGE. En effet, un nouveau décret a été élaboré attribuant à ce fichier une nouvelle dénomination. Il faudra désormais l'appeler EDVIRSP, pour « Exploitation documentaire et valorisation de l'information relative à la sécurité publique ». Le gouvernement intègre désormais la notion de « sécurité publique ». L'un des problèmes soulevés par la première version du projet était le fichage des citoyens « *ayant sollicité, exercé ou exerçant un mandat politique, syndical ou économique ou qui jouent un rôle institutionnel, économique, social ou religieux significatif* ». Ce qui était sans rapport avec la sécurité publique. Désormais, le texte limite le fichage aux personnes dont « *l'activité individuelle ou collective indique qu'elles peuvent porter atteinte à la sécurité publique* ».

Le nouveau texte encadre ainsi de manière beaucoup plus stricte le fichage et se veut en quelque sorte plus protecteur des libertés individuelles afin de rassurer les citoyens. Les données ainsi collectées pourront être conservées pour une durée maximale de cinq ans à compter de leur enregistrement ou de la cessation des fonctions et missions au titre desquelles l'enquête aura été menée. L'article 5 précise que le fichage des mineurs à partir de 13 ans est maintenu, les données devant être effacées au-delà du dix-huitième anniversaire. Néanmoins, si un élément nouveau devait apparaître entre 16 et 18 ans, les éléments seront conservés jusqu'à 21 ans.

Le nouveau projet de décret a été transmis à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) vendredi 19 septembre et aux partenaires sociaux samedi 20 septembre. La Cnil devrait mettre un mois avant de rendre son avis et le nouveau décret devrait être publié au Journal officiel d'ici à la fin de l'année. A. Azzi



Laura TURCAN



Elise SOLARD



Angélique AZZI

Article

Vers un système d'« opt-in » en matière de protection d'œuvres orphelines par le copyright ?

Une œuvre orpheline est, au sens du droit américain, une œuvre protégée par le copyright mais pour laquelle il est difficile, voire impossible, de localiser le détenteur des droits. Cela peut également être une œuvre qui a été divulguée de manière anonyme ou qui ne l'a jamais été. Il est également possible que l'identité de l'auteur ait été connue mais perdue au cours du temps. Enfin, l'auteur peut être connu, mais ses ayants droits peuvent quant à eux demeurer inconnus.

Le *Copyright Act* de 1976 appréhende difficilement ces œuvres (I). Le Congrès américain est en passe de modifier la réglementation en la matière (II), mais non sans susciter un vif débat de société (III).

I. Le *Copyright Act* de 1976 et la notion d'œuvre orpheline.

L'essentiel de la réglementation fédérale américaine de la propriété intellectuelle s'articule autour de trois grandes lois : la loi dite *Lanham* du 5 juillet 1946 sur les marques, la loi du 19 juillet 1952 sur les brevets d'invention, et la loi du 19 octobre 1976, ou *Copyright Act* sur le droit d'auteur.

Cette dernière met en conformité le droit d'auteur américain avec la Convention de Berne de 1886 qui interdit de subordonner la protection des œuvres littéraires et artistiques à une quelconque formalité d'enregistrement, et à laquelle les Etats-Unis ont adhéré en 1989.

Quoique la Convention de Berne ait fixé à 50 ans *post mortem* la durée minimale de protection du volet patrimonial du droit d'auteur, la durée de 70 ans *post mortem* prévue par la directive du Conseil en date du 29 octobre 1993 a également été adoptée par le législateur américain, à l'occasion de la loi *Sonny Bono* relative à l'extension du terme du droit d'auteur, en date du 27 octobre 1998.

Parmi les arguments avancés par ses promoteurs figurait précisément la volonté d'aligner la réglementation des Etats-Unis en la matière sur celle de la Communauté européenne, de façon à ne pas pénaliser les auteurs américains par rapport à leurs homologues du Vieux Continent.

L'apport majeur de la loi de 1976 est de supprimer la nécessité de déclarer une œuvre au Bureau du Copyright (*U.S Copyright Office*) pour bénéficier d'une protection.

Avant 1976, la protection par le copyright reposait sur un système d'« opt-in » et était accordée uniquement à ceux qui enregistraient et renouvelaient leur copyright, à la condition de marquer leur œuvre du fameux ©. En 1976, le Congrès opte pour un système de protection d'« opt-out », la protection par le Copyright étant désormais automatique.

Par conséquent, la loi de 1976 accorde sans discernement une protection à toutes les œuvres, y compris à celles qui ne le nécessitent pas réellement car dépourvues de valeur patrimoniale ou d'une réelle originalité. Ce mécanisme fut critiqué en ce qu'il ne permet pas de savoir si une œuvre est tombée dans le domaine public, ni d'identifier son auteur ou ses ayants droit lorsque ces derniers ne bénéficient pas d'une notoriété particulière. D'où la volonté du législateur américain de modifier le *Copyright Act*.

II. Le dispositif prévu par l' *Orphan Works Bill* de 2008.

Dès 2006, le Bureau du Copyright remet au Congrès américain un rapport qui préconise d'assouplir la réglementation en matière d'œuvres orphelines dans le but, notamment, de faciliter leur diffusion par les bibliothèques et les musées.

Le 24 avril 2008, après plusieurs tentatives infructueuses, un projet de texte est soumis au Congrès. En hommage à son instigateur, le Sénat baptise le projet *The Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008*.

Ce texte est rejeté à deux reprises par le Sénat américain, avant d'être adopté le 27 septembre dernier sous la désignation *Senate Bill 2913*.

Il doit encore être soumis au vote de la Chambre des Représentants dans sa version *House of Representatives Bill 5889*.

Concrètement, le texte autorise, sans autorisation préalable ni rémunération de l'auteur, toute personne souhaitant reproduire, modifier ou commercialiser une œuvre de son choix à le faire, pourvu qu'elle ait au préalable tenté d'identifier l'auteur, au moyen d'« une recherche de bonne foi et raisonnablement minutieuse » demeurée infructueuse.

L'article 3 du texte adopté par le Sénat prévoit la création de bases de données permettant d'archiver des éléments numérisés d'identifications des œuvres. Le Bureau du Copyright a fait savoir qu'il n'entendait pas assumer la tenue de tels registres, dont la création incombera à des entreprises privées chargées de les administrer et de fixer les coûts d'enregistrements supportés par les auteurs ou leurs ayants droits. Le Bureau du Copyright sera simplement chargé de contrôler la création de ces registres au terme d'une procédure de certification attestant la régularité des données électroniques ainsi collectées, et éditera sur son site Internet une liste de tous les registres certifiés. Quant aux contrevenants, ils pourront vérifier en consultant ces fichiers, si l'œuvre qu'ils ont l'intention de reproduire est bien « orpheline ».

Il n'est pas imposé aux auteurs de procéder à l'enregistrement de leurs œuvres pour bénéficier d'une protection. Néanmoins implicitement, tout créateur qui s'y refuserait prendrait le risque de voir son travail devenir « orphelin ». Bien entendu, s'il découvre qu'une de ses œuvres a été reproduite ou représentée sans son accord, l'auteur aura toujours la possibilité d'agir en justice à l'encontre du contrevenant. Toutefois, la loi limite « à une compensation raisonnable » le montant des dommages-intérêts auxquels peut prétendre le titulaire des droits bafoués, dès lors que l'utilisateur contrevenant peut se prévaloir d'une diligence suffisante dans son effort de recherche, et de sa bonne foi. Le juge devra limiter le montant des compensations accordées au plaignant à ce qui aurait été versé « par un acheteur raisonnable à un vendeur raisonnable ».

Une telle disposition n'est pas sans conséquence ; eu égard au coût d'une procédure judiciaire aux Etats-Unis, la suppression de dommages-intérêts subséquents est de nature à dissuader tout plaideur de faire valoir ses droits.

III. Les craintes suscitées par le projet.

Les réactions à la présentation puis à l'adoption de cette loi ont été immédiates. Au-delà des Etats-Unis, les blogs et sites Internet des créateurs se sont emparés du sujet, chacun craignant la fragilisation de la protection de leurs œuvres face à l'utilisateur américain. Le problème dépasse les frontières : Internet expose les créateurs au danger de cette loi dont seuls les citoyens américains peuvent se prévaloir.

Selon Lawrence Lessig, Professeur de droit à l'Université de Stanford, la solution radicale retenue par le Congrès est à la fois « *injuste et imprudente* ».

La loi elle-même n'incite pas à la commission d'infraction, mais le flou de la formule « *recherche de bonne foi et raisonnablement diligente* » peut donner lieu à tout type d'abus. ».

« L'effort diligent » est défini comme étant « raisonnable et approprié », et devra être précisé par une liste de « bonnes pratiques » établies par le gouvernement.

Le projet limite considérablement les dommages intérêts légaux, ce qui élimine *de facto* l'unique instrument prévu par la loi pour prévenir efficacement les actes de contrefaçon. Actuellement, le juge américain peut allouer jusqu'à cent cinquante mille dollars de dommages-intérêts pour violation d'un copyright par un particulier.

Le texte ne distingue pas entre œuvres anciennes ou nouvelles, nationales ou étrangères: toutes sont soumises au même standard incertain. Dès lors, le projet met les œuvres enfreintes à la merci de saisies contrefaçon dans d'autres pays signataires de la Convention de Berne, et appelle des sanctions dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce au nom des Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce du 15 avril 1994, dont les Etats-Unis sont signataires.

De plus le texte ne limite pas le nombre de registres pouvant être créés, et n'encadre pas non plus le coût afférant à la procédure d'enregistrement. Les frais de numérisation des œuvres et de leur dépôt auprès d'un registre privé seront entièrement supportés par les auteurs.

Il n'est pas prévu de responsabilité du gestionnaire de la base de données en cas d'échec de sa part dans l'identification d'une œuvre régulièrement archivée dans son registre. Il n'est pas non plus exigé de l'utilisateur qu'il diligente ses recherches auprès de toutes les bases de données existantes, ce qui contraint les auteurs au multi dépôt. Enfin, rien n'est prévu concernant l'enregistrement frauduleux d'œuvres. Pour ses partisans, les vertus de ce texte sont évidentes : un nombre incalculable d'œuvres orphelines (livres, photos, peintures, musiques) sont conservées dans des greniers, musées ou bibliothèques et ne sont pas divulguées au public, leurs détenteurs craignant d'être poursuivis et condamnés à payer des dommages-intérêts importants. Cette loi peut alors être considérée comme un formidable vecteur culturel dont l'ensemble de la population bénéficiera.

Certaines sociétés sont directement intéressées à l'adoption de ce texte, telles *Corbis* et *Gelty*, les deux géants américains du stockage d'œuvres graphiques et visuelles, ou encore *Google* qui voit là l'instrument juridique rêvé lui permettant de concrétiser son projet *Google print* (numérisation d'ouvrages des principales bibliothèques des Etats-Unis).

Si contestable soit-il, ce projet est sur le point d'être adopté ; il ne lui manque plus que les suffrages de la Chambre des Représentants. En cas de rejet par la Chambre, un projet similaire lui succédera assurément : parlementaires d'influence, musées, bibliothèques, institutions culturelles, géants de la numérisation et consommateurs le souhaitent. Face à une telle coalition, la voix des auteurs a bien du mal à se faire entendre.



Charles BOUFFIER



Vincent LEBOUTEILLER

L'Interview



Richard MILCHIOR

Avocat à la Cour

Cabinet Granrut Avocats

Palimpseste : Pouvez-vous nous décrire brièvement votre parcours ?

Richard MILCHIOR : J'ai tout d'abord fait en parallèle de mon cursus à Sciences po Paris une licence de droit puis, toujours en parallèle de ma maîtrise en droit et d'une troisième année de sciences économiques j'ai suivi une prépa ENA. Par la suite j'ai intégré le DEA (M2 recherche) de droit privé de l'Université Paris II Panthéon-Assas conjointement à une maîtrise de sciences économiques.

J'ai ensuite effectué mon service national durant lequel j'ai fait le DEA de droit pénal de l'université Paris II. Une fois mon service national terminé j'ai effectué une thèse d'Etat, diplôme qui n'existe plus aujourd'hui, et je suis parti à l'Université de New York pour y faire un master. Simultanément à ma formation CAPA, qui à l'époque se faisait sans EFB, j'ai commencé à exercer en tant qu'avocat. Depuis, j'exerce cette profession. Avant mon arrivée en 2005 au sein du cabinet Granrut, j'ai travaillé dans différents cabinets français et internationaux.

Enfin, récemment, je suis allé passer un diplôme de médiateur à l'Université de Floride du sud à Tampa.

P : Ce parcours, somme toute, très riche et peu classique vous semble-t-il être, plus qu'un atout, une nécessité pour exercer le droit aujourd'hui ?

R. M : Mon parcours n'est pas une nécessité pour exercer aujourd'hui. Bien évidemment, c'est un atout certain. En réalité, ce qui me semble primordial est la maîtrise d'une seconde langue ainsi que l'acquis de connaissances dépassant le simple domaine juridique. Cette polyvalence peut se traduire par des connaissances non accessoires mais complémentaires dans d'autres spécialités.

P : Avocat de formation spécialisé aujourd'hui dans plusieurs domaines dont la propriété intellectuelle, quelle vision avez-vous de la fusion des professions Conseil en propriété industrielle et avocats ?

R. M : J'ai participé aux travaux préliminaires qui ont conduit à la fusion avocats / conseils juridiques et je constate que cette distinction n'a plus de sens aujourd'hui. Etant donné que la profession s'est développée de façon très importante depuis, je ne sais pas si la fusion aura lieu.

A ce propos, j'ai conscience qu'il y a des difficultés importantes pour gérer la situation de gens qui, comme moi, sont en pleine activité et verront dans cette hypothèse leurs pratiques se modifier.

Je suis en revanche convaincu que si cette fusion se fait, vos successeurs vivront une autre façon de pratiquer la propriété intellectuelle et regarderont notre séparation avec l'œil des archéologues explorant une civilisation antique.

P : Vos compétences vous amènent à pratiquer le droit de la propriété intellectuelle mais également le droit de la concurrence, comment s'articulent ces deux matières au quotidien dans votre travail ?

R. M : Très simplement soit de façon séparée soit, et c'est le plus intéressant, par l'utilisation combinée des deux. Cette utilisation particulière a commencé avec la jurisprudence *Grundig Consten* en 1965 (avant mon époque). Depuis elle ne fait que se développer et se raffiner en de multiples questions.

P : Pourriez-vous nous indiquer une jurisprudence récente qui vous a marqué et nous donner votre avis dessus ?

R. M : La plus récente qui m'ait marqué est constituée par les deux décisions récentes *EBay* du Tribunal de commerce de Paris du 30 juin 2008 (à ne pas confondre avec la troisième décision du même jour qui traite de problème de distribution) qui, pour résumer, réussit à condamner EBay à plusieurs dizaines de millions d'euros pour contrefaçon de marque sans viser expressément le Code de la Propriété Intellectuelle et, sans jamais préciser quelles sont les marques contrefaites.

Cette décision est frappante car elle montre à quoi peut conduire le fait de vouloir à tout prix défendre une thèse. En l'espèce, celle qui conduit à dire que les règles sur le commerce électronique permettent d'échapper à une condamnation pour contrefaçon et, à ainsi vouloir utiliser tous les moyens qui pourraient permettre de gagner ou de minimiser le montant des sommes risquant de devoir être payées.



Laetitia LORY



Flore COLNET