

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les exceptions au droit d'auteur

Buydens, Mireille; Dusollier, Séverine

Published in:
Communication Commerce Electronique

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Buydens, M & Dusollier, S 2001, 'Les exceptions au droit d'auteur: évolutions dangereuses', *Communication Commerce Electronique*, numéro 9, pp. 10-16.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses

Mireille Buydens¹ et Séverine Dusollier²

Introduction

Dans le monde des choses comme dans celui des idées, il existe plusieurs manières de détruire. La première est celle, bien connue, de la soustraction : on prive un être de nourriture, on lui retranche la vie, on abolit une loi ou on prive de liberté. C'est la stratégie ancienne du voilement ou de l'amputation : les puritains crurent se débarrasser du désir en voilant les corps, comme les Révolutionnaires crurent se débarrasser des privilèges en décapitant la noblesse et les bolchéviques en finir avec l'appropriation bourgeoise en abolissant la propriété privée. La première inclination d'une force, en présence d'une idée ou d'un être qui la contrarie, est en effet de tenter la soustraction: retrancher ou oblitérer ce qui gêne.

Mais il existe une stratégie de la disparition infiniment plus contemporaine et feutrée, qui élimine sans abolir et baillonne sans imposer le silence. En effet, si l'on peut détruire par soustraction, on le peut tout autant par addition. Il s'agit alors de se débarrasser d'une chose en la saturant d'elle-même, en la noyant en quelque sorte dans sa propre substance : ainsi, Baudrillard explique que l'obscénité est la mort du sexe en ce qu'elle est la surenchère absolue du sexe sur lui-même, comme l'obésité est la négation du corps en ce qu'il le perd dans sa propre abondance. On peut supprimer par privation, mais tout aussi fatale est la stratégie de l'hypertrophie et de la saturation. Ainsi par exemple, on sait aujourd'hui que la surabondance d'informations est la plus sûre manière de supprimer l'information, et que l'on sape bien plus efficacement une voix discordante par la multiplication polyphonique que par l'apposition d'une sourdine. Internet offre à cet égard une illustration magistrale de cette dérive « oncologique » de la communication .

On peut donc disparaître dans l'excès de soi, se dissoudre par addition : c'est, croyons-nous, la menace qui plane aujourd'hui sur la propriété littéraire et artistique, prise dans une croissance et une complexification qui pourrait lui être fatale. On verra ci-dessous une illustration de cette périlleuse croissance qui ébranle selon nous certains principes fondateurs du droit d'auteur et risque à terme d'en ébranler le nécessaire soutien social. Nous rappellerons tout d'abord que les exceptions au droit d'auteur ne sont pas de simples limitations fondées peu ou prou sur une incapacité pratique de mettre en oeuvre le droit d'auteur dans certaines circonstances, mais reposent au contraire sur des valeurs fondamentales. Nous verrons ensuite que ce système est potentiellement menacé par une triple évolution , à savoir l'interprétation du « test des trois étapes » dans la nouvelle directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information que dans une décision récente de l'Organisation Mondiale du Commerce, la promotion du rôle des contrats dans cette même

¹ Professeur à l'Université Catholique de Louvain et à l'Université Libre de Bruxelles, Avocat au barreau de Bruxelles.

² Maître de Conférences aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur (Belgique).

directive et la protection des mesures techniques dans les instruments juridiques européens et internationaux.

1) Systèmes « ouverts », systèmes « fermés » et « balance des intérêts »

1. D'une manière générale, on sait que les systèmes d'exceptions au droit d'auteur sont tantôt « ouverts », c'est-à-dire fondés sur un système de « clause générale » susceptible de s'appliquer à de nombreuses situations, tantôt « fermés », c'est-à-dire fondés sur une liste exhaustive de circonstances particulières dans lesquelles les droits de l'auteur s'effacent en tout ou en partie. Ce dernier système se retrouve principalement dans les législations de droit européen continental.

Le système du *fair use* américain est un exemple de système ouvert dans la mesure où certains usages, mettant normalement en cause un droit de l'auteur, peuvent être considérés par le juge comme relevant de cette exception générale eu égard au but et au caractère de l'usage (notamment si l'usage est de nature non commerciale ou à des fins d'enseignement), à la nature de l'œuvre protégée, à la quantité et au caractère substantiel de la portion de l'œuvre utilisée, ainsi qu'à l'effet de l'usage sur le marché potentiel ou à l'effet de cet usage sur la valeur de l'œuvre protégée³. Ce système permet d'adapter les exceptions à l'évolution des pratiques sociales, et donc de garantir un système de droit d'auteur souple évolutif, même s'il est vrai qu'une telle flexibilité ne s'acquiert par essence qu'au détriment de la sécurité juridique.

Par contre, dans les systèmes de droit d'auteur d'Europe continentale⁴, les exceptions forment une liste précise et exhaustive d'actes qui, dans certaines circonstances, échappent au monopole de l'auteur⁵. Ce système de « liste fermée » vient d'ailleurs d'être confirmé par la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information adoptée le 22 mai 2001⁶.

2. Quand bien même le système d'exceptions est-il limité à certains cas déterminés, il n'en reste pas moins que ces exceptions ne constituent pas seulement des limites aux droits de l'auteur mais traduisent la prise en compte dans le champ du droit d'auteur de libertés fondamentales et d'intérêts majeurs pour la société⁷. Certains auteurs proposent dans cette optique de distinguer trois catégories d'exceptions, selon le fondement qui les sous-tend⁸ :

³ Article 107 du Copyright Act de 1976

⁴ P. SIRINELLI, "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, Genève, 6-7 décembre 1999, disponible sur le site de l'OMPI.

⁵ Pour une description complète des exceptions dans divers pays : voir *Les Frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, 14-17 septembre 1998, Cambridge, Ed. Australian Copyright Council, 1999.

⁶ J.O.C.E. du 22 juin 2001.

⁷ LEGAL ADVISORY BOARD, Réponse au Livre Vert de la Commission Européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information; HUGENHOLTZ P.B., *Fierce creatures – Copyright exemptions: Towards extinction?*, in *Rights, Limitations and exceptions : Striking a proper balance*, Conference IFLA/IMPRIMATUR, Amsterdam, 30-31 Octobre 1997, disponible sur <<http://www.ivir.nl>>

⁸ SIRINELLI, op. cit.; A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique, Droit@Litec*, 1998, p. 175 et s. ; J. SPOOR, "General aspects of exceptions and limitations : general report", in *Les Frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, op.cit., p.33. HUGENHOLTZ, "Fierce creatures", op.cit., p. 10-11

- Premièrement, certaines exceptions traduisent en droit d'auteur le souci de garantir des libertés fondamentales⁹, telles la liberté d'expression et d'information, la liberté de la presse et le respect de la vie privée. Ces exceptions sont notamment la parodie, la citation, la critique, le compte-rendu d'actualité ou encore les usages privés des œuvres. L'éminence des droits qui les fondent doivent en préserver l'intégrité en toutes circonstances, en ce compris dans l'environnement numérique et quelles que soient par ailleurs les techniques permettant aux auteurs d'exploiter aisément leurs œuvres ou de les « cadencier » à bon compte. De telles exceptions ne peuvent se voir limitées ou remises en cause, à moins de remettre en cause les principes dont elles dérivent, ce qui ne se peut dans une société démocratique.

- La deuxième catégorie d'exceptions se justifie par des besoins d'intérêts publics¹⁰. Il s'agit des exceptions réservées à l'éducation et aux bibliothèques, aux archives et musées, aux personnes souffrant d'un handicap, ainsi que les exceptions pour les besoins de la justice et de l'État. Ici aussi, il convient d'en garantir la sauvegarde dans l'environnement numérique. Toutefois, il est vrai que les acteurs qui bénéficient de ces exceptions, tels que les bibliothèques ou l'enseignement, endossent parfois des rôles nouveaux dans la Société de l'Information¹¹. Ainsi, une bibliothèque virtuelle, accessible 24 heures sur 24 à un public potentiellement mondial, diffère essentiellement d'une institution physique dont le public et les heures d'ouverture sont limités. La frontière entre un éditeur et la bibliothèque du futur est ténue. Il en va de même pour les institutions d'enseignement à distance. Dès lors, même si on ne peut que défendre le maintien des exceptions existantes dans ce cadre nouveau, il est tout aussi certain que ce maintien ne pourra faire l'économie d'une réflexion sur les rôles et les fonctions des bibliothèques et de l'éducation sur Internet et sur le préjudice qui peut en résulter pour les auteurs et l'exploitation de leurs œuvres. Cette réflexion pourrait mettre également à jour la nécessité de nouvelles exceptions afin de préserver l'intérêt fondamental de l'accès à la culture et de la transmission du savoir.

- Enfin, certaines exceptions ont été introduites dans l'arsenal du droit d'auteur pour suppléer à un *market failure*, soit une incapacité des auteurs de contrôler de manière effective et d'interdire certaines utilisations. C'est le cas de la copie privée audiovisuelle et de la reprographie. Lorsque les appareils de reproduction graphique, sonore ou audiovisuelle des œuvres se sont développés, tels que les photocopieuses, les magnétoscopes, les enregistreurs, le nombre de copies d'œuvres a également explosé. L'auteur ne pouvait toutefois contrôler de manière efficace l'ensemble de ces copies, particulièrement lorsque la copie était réalisée dans un but privé. Face à cette impossibilité, le législateur a généralement reconnu à l'utilisateur une exception pour copie privée assortie du versement d'une compensation à l'auteur. Ce type d'exceptions constitue donc une concession face à une impossibilité pratique de faire respecter le droit d'auteur. Les développements technologiques apportent désormais un démenti à cette impossibilité. Par le biais de mécanismes techniques, l'auteur pourrait interdire la réalisation de copies digitales. En conséquence une grande part du fondement de l'exception disparaît.

⁹ L. GUIBAULT, "Limitations found outside copyright law", in *Les Frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, op.cit., p. 43.

¹⁰ *ibidem*, p. 45.

¹¹ J. SPOOR, op. cit., p. 40.

3. La liste d'exceptions qui figure dans les législations européennes, et qui seront demain adaptées aux possibilités ouvertes par la Directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, n'est donc pas, ou ne peut être, une addition d'intérêts particuliers traduits sous forme législative. Ces exceptions sont, pour l'essentiel, le reflet nécessaire de valeurs et d'intérêts collectifs qui ne peuvent systématiquement fléchir devant les intérêts privés de l'auteur.

Cette conception des exceptions comme expressions de valeurs est-elle toutefois compatible avec un système « fermé » ? Autrement dit, s'il est reconnu que la liste légale est le fruit d'une balance des intérêts, ne faut-il pas de facto concéder également que, la société évoluant, cette balance se modifie, de telle sorte que de nouvelles exceptions peuvent découler tout naturellement de cette évolution ?

Certaines juridictions n'ont pas hésité à répondre positivement. Ainsi, aux Pays-Bas, la Cour suprême a considéré qu'il résultait de la logique même du droit d'auteur que la liste d'exceptions figurant dans la loi sur le droit d'auteur ne pouvait pas être considérée comme exhaustive¹². Selon cette décision, les exceptions insérées dans la loi sont le fruit d'un arbitrage entre, d'une part, les intérêts légitimes de l'auteur et, d'autre part, les intérêts légitimes des tiers et de la société: il s'en déduit logiquement que, lorsque la *ratio legis* ayant présidé aux exceptions se retrouve dans une situation similaire (c'est-à-dire lorsque l'intérêt général ou l'intérêt supérieur de tiers ne peut être sauvegardé qu'en limitant le droit d'auteur), il convient d'admettre que les droits de l'auteur doivent céder le pas devant cet intérêt général ou cet intérêt supérieur des tiers de voir l'œuvre reproduite et/ou communiquée.

Il est intéressant de remarquer que ce raisonnement trouve un certain écho en France, pourtant patrie d'une conception stricte du droit d'auteur. Ainsi, dans une décision du 23 février 1999¹³, le tribunal de grande instance de Paris a reconnu à l'utilisateur de l'œuvre une exception non prévue dans la loi sur le droit d'auteur, et ceci sur base du droit du public à l'information tel que reconnu par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La télévision française avait réalisé un reportage sur une exposition des œuvres du peintre Utrillo. Certaines des toiles de l'artiste sont apparues dans l'émission sans toutefois que la loi française permette une telle reproduction. Les conditions de l'exception de courte citation n'étaient en effet pas rencontrées en l'espèce. Néanmoins, le juge a estimé qu'en vertu du droit du public à l'information, "*un reportage représentant une œuvre d'un artiste uniquement diffusé dans un journal télévisé de courte durée ne portera pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'autrui puisqu'il sera justifié par le droit du téléspectateur à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel constituant une actualité immédiate en relation avec l'œuvre ou son auteur; qu'il ne concurrencera pas l'exploitation normale de l'œuvre*".

D'autres décisions européennes¹⁴ ont procédé à une mise en balance similaire entre droit d'auteur et libertés fondamentales, principalement la liberté d'expression, afin de reconnaître à l'utilisateur d'une œuvre une exception qui n'était pas prévue dans la loi sur le droit d'auteur.

¹² *Dior v. Evora*, Hoge Raad, 20 octobre 1995, *N.J.*, 1996, n° 682.

¹³ *Dalloz* 1999, 581, note KAMINA, *R.I.D.A.*, Avril 2000, p. 374. Ce jugement a cependant été infirmé en appel.

¹⁴ *Terroristenbild*, Landgericht Berlin, 26 mai 1977, *G.R.U.R.* 1978, p. 108; Pour une analyse fouillée des décisions européennes concernant le droit d'auteur et la liberté d'expression, voir HUGENHOLTZ P.B., *Copyright and freedom of expression in Europe*, to be published in ROCHELLE COOPER DREYFUS, HARRY FIRST & DIANE LEENHEER ZIMMERMAN (eds.), *Innovation policy in an information age*, Oxford : Oxford University Press, 2000.

On sait toutefois que la directive du 22 mai 2001 expose dans son considérant 32 que « la présente directive contient une liste exhaustive des exceptions au droit de reproduction et de communication au public ». Néanmoins, ce même considérant évoque la réévaluation ultérieure de la situation, et on peut donc espérer qu'un mécanisme sera trouvé pour prévoir une adaptation régulière des exceptions en fonction des résultats sociétaux et économiques de leur mise en pratique.

2) Le « test des trois étapes », une première menace sur le système des exceptions ?

4. Que le système soit « ouvert » ou « fermé », les Traités OMPI de 1996 ont apporté une limitation nouvelle dans l'application des exceptions au droit d'auteur. L'article 10 du Traité sur le Droit d'auteur impose en effet aux Etats de limiter les exceptions, tant au droit d'auteur qu'aux droits voisins, à des cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni porté de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur¹⁵. Il s'agit du fameux « test des trois étapes » figurant déjà dans la Convention de Berne et dans les Accords TRIPS ou ADPIC¹⁶.

Cette triple condition, destinée à être la "*pierre angulaire*"¹⁷ des systèmes d'exceptions, constitue donc en principe un fil conducteur dans l'insertion des exceptions aux droits de l'auteur. Elle impose en premier lieu aux Etats de n'admettre que les exceptions prévues *dans des cas spéciaux*. Les exceptions exprimées sous forme de « clause générale » sont donc en principe interdites, telle que par exemple une exception générale pour usage privé¹⁸. Toutefois, il semble que le *fair use*, bien qu'il s'agisse d'une limitation potentiellement large¹⁹, ne soit pas prohibé par cette disposition. Les deux autres conditions ("*il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur*") doivent être appréciées dans le contexte de chaque exception. Si l'exception en cause permet à des tiers d'exploiter l'œuvre de manière concurrente aux ayants droit ou si l'exercice d'une exception affecte le marché potentiel pour l'œuvre, elle ne pourra être admise²⁰.

La Déclaration Commune accompagnant le Traité de l'OMPI précise que : "*les dispositions de l'article 10 [test des trois étapes] permettent aux Parties Contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en*

¹⁵ Selon l'article 10 du Traité sur le Droit d'Auteur: "Les Parties contractantes peuvent prévoir dans leur législation d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés par le présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".

¹⁶ Article 13 des accords TRIPS: "*Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit*".

¹⁷ P. SIRINELLI, *op.cit.*, p. 46.

¹⁸ S. RICKETSON, "International conventions and treaties", in *Les Frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, 14-17 septembre 1998, Cambridge, Ed. Australian Copyright Council, 1999, p. 10.

¹⁹ voir comptes rendus analytiques de la commission principale lors de la négociation du Traité OMPI.

²⁰ P. SIRINELLI, *op.cit.*, p. 46.

vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques. Il est aussi entendu que l'article 10.2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne".

En dépit de sa formulation ambiguë et complexe, cette Déclaration confirme que le test des trois étapes ne peut avoir pour effet d'imposer aux Etats une réduction des exceptions dans l'environnement numérique. Ainsi, les Etats peuvent en principe concevoir de nouvelles exceptions qui seraient adéquates dans la Société de l'Information²¹. Simultanément, l'article 10 lui-même oblige à une relecture des exceptions existantes à l'aune des trois limites du test²² en vue de leur transposition à l'environnement digital²³.

La directive européenne du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information transpose cependant le test des trois étapes des Traités OMPI d'une manière particulière. En effet, alors que ce « test des trois étapes » s'impose en principe aux Etats lorsqu'ils insèrent dans leur législation des exceptions spécifiques à l'environnement digital, l'article 5 de la directive fait de ce « test » un examen à réaliser lors de l'application par le juge des exceptions légales. L'article 5, 5°, dispose en effet que « les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains 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 titulaires légitimes du droit ». Le test des trois étapes devient donc un test conditionnant l'application des exceptions légales, ce qui va assurément plus loin que le texte du Traité OMPI. Ce qui est, pour l'OMPI, considéré comme un guide pour le législateur dans l'instauration d'exceptions aux droits de l'auteur, devient, dans le texte européen, des réserves supplémentaires conditionnant l'application, par le juge, d'exceptions existantes.

On remarquera que ce « test des trois étapes » vient également limiter dans l'environnement numérique la jurisprudence américaine en matière de *fair use*. Le bénéfice du *fair use* dépend comme on sait de l'appréciation de quatre facteurs et notamment de l'incidence de l'usage contesté sur le marché potentiel de l'œuvre. Dans l'affaire *American Geophysical*²⁴, le juge a estimé que l'existence du Copyright Clearance System, regroupement d'auteurs et d'éditeurs qui licencient électroniquement des photocopies d'articles de journaux ou de livres, constituait un marché pour les photocopies d'articles scientifiques de telle sorte que les photocopies réalisées par une entreprise pour les besoins de son département recherche ne pouvaient plus être considérées comme relevant du *fair use*. On peut craindre que cette jurisprudence censure des usages à but scientifique ou éducatif jusqu'ici légitimes, au seul prétexte qu'une possibilité de conclure des contrats de licence pour ce type d'usage soit désormais technologiquement et économiquement possible.

²¹ A. FRANCON, "La Conférence Diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins", *R.I.D.A.*, avril 1997, p. 37-39.

²² P. SIRINELLI, op. cit., p. 46.

²³ S. RICKETSON, op.cit., p. 20.

²⁴ *American Geophysical v. Princeton University Press*, 60 F. 3d 913 (2d Cir. 1994), *cert. dismissed*, 116 S. Ct. 592 (1995). P. GOLDSTEIN, "Preempted State Doctrine, Involuntary Transfers and Compulsory Licenses: Testing the Limits of Copyright", *UCLA Law review* 1977, 24, p 1139; L. PALLAS LOREN, "Redefining the market failure approach to fair use in an era of copyright permission systems", *J.I.P.L.*, Vol. 5, 1999, disponible sur <http://www.lawsch.uga.edu/~jipl/vol5/loren.html>.

Une des conditions du test des trois étapes des Traités OMPI, soit l'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, est susceptible de valider une telle jurisprudence. Ce critère se rapproche d'une des conditions mises à la licéité du *fair use*, soit l'*incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur*. Dans l'affaire *American Geophysical*, le test en cause aboutit au rejet du *fair use* puisque l'exercice de cette exception porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre en ce qu'il était possible de négocier l'autorisation grâce à des moyens contractuels et techniques.

Une décision récente du Panel de l'Organisation Mondiale du Commerce²⁵, compétente pour garantir l'application par les Etats des accords TRIPS, est assez similaire. Cette décision constitue la première interprétation par un organisme international du test des trois étapes, intégré dans l'article 13 des accords TRIPS. Il s'agissait de déterminer si l'exception instaurée par une loi américaine de 1998 exemptant du paiement de droits d'auteur un grand nombre d'établissements de restauration et de commerces lors de la diffusion publique d'œuvres musicales constituait un manquement aux obligations des accords TRIPS. Dans l'appréciation de l'exception au regard des conditions imposées par le test des trois étapes, le Panel a estimé ne pas devoir prendre en compte l'éventuel intérêt public ou autres justifications sous-tendant l'exception. Par contre, le critère de l'exploitation normale implique de considérer les formes d'exploitation qui génèrent actuellement un revenu pour l'auteur ainsi que celles qui, en toute probabilité, sont susceptibles de revêtir une importance à l'avenir. Le caractère normal de l'exploitation est donc un standard variable au gré des techniques et des marchés. La seule possibilité, et non leur utilisation effective, de mesures techniques ou de mécanismes susceptibles de contractualiser certaines exploitations des œuvres pourraient donc, si l'on suit l'interprétation du Panel, faire échec à l'instauration d'une exception.

En conséquence, le critère de l'exploitation normale de l'œuvre comme limite absolue aux exceptions implique une réduction des exceptions lorsque la technologie permettra de négocier l'usage jusqu'ici autorisé en application d'une exception, à l'instar de la jurisprudence américaine précitée. Ce courant jurisprudentiel, soutenu par le test des trois étapes tel qu'interprété par le Panel de l'OMC, est susceptible de bouleverser fondamentalement les exceptions existantes. Certains auteurs²⁶ prédisent notamment qu'en vertu du développement technique qui permet une contractualisation facile des relations sur Internet, chaque usage de l'œuvre pourrait être négocié et licencié, de telle sorte que l'exception qui serait éventuellement applicable porterait par essence atteinte au marché potentiel, et donc à l'exploitation normale de l'œuvre. Imaginons qu'un auteur distribue son œuvre sur Internet tout en permettant contractuellement la citation dans un but scientifique contre une faible rémunération. Si l'on suit la jurisprudence américaine jusqu'à son terme, on pourrait soutenir que le fait que l'auteur ait créé un marché potentiel sur Internet pour ce type d'usage, normalement couvert par une exception, en offrant la possibilité aisée de conclure par le réseau un contrat portant sur cet usage, empêche le bénéfice du *fair use*. De même, le législateur pourra-t-il encore prévoir ce type d'exceptions si ce modèle contractuel se

²⁵ Report of the WTO Panel, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, 15 Juin 2000, WT/DS160/R. Pour une analyse fouillée de cette décision, J. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright law ? The WTO Panel decision and the "three-step test" for copyright exceptions", *R.I.D.A.*, Janvier 2001, n°187, p. 2-65; B. HUGENHOLTZ, "De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoets tanden", *AMI* 2000/10.

²⁶ WILLIAM W. FISHER III, "Property and contract on the Internet", 1998, disponible sur : <http://cyber.law.harvard.edu/ipcoop/98fish.html>; T. BELL, "Fair use v. Fared use : The impact of automated rights management on copyright's fair use doctrine", 76 *N.C.L.Rev.* (1998), p. 101.

généralise ? Une telle exception qui outrepasserait une négociation possible avec le titulaire de droit ne pourrait-elle pas être considérée comme portant atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ?

3) La contractualisation des exceptions, une deuxième menace ?

5. La société de l'information oblige les industries à opérer une migration rapide vers un modèle de distribution basé sur une communication en réseau qui garantit la sécurité de leurs produits. A côté du droit d'auteur dont l'effectivité est ébranlée sur les réseaux, les titulaires de droits et autres distributeurs d'œuvres se tournent vers deux modes de protection : les contrats et les mesures techniques²⁷. L'association des contrats et des mesures techniques dans la distribution des œuvres fait peser une sérieuse menace sur les mécanismes traditionnels du droit d'auteur²⁸.

Internet, par son interactivité, est spécialement adapté à la conclusion de licences entre titulaires de droit, producteurs, intermédiaires et utilisateurs finaux. Certains distributeurs d'œuvres, telles que les compagnies de logiciels ou les producteurs de bases de données, ont déjà développé des *business models* sur base de relations de licences avec les utilisateurs depuis de nombreuses années. Ce type de modèle se généralise à l'ensemble des œuvres, dans un contexte de convergence où tout produit culturel est désormais susceptible d'être converti et distribué sous un format numérique²⁹.

Dans le monde physique, il est en effet assez rare qu'un utilisateur particulier s'engage dans les liens formels d'un contrat de licence lorsqu'il décide d'utiliser une œuvre (il existe certes des contrats d'adhésion proposés par les producteurs, mais la question de leur acceptation par l'utilisateur, et donc de leur validité, pose problème). Sur les réseaux numériques par contre, il y a fort à parier que les licences électroniques deviennent la règle. Qu'il s'agisse de journaux, de musique, d'informations contenues dans une base de données, de logiciels ou de livres, l'accès à des contenus culturels et informationnels se réalisera par le biais d'un simple click qui marquera simultanément le consentement à un contrat de licence. On parle de contrats 'mouse-click', 'click-through' ou 'click-wrap'³⁰.

La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information encourage d'ailleurs expressément la voie contractuelle dans l'environnement numérique, conférant

²⁷ P. BERNT HUGENHOLTZ, "Copyright, contract and technology – What will remain of the public domain ?", in *Le Droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahier du CRID n°18, Bruylant, 2000, à paraître.

²⁸ P. GOLDSTEIN, "Copyright and its substitutes", The Kastenmeier Lecture, *Wisconsin Law Review*, 1997, p. 865; ROBERT P. MERGES, "The end of friction ? Property rights and contract in the "newtonian" world of on-line commerce", 12 *Berkeley Technology Law Journal*, p. 118; L. LESSIG, "The zones of cyberspace", *Stanford Law Review*, 1996, p. 1408; J. REIDENBERG, "Lex Informatica: The formulation of information policy rules through technology", 76 *Texas Law Review*, p. 553.

²⁹ S. PERLMUTTER, "Facts and functions of the new media situation," General report, Journées d'étude de l'ALAI, Stockholm, 18-20 Juin 2000.

³⁰ P. BERNT HUGENHOLTZ, "Copyright, contract and technology", op.cit.; Bernardine Trompenaars, "Formation and Validity of On-Line Contracts", in: P. Bernt Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, Kluwer Law International, London/The Hague/Boston 2000.

même au régime des exceptions un rôle « supplétif » par rapport aux contrats pouvant être négociés sur Internet³¹.

6. Ces contrats sont susceptibles de rompre l'équilibre du droit d'auteur en outrepassant certaines de ses règles, par exemple en interdisant à l'utilisateur l'exercice d'une exception pourtant reconnue par la loi. L'auteur d'un article scientifique pourrait ainsi en théorie en interdire contractuellement, à tout ceux qui voudraient télécharger son œuvre à partir d'Internet, la citation ou la critique. Dans la mesure où les utilisateurs ont généralement peu de poids de négociation dans le cadre de ces contrats électroniques dont la conclusion, en réalité un simple clic, conditionne l'accès à l'œuvre, la garantie des exceptions prévues par la loi n'est pas assurée.

Cette menace pose la question essentielle du *statut des exceptions*. Les limitations au droit d'auteur sont-elles d'ordre public ou impératives ? Dans ce cas, le contrat ne pourrait y déroger. Ou ne sont-elles que de simples facultés, des dispositions supplétives que la volonté des parties pourrait outrepasser ?

La question essentielle du statut des exceptions commence à être discutée en doctrine³². Si auparavant, de nombreux spécialistes du droit d'auteur n'envisageaient les exceptions que comme de simples concessions accordées par l'auteur sur certains usages³³, de plus en plus de voix se font entendre pour réclamer que les exceptions soient considérées comme des règles juridiques à part entière³⁴, voire, disent certains, comme des droits de l'utilisateur.

Le législateur ne s'est pas encore risqué à trancher la question de manière définitive. Les directives européennes sur les logiciels et sur les bases de données confèrent à certaines exceptions une nature impérative, notamment aux exceptions de copie de sauvegarde, de décompilation et de correction d'erreurs relatives au logiciel, d'utilisation normale d'une base de données et d'extraction non substantielle du contenu de la base. Le contrat ne peut donc y déroger. On remarquera que la loi belge est le seul texte national, à notre connaissance, à reconnaître une nature impérative à l'ensemble des exceptions au droit d'auteur et droits voisins³⁵.

³¹ Cfr considérant 45 : « Les exceptions et limitations visées à l'article 5, paragraphes 2, 3 et 4, ne doivent toutefois pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet ». Cfr également considérant 52.

³² J. SPOOR, op.cit., p.37; L. GUIBAULT, "Document de discussion sur la question des exemptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère numérique", Rapport pour le Conseil de l'Europe, Groupe de Spécialistes sur la protection des ayants droit dans le secteur des médias, 1998; I. TROTTER HARDY, "Contracts, copyright and preemption in a digital world", 1 *Rich. J. L. & Tech.* 2 (1995), <<http://www.urich.edu/~jolt/v1i1/hardy.html>>

³³ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, op.cit. p. 171.

³⁴ HUGENHOLTZ, "Fierce creatures...", op. cit. ; PALLAS LOREN, op. cit., p. 21; L. GUIBAULT, op.cit.; TH. VINJE, "Copyright Imperilled", *E.I.P.R.*, 1999/4, p. 197.

³⁵ Article 23 bis de la loi belge du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins. Les rapports japonais et mexicains aux Journées d'Etude de l'ALAI de 1998 indiquent que les exceptions ne pourraient être évacuées par contrat. Toutefois les rapports n'indiquent pas s'il s'agit d'une règle législative, jurisprudentielle ou doctrinale. H. SAITO, "Rapport National : Japon", in *Les Frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, op.cit., p. 297; "Rapport national : Mexique", *ibidem*, p. 302.

Pour déterminer le statut des exceptions, on peut utilement se référer à leur fondement, c'est-à-dire à la ratio legis qui a présidé à leur reconnaissance³⁶:

1°- Exceptions traduisant en droit d'auteur le souci de garantir certaines libertés fondamentales : il a été expliqué ci-dessus que certaines exceptions sont la conséquence de libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression et d'information, la liberté de la presse et le respect de la vie privée. C'est le cas notamment de l'exception de parodie, de citation, de critique, de compte-rendu d'actualité ou encore des exceptions relatives aux usages privés des œuvres (respect de la vie privée). En raison du caractère d'ordre public des libertés qui sous-tendent ces exceptions, leur nature ne peut elle-même qu'être également d'ordre public. En conséquence, un contrat ne pourrait empêcher l'utilisateur d'exercer sa liberté d'expression.

2°- Exceptions fondées sur l'intérêt général: Les exceptions réservées à l'éducation et aux bibliothèques, aux archives et musées, ainsi que les exceptions pour les besoins de la justice et de l'Etat, garantissent l'intérêt général. Il va de soi que l'on ne peut admettre que la volonté privée, s'exprimant au travers du contrat proposé en ligne, puisse supplanter l'intérêt général. Toutefois, le droit d'auteur représente également un instrument au service de l'intérêt général en tant qu'instrument de promotion et de diffusion de la culture. A ce titre, il est donc indispensable de procéder à une balance des intérêts entre le droit d'auteur et l'intérêt sous-jacent à l'exception en cause, l'équilibre pouvant par exemple se traduire par un système d'indemnisation équitable des auteurs. Cette situation incite à penser que, dans ce cas, l'exception ne touche pas aux principes fondamentaux de la société (c'est-à-dire à l'ordre public), mais constitue plutôt une règle seulement impérative.

3°- Exceptions dites de market failure : lorsqu'une exception est exclusivement fondée sur une impossibilité pratique de faire respecter le droit de l'auteur, et qu'elle ne met par ailleurs en cause aucune liberté fondamentale ni aucun intérêt public, on pourra éventuellement reconnaître la possibilité, pour chaque Etat, de lui reconnaître un caractère supplétif (ainsi en va-t-il par exemple de l'exception relative aux enregistrements éphémères des organismes de radiodiffusion prévue à l'article 5, 2, d de la Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, ou de l'exception prévue à l'article 5, 3, i ou 5, 3, l).

³⁶ B. HUGENHOLTZ, "Adapting copyright to the information superhighway", in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer, 1996, p.94; Voir également L. GUIBAULT, op. cit.

4) La protection juridique des mesures techniques, troisième menace ?

a) « The answer to the machine is in the machine »

7. Les contrats ne suffiront pas à assurer une protection imparable aux œuvres. Des mécanismes techniques, principalement basés sur la cryptographie, permettront progressivement de sécuriser l'accès et la transmission des œuvres et de doubler la protection juridique de la loi et du contrat par une protection technique efficace. L'idée des mesures techniques est de répondre aux menaces apportées par la technologie en utilisant la technologie elle-même. Ce développement est illustré notamment par la phrase désormais célèbre de Charles Clark, "*The answer to the machine is in the machine*"³⁷.

Les technologies susceptibles d'être utilisées par les auteurs et autres titulaires de droit pour protéger leurs œuvres et prestations dans la société de l'information sont extrêmement diverses. Certaines ont été conçues spécifiquement pour répondre à la menace que le numérique apportait au droit d'auteur, d'autres ont été développées pour protéger indifféremment tout type de contenu numérique, qu'il soit soumis au droit d'auteur ou non. Il est difficile de dresser une liste précise des mesures technologiques existantes ou en cours de développement, de même qu'il est impossible de prédire l'avenir de ces technologies dans le domaine de la protection des œuvres soumises au droit d'auteur.³⁸ Ces procédés de protection reposent principalement sur deux techniques: la cryptographie³⁹ et la stéganographie⁴⁰, sciences centenaires qui connaissent un développement sans égal dans l'environnement numérique. Sur base de ces techniques repose un large éventail de modèles de protection ou de gestion des droits d'auteur: mécanismes interdisant ou limitant la possibilité de copie, systèmes de contrôle de l'accès aux œuvres, certification et marquage des œuvres en vue de leur gestion en ligne, processus d'authentification des œuvres par l'appareil de réception ou de lecture, sécurisation de la transmission, conclusion électronique de licences d'utilisation.

b) La protection juridique des mesures techniques

8. Le développement des mesures techniques apposées sur les œuvres a entraîné la naissance d'un nouveau dispositif juridique (voire d'un nouveau « droit de propriété intellectuelle ») qui protège cette technologie contre le contournement, l'altération ou la

³⁷ CH. CLARK, "The answer to the machine is in the machine", in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, op.cit., p.139-146.

³⁸ D. GERVAIS, *Gestion électronique des droits et systèmes d'identificateurs numériques*, Comité consultatif de l'OMPI sur la gestion du droit d'auteur et des droits connexes dans le cadre des réseaux mondiaux d'information, Première session, Genève, 14 et 15 décembre 1998.

³⁹ La cryptographie est le procédé mathématique qui permet de chiffrer une communication qui ne deviendra intelligible qu'après déchiffrement du message grâce à la clé appropriée et secrète.

⁴⁰ La stéganographie est "*l'art et la science de communiquer de manière à masquer l'existence même de la communication*". Dans l'environnement digital, il s'agit d'insérer en filigrane du message ou de l'œuvre, des données numériques qui deviennent ainsi indissociables du contenu et généralement invisibles. Cfr. S. DUSOLLIER, *Le droit d'auteur et son empreinte digitale*, *Ubiquité*, n° 2, Mai 1999, p. 31-47.

destruction. L'objectif de ce dispositif juridique est de pallier la faillibilité de la technique. Les mesures techniques peuvent en effet être neutralisées, "hackées" et un marché de dispositifs illicites, à l'instar des décodeurs pirates qui permettaient de décrypter certaines chaînes privées, pourrait se développer.

Lors de la Conférence diplomatique de 1996, les pays membres de l'OMPI n'ont pu s'accorder sur un régime de protection détaillé des mesures techniques de protection du droit d'auteur et droits voisins. Le texte du Traité demande aux Etats d'adopter une protection juridique "*contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits et qui restreignent l'accomplissement d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi*". L'article 11 du Traité OMPI sur le droit d'auteur et l'article 18 du Traité sur les Phonogrammes, ne précisent en aucune manière comment cette protection doit être organisée,⁴¹ ni quels sont les actes précis qui devraient être prohibés. Entière liberté est laissée aux Etats sur ce point, ce qui implique que les dispositions nationales risquent d'être peu harmonisées, même si, à l'analyse, les modèles américain et européen semblent avoir inspiré les autres législateurs⁴².

Le Digital Millenium Copyright Act instaure une triple protection des mesures techniques⁴³. D'une part, la neutralisation des mesures techniques qui contrôlent l'accès à une œuvre est sanctionnée. D'autre part, la commercialisation, la fabrication et la promotion de dispositifs permettant une telle neutralisation sont interdites. Enfin, une interdiction similaire s'étend aux dispositifs permettant la neutralisation de mesures empêchant l'accomplissement d'actes soumis à l'autorisation des auteurs (mesures anti-copie principalement). Le champ des technologies concernées est donc très large puisqu'il couvre aussi bien les mécanismes qui protègent des droits des auteurs, tels que le droit de reproduction, de communication ou de distribution, que les mesures de contrôle d'accès à l'œuvre, prérogative non incluse a priori dans les droits exclusifs de l'auteur.

La Directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information vise également à la fois l'acte de neutralisation et les activités dites préparatoires, à savoir la fabrication et la commercialisation de dispositifs illicites. Les mesures protégées sont définies comme "*toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE*"⁴⁴. Le Traité OMPI ne visait que les dispositifs techniques qui empêchent ou limitent l'accomplissement d'actes soumis au monopole exclusif de l'auteur, soit le droit de reproduction, de communication, ainsi que le droit moral. Le texte européen parle d'actes non autorisés par l'auteur, notion bien plus large. Une mesure technique empêchant l'accomplissement d'un acte réservé contractuellement par l'auteur, par exemple la

⁴¹ S. DUSOLLIER, "Electrifying the fence: the legal protection of technological measures for protecting copyright", *E.I.P.R.*, 1999/6, p. 285-297.

⁴² Pour une analyse des dispositions américaines, européennes et australiennes, voir S. DUSOLLIER et A. STROWEL, *La protection légale des systèmes techniques*, Atelier sur la mise en oeuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), Genève, 6 – 7 décembre 1999.

⁴³ J. GINSBURG, "Chronique des Etats-Unis", op.cit.; P. SAMUELSON, "Intellectual property and the digital economy : why the anti-circumvention regulations need to be revised", *Berk. Tech. L.J.*, 1999, vol.14, p. 519.

⁴⁴ Article 6, 3 de la directive du 9 avril 2001.

réalisation d'une copie de sauvegarde du logiciel, même au-delà de l'étendue de son droit, est donc couvert par la protection.

En outre, il est précisé, en accord avec le texte des Traités OMPI, que seuls seront protégés les dispositifs *efficaces*, cette effectivité étant définie de manière telle qu'elle couvre également les systèmes d'accès aux œuvres. En effet "*les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection*". Tant les technologies d'accès que les systèmes protégeant strictement les droits exclusifs sont visées par la protection. L'Australie et le Japon ont édicté des protections similaires pour les systèmes de contrôle d'accès aux œuvres⁴⁵.

c) Mesures techniques et menace sur le système des exceptions

9. Les systèmes techniques s'embarrassent peu des exceptions au droit d'auteur. Ils sont notamment susceptibles de « cadenasser » et de bloquer l'accès à des œuvres qui ne seraient pas ou plus protégées, ou d'empêcher l'exercice normal d'une exception reconnue par la loi sur le droit d'auteur. Dans ce cas, la mise en œuvre du droit d'auteur s'effectuerait en quelque sorte au-delà même de l'existence ou de l'étendue de ce droit, puisque la mesure technique de protection « bloquera » une œuvre contre un usage parfaitement autorisé.

Ceci implique que les utilisateurs qui souhaiteraient effectuer une reproduction ou une communication au public entrant dans le champ d'une exception ne pourraient le faire qu'en contournant la barrière technique. L'utilisateur devrait donc déployer des efforts d'ingéniosité et de compétence technique pour réaliser certains actes d'utilisation d'œuvre accomplis tout naturellement dans un environnement non numérique⁴⁶. Outre la compétence technique nécessaire pour vaincre la barrière technique, l'utilisateur se heurterait au fait que la mesure technique est protégée en tant que telle, de telle sorte que ce contournement serait interdit, indépendamment de la question de savoir si l'acte finalement visé est ou non autorisé au regard du droit d'auteur. En d'autres termes, la protection des mesures techniques signifiera que le fait de « sauter au-dessus de la barrière » pour pénétrer dans un verger sera considéré comme *illicite en soi*, et ce même si celui qui passe outre à la barrière n'a pas l'intention de voler de pommes ou bénéficie d'une exception légale lui permettant de s'emparer de certaines pommes...

Il est donc indispensable de préciser légalement les limites des protections techniques compte tenu de leur effet d'appropriation éventuelle du domaine public et de la restriction de l'accès à l'information qu'elles impliquent. Imaginons par exemple le cas des archives actuellement constituées par Spielberg sur les témoignages de l'Holocauste. S'il décidait de cadenasser cette masse d'informations par un système technique de protection contre paiement, l'accès à l'information, à l'histoire, à la mémoire de nos sociétés ne serait-il pas

⁴⁵ Voir A. STROWEL et S. DUSOLLIER, op.cit; TERUO DOI, "WIPO Copyright Treaty and Japanese Copyright Law: A comparative analysis", *R.I.D.A.*, n°186, Octobre 2000, p.155 et s.,; DAVID J. BRENNAN, "Locksmiths and Safecrackers in Cyberspace", *Digital Technology Law Journal*, 2000.

⁴⁶ SAMUELSON, P. (1996), "The Copyright Grab", *Wired 4.01*; TH; VINJE, "A brave new world of technical protection systems : will there still be room for copyright ?", *E.I.P.R.*, 1996/8, p. 431; M. LEDGER & J.P. TRIAILLE, op. cit; J. COHEN, "Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them", *Berk.T.L.J.*, Vol. 12, n°1, 1997, p.9.

mis en péril ? Le problème est similaire en ce qui concerne le respect des exceptions. Si, suite à l'usage d'une protection technique, l'utilisateur n'est plus capable de citer une œuvre, d'en faire une copie privée, de l'utiliser dans un but d'éducation ou d'information, la portée des exceptions dans le monde numérique deviendra purement théorique.

La légitimité des barrière technique empêchant l'exercice d'une exception au droit d'auteur est une des questions les plus épineuses des développements actuels. On peut difficilement mettre en doute le bien-fondé du recours aux mesures techniques pour sécuriser la transmission et la distribution des contenus digitaux (par exemple, dans le cadre du commerce électronique). Une telle sécurisation technique fait d'ailleurs bien plus partie de la protection du service et des prestations qu'offre le distributeur de contenus culturels que de la protection du droit d'auteur⁴⁷. Toutefois, ce bouclier technique s'ajoute à la protection juridique du droit d'auteur tout en la dépassant sur de nombreux points. En conséquence, l'équilibre complexe atteint en droit d'auteur entre protection et usages autorisés en raison de principes supérieurs devient fragile. Si les titulaires de droit sont fondés à utiliser la technologie pour sécuriser leurs œuvres, il convient simultanément d'apporter des correctifs légaux aux possibles abus de cette utilisation.

Une solution serait de trancher la difficile question du statut des exceptions dont nous avons parlé plus haut (si une exception est d'ordre public, tout acte rendant son exercice impossible est interdit). Cette solution n'est pourtant qu'imparfaite. La technologie est en effet aveugle et ne réagit qu'aux demandes d'actes techniques telles qu'une copie, une impression, un envoi, une lecture, un accès. Elle ne peut reconnaître le cadre dans lequel se réalise cet acte, ni a fortiori l'intention de l'utilisateur (telle que par exemple l'intention d'effectuer un usage strictement privé de la copie réalisée). Les conditions souvent subjectives posées à l'exercice d'une exception ne peuvent être analysées et reconnues par de tels dispositifs techniques. Un exemple en est le caractère impératif accordé par la directive européenne sur les bases de données à l'exception permettant à l'utilisateur légitime d'effectuer les actes nécessaires à une utilisation normale. Comment la mesure technique protégeant la base de données pourrait-elle déterminer ce qu'est une utilisation "normale"?

Une autre solution peut être trouvée dans le cadre des relations contractuelles entre les titulaires de droit et les utilisateurs. Les auteurs pourraient ainsi se voir contraints de fournir à certains types d'utilisateurs une copie de l'œuvre dépourvue des protections techniques, ou encore une copie dont la protection technique tiendrait compte du type d'exceptions que cet utilisateur est habilité à exercer. Cette solution ne concernerait toutefois que certaines catégories d'utilisateurs, tels les bibliothèques, les journalistes, les chercheurs, les enseignants, auxquels sont associés certaines exceptions déterminées. Un tel système pénaliserait les utilisateurs individuels qui ne se verraient pas reconnaître une telle possibilité. Par ailleurs, il faut bien admettre que cette solution aurait en outre l'inconvénient de transformer le régime des exceptions en une affaire de négociation contractuelle entre les ayants droit et quelques utilisateurs collectifs.

La directive européenne impose une solution particulièrement complexe, voire obscure⁴⁸. Ainsi, l'article 6 (4) dispose notamment que « en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits (...), les Etats membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations (...) puissent bénéficier desdites

⁴⁷ S. DUSOLLIER, "Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen", in *Le Droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Cahier du CRID n°18, Bruylant, 2000, p.25-52.

⁴⁸ Article 6 (4).

exceptions ou limitations 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 ». En substance, les Etats membres devront prendre des mesures – non définies – afin de permettre aux bénéficiaires d'exceptions d'accéder aux œuvres dans la mesure nécessaire pour exercer l'exception, et à condition que ces bénéficiaires ait un accès licite à l'œuvre (pas question donc d'exercer une exception sur une œuvre téléchargée illicitement). Toutefois, ces mesures étatiques ne seront applicables qu'en l'absence d'initiative des titulaires des droits (cela englobe-t-il les initiatives contractuelles monnayant les exceptions ?), ne sont obligatoires que pour certains cas d'exceptions⁴⁹ et elles ne s'appliqueront pas non plus aux œuvres mises à la disposition en ligne dans un cadre contractuel (ex : *music on demand*). Comme on le voit, la faculté des Etats d'imposer des mesures permettant l'accès aux œuvres pour l'exercice des exceptions est particulièrement limitée.

La loi américaine ne règle pas non plus directement la question de l'accès aux œuvres pour l'exercice des exceptions. Deux ans après l'adoption du DMCA, la Bibliothèque du Congrès et le *Register of Copyright* ont rendu un rapport examinant l'incidence des mesures techniques sur l'exercice du *fair use*⁵⁰, cette procédure devant se renouveler régulièrement. Toutefois, les conséquences de cette analyse sont assez limitées puisqu'il ne s'agit que d'exempter certaines catégories d'œuvres de la protection juridique des mesures techniques que nous examinerons plus loin. Par contre la légitimité des mesures techniques ne pourra pas être remise en cause.

Cette solution américaine pourrait néanmoins inspirer la création d'un Observatoire mondial chargé de considérer les effets de l'introduction des mesures techniques dans la protection du droit d'auteur sur l'accès à l'information et au domaine public, ainsi que sur l'exercice des limitations au droit d'auteur. Il est en effet difficile de déterminer à l'heure actuelle quels devraient être les garde-fous nécessaires alors que ces technologies sont encore peu utilisées en pratique. Il serait plus sage d'observer les conséquences de ces développements de manière continue. Un tel Observatoire doit nécessairement se créer au niveau mondial puisque la distribution des œuvres et des technologies protectrices se réalisera elle aussi à l'échelle globale.

d) Opportunité d'un troisième niveau de protection

10. La protection juridique des mesures techniques est parfois présentée comme un troisième niveau de protection des œuvres. Le premier niveau est constitué par la loi sur le droit d'auteur qui assure une protection opposable à tous portant sur les œuvres elles-mêmes. Les mesures techniques peuvent être comparées à un deuxième niveau de protection, en ce qu'elles assurent techniquement la protection de l'œuvre (ou le contrôle de l'accès à l'œuvre). Enfin, l'article 11 des Traités OMPI a ouvert la voie à un troisième niveau de protection, aujourd'hui consacré par la Directive, puisqu'il instaure une protection juridique de la mesure technique de protection: ainsi, l'œuvre est désormais protégée par la loi et par la technique, et la technique elle-même est protégée comme telle par la loi.

⁴⁹ L'Etat ne doit intervenir que dans le cas des exceptions de reprographie, au bénéfice des bibliothèques, des organismes de radiodiffusion, des institutions sociales sans but lucratif, des personnes souffrant d'un handicap, en matière d'éducation et de recherche, ainsi que pour l'exception dite de sécurité publique.

⁵⁰ J. GINSBURG, "Chronique des Etats-Unis", *R.I.D.A.*, janvier 1999, p.147 et suiv.

En conséquence, l'utilisateur qui accomplit un acte soumis à l'autorisation de l'auteur relativement à une œuvre protégée par un système technique se rend coupable de deux actes répréhensibles: la violation du droit d'auteur, d'une part, et la violation des dispositions relatives aux mesures techniques, d'autre part. L'utilité de cette double protection est contestable. En effet, si un utilisateur neutralise la barrière technique qui empêche la copie numérique de l'œuvre et réalise ainsi une copie illicite, il pourra être poursuivi sur base du droit d'auteur : pourquoi y ajouter une sanction pour la neutralisation du mécanisme de protection?

A contrario, un utilisateur peut neutraliser le verrou pour effectuer un acte de copie autorisé, par exemple dans le cadre d'une exception, ou pour avoir accès à l'œuvre sans accomplir postérieurement à l'accès des actes soumis à l'autorisation des titulaires de droit. Il peut également neutraliser le verrou pour avoir, par exemple, accès à une œuvre dans le domaine public, ou à un contenu informationnel non protégé. Il ne commet ici aucune violation du droit d'auteur mais reste susceptible d'être poursuivi pour la seule neutralisation de la mesure technique. Le simple accès, dans la mesure où il s'effectuerait moyennant la violation des mesures de sécurité, devient illicite. Le verrouillage technique de l'accès à une œuvre est protégé dans la mesure où son contournement est interdit, ce qui instaure une protection *de facto* de l'accès à l'œuvre, dont le contrôle deviendrait ainsi une prérogative du titulaire de droit sans que celle-ci soit pourtant prévue par la loi .

Or, le droit d'auteur ne règle pas à première vue *l'accès à l'information*. Dans l'environnement analogique, l'accès à l'œuvre par le public et sa consultation ne nécessitent aucune autorisation de l'auteur⁵¹. Lire un livre, voir un film, assister à un spectacle, regarder des œuvres plastiques n'implique généralement aucun acte soumis au droit d'auteur. Cette extension du monopole de l'auteur vers l'accès à son œuvre ne peut manquer d'étonner. On peut notamment s'interroger quant au fondement véritable de la protection de ces mesures.

En effet, si le souci de protéger les technologies relatives à l'accès se comprend parfaitement, il relève davantage de la protection de l'accès au service contenant les œuvres et surtout de la protection de la rémunération du service. Il s'agit donc davantage d'une préoccupation de l'exploitant ou du distributeur des œuvres que d'une protection directe des ayants droit. L'intérêt protégé à travers la sanction légale des mesures techniques est en réalité lié à la distribution des œuvres sur les réseaux et à la sécurité du commerce électronique. Cet intérêt mérite certes une protection, telle que par exemple celle de la directive européenne sur l'accès conditionnel⁵², qui ne sanctionne que les activités préparatoires, à savoir la fabrication et la distribution de dispositifs permettant la neutralisation des systèmes d'accès. Mais il faut reconnaître que cette protection ne peut se justifier par des considérations liées à la propriété intellectuelle. Il s'agit ici de protéger l'accès à un service, qu'il comporte des œuvres protégées ou non. Ce déplacement de la raison d'être de la protection technique et juridique devrait, à tout le moins, faire l'objet d'une réflexion plus approfondie, au risque de transformer la loi sur le droit d'auteur en une loi générale de sécurité informatique⁵³. La protection de l'accès conditionnel nous semble par

⁵¹ J. LITMAN, "The exclusive right to read", *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 1994, p. 42; S. DUSOLLIER, "Incidences et réalités d'un droit d'accès...", op.cit.

⁵² Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, *J.O.* L320, 28/11/1998, p. 0054-0057.

⁵³ P. SAMUELSON, "Intellectual property and the digital economy : why the anti-circumvention regulations need to be revised", *Berk. Tech. L.J.*, 1999, vol.14, p. 519.

ailleurs répondre adéquatement au besoin de protection demandé par l'OMPI. L'OMPI a d'ailleurs confirmé⁵⁴ que l'article 11 du Traité n'oblige pas les Etats membres à instaurer une protection juridique spécifique si le cadre législatif existant satisfait raisonnablement le besoin de protection⁵⁵.

En outre, la question de l'accès du public à certains contenus a toujours été une question centrale en droit de l'audiovisuel dont sont issues les dispositions relatives à l'accès conditionnel. Par exemple, dans le cadre d'une directive européenne sur l'accès conditionnel, on a évoqué la possibilité d'obliger les prestataires de services à garantir un accès libre à certains événements dits d'importance majeure pour la société, à l'instar de ce que prévoit la directive Télévision sans Frontières, notamment en ce qui concerne les événements sportifs. Une telle réflexion peut difficilement se mener dans le cadre du droit d'auteur qui se retranche généralement derrière les exceptions prévues par la loi pour garantir un accès à l'information.

Conclusion

Internet risque de mériter, pendant quelques années encore, sa réputation d'espace de tous les dangers. Pourtant, les auteurs, les artistes-interprètes, les producteurs s'y aventurent de plus en plus, à la fois pour ne pas laisser le champ libre aux pirates et contrefacteurs et pour y faire connaître et vendre leurs créations, prestations et produits. Cette appropriation, voire même ré-appropriation, de l'espace numérique s'accompagne d'une approche techno-légale de plus en plus consistante. D'une part, les efforts législatifs ont été nombreux pour renforcer la protection des droits d'auteur et droits voisins sur les réseaux. D'autre part, des technologies sont développées ou adaptées pour fournir une protection effective aux contenus numériques. Là aussi, la loi est intervenue pour protéger ces mêmes technologies protectrices.

Dans un contexte de commerce électronique qui grignote de plus en plus l'espace libre des réseaux, rien ne se partage, tout se vend et l'accès à la culture, aux loisirs, à l'art, à l'information, est payant et contrôlé, les acheteurs étant soigneusement étiquetés, profilés et fidélisés. Dans ce contexte, la grande communauté virtuelle dont rêvaient les premiers cybernautes est vouée à se fragmenter progressivement en une myriade de petites communautés, auxquelles l'accès se monnaiera en espèces sonnantes et trébuchantes ou en données personnelles. *"Cette ère nouvelle voit les réseaux prendre la place des marchés et la notion d'accès se substituer à celle de la propriété"*, annonce Jeremy Rifkin⁵⁶. Dans ce processus d'appropriation, le droit d'auteur et ses multiples extensions récentes sont appelés à jouer un rôle de premier plan. Il en va de même désormais de la criminalité informatique, de l'accès conditionnel et du droit des contrats. Et ce sont les grandes puissances de l'économie virtuelle qui, disposant des droits sur le plus grand nombre de ressources intellectuelles, exerceront le *"contrôle sur les conditions dans lesquelles les usagers peuvent accéder aux idées, aux connaissances et aux éléments d'expertise les plus appréciés"*⁵⁷.

Le droit d'auteur, en ce compris la protection des mesures techniques évoquée ci-dessus, risque de participer à cette appropriation des ressources intellectuelles au profit de quelques

⁵⁴ Intervention de Kurt Kemper, Atelier sur la mise en œuvre des Traités OMPI, 6-7 décembre 1999, Genève.

⁵⁵ En ce sens, A. LUCAS, Droit d'auteur et numérique, op.cit. p. 273 et suivantes.

⁵⁶ J. RIFKIN, *L'âge de l'accès – La révolution de la nouvelle économie*, La Découverte, 2000, p. 10.

⁵⁷ J. RIFKIN, op.cit., p. 12

uns, menaçant l'accès du plus grand nombre à l'information et trahissant la balance des intérêts qui pourtant le fonde. Le risque est alors grand de voir « l'acceptation sociale » du droit d'auteur diminuer au même rythme que son bourgeonnement et sa croissance excessive. C'est l'hypothèse de la dissolution par sursaturation et hypertrophie, dont les oncologues connaissent le processus létal. Ceux qui aiment le droit d'auteur doivent comprendre ce péril, et l'élaguer comme un jardinier les arbres de son jardin. Si le droit d'auteur est assurément le fleuve qui irrigue la culture dans son sens le plus large, encore faut-il veiller à ce qu'il n'inonde ni ne noie ce qu'il a pour mission de nourrir. Le moment est venu de rétablir et de renforcer les digues, et donc de préserver le système des exceptions garant de l'équilibre global du droit d'auteur.