

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les systèmes de gestion électronique du droit d'auteur et des droits voisins

Dusollier, Séverine

Published in:
Auteurs et Media

Publication date:
1998

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 1998, 'Les systèmes de gestion électronique du droit d'auteur et des droits voisins', *Auteurs et Media*, numéro 4, pp. 327-335.

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 systèmes de gestion électronique du droit d'auteur et des droits voisins

Séverine DUSOLLIER, Chercheuse au Centre de Recherches Informatique et Droit, Facultés Universitaires de Namur.

1. Introduction

"The answer to the machine is in the machine". Par cette phrase, Charles Clark introduisait pour la première fois dans l'arène du droit d'auteur l'idée qu'une réponse appropriée aux menaces de la technologie sur la protection et l'effectivité des droits exclusifs pouvait être apportée par la même technologie. Quelques années plus tard, ce propos a acquis le statut d'une rengaine bien connue. Le but de cet article est de montrer que, bien que la technologie soit susceptible d'apporter des solutions efficaces et nouvelles au problème de gestion de droits sur les réseaux tels qu'Internet, elle n'est pas sans poser d'autres questions essentielles. Nous examinerons également dans quelle mesure la réponse à ces questions qui s'attaquent aux fondements de notre droit doit trouver sa source dans la loi. A défaut d'une telle attention législative, les systèmes techniques évoqués ici risquent en effet de modifier en profondeur notre tradition et nos principes de droit d'auteur¹, principalement en ce qui concerne l'équilibre que le régime continental de droit d'auteur institue entre la protection privée et l'intérêt général.

2. Aperçu de systèmes techniques de protection et de gestion des droits.

Plusieurs outils, appareils ou innovations technologiques sont susceptibles de répondre à l'heure actuelle à la notion de systèmes techniques de protection et de gestion électronique de la propriété intellectuelle. Une tentative de classification de ces systèmes pourrait être la suivante :

- Les dispositifs techniques les plus anciens et sans doute les plus répandus à l'heure actuelle consistent en une protection de l'oeuvre par les caractéristiques techniques du support de celle-ci. On peut citer dans ce cadre les SCMS ou Serial Copy Management Systems, qui empêchent la réalisation de plus d'une copie de l'oeuvre ou les supports empêchant toute copie ou la rendant d'une qualité moindre tels que les DvD vidéos.

¹ Il est entendu que dans la suite de mon propos, l'appellation 'droits d'auteur' recouvre également les droits voisins, ainsi que le droit sui generis protégeant les bases de données non originales.

- D'autres procédés tels que le watermarking ou tatouage permettent de 'marquer' une oeuvre sous forme numérique de manière telle que toute modification de l'oeuvre pourra être décelée. On peut parler également d'enveloppe digitale. Il s'agit là surtout d'une protection contre les atteintes à l'intégrité de l'oeuvre. Le même procédé est également utilisé pour intégrer dans le code numérique de l'oeuvre un système d'identification. De tels systèmes sont actuellement développés par la CISAC sur le mode du célèbre ISBN. Ce Common Information System ou CIS a pour but notamment d'identifier les créations (sur ce point différents codes seraient appliqués à différents stades de la création, de l'oeuvre jusqu'à la fixation et le produit en résultant), les parties intéressées (qui sont soit les titulaires de droit, les auteurs, producteurs, éditeurs, titulaires de droits voisins) ainsi que les contrats passés entre ceux-ci relativement aux oeuvres.

- Une technique similaire de cryptographie peut également servir à bloquer l'accès à des oeuvres protégées.

- Enfin, les ECMS ou Electronic Copyright Management Systems sont des logiciels qui permettent la gestion électronique des droits de propriété intellectuelle principalement dans le cadre de la circulation des oeuvres sur le réseau. Ces ECMS peuvent être nommés ERMS ou Electronic Rights Management Systems, dans la mesure où ces systèmes sont susceptibles de gérer non seulement le copyright, mais également les droits voisins, le droit sui generis ou de simples droits contractuels².

Cet exposé se concentrera principalement sur cette dernière catégorie dans laquelle de plus en plus de produits sont développés et mis sur le marché, notamment dans le cadre de projets européens³. Par exemple, le projet Copearms⁴ travaille depuis trois ans sur les conditions techniques, économiques et juridiques de l'implantation des ECMS, principalement en ce qui concerne le logiciel Copysmart développé dans le cadre d'un projet européen antérieur. Nous verrons plus loin quels sont les possibilités qu'offrent de tels logiciels en matière de gestion du droit d'auteur. D'autres initiatives peuvent également être citées telles que le projet Imprimatur, le 'CORBA Licensing service specifications' développé par OMG (Object Management Group).

3. Définition et fonctions des ECMS

Il n'existe pas de définition reconnue d'un ECMS. A titre d'exemple, le Reference Model du projet Copearms⁵ offre la définition suivante :

² GERVAIS, D., (1997) *Electronic Right Management Systems (ERMS), The next logical step in the evolution of rights management*, <http://www.copyright.com/stuff/ecms_network.htm>

³ GONTHIER, D. AND AIGRAIN, P., (1998), *Toward Electronic Management and Trading of Intellectual Property*, <<http://www.cordis.lu/esprit/src/mm-elecmm.htm>>

⁴ <http://www.nlc-bnc.ca/ifla/VI/2/p5/proj5.htm>

⁵ <http://www.nlc-bnc.ca/ifla/VI/2/p5/ecms-01.pdf>

"un ECMS est un logiciel, ou éventuellement un produit hardware, associé avec une ou plusieurs applications protégées par des droits de propriété intellectuelle (tels qu'une base de données on-line ou un CD-ROM) visant à autoriser l'accès et l'utilisation de ces applications tout en gérant leurs droits de propriété intellectuelle".

Il faut rappeler ici que les mêmes logiciels peuvent également être utilisés pour gérer l'accès et l'utilisation d'applications qui ne sont pas protégées par un droit de propriété intellectuelle. Citons par exemple le cas de dossiers médicaux circulant sur un réseau interne à plusieurs hôpitaux et dont l'accès doit pour des raisons évidentes être fortement sécurisé et contrôlé.

Un ECMS peut accomplir les fonctions suivantes⁶ :

- enregistrer les termes et conditions des contrats conclus entre différents acteurs qui peuvent être des fournisseurs de contenu (auteurs, éditeurs, producteurs, universités, fonds d'archives, etc.) des fournisseurs de services (distributeurs, galerie commerçante électronique, détaillants, etc.), des autorités d'identification du contenu (Cisac, DOI, etc.), des banques, des autorités de certification, des sociétés collectives de gestion, des utilisateurs.

- intégrer les identifiants numériques des oeuvres, des titulaires de droits ou autres agents;

- gérer l'accès et l'utilisation des applications telles qu'effectués par les agents autorisés tout en empêchant des personnes non autorisées à accéder et à exploiter les oeuvres protégées, en interdisant par exemple d'en prendre des copies;

- intégrer des messages EDI;

- préparer à l'aide des relevés des opérations effectuées, les factures destinées aux utilisateurs et relevés de comptes pour les titulaires de droit dont les oeuvres ont été utilisées. Ces relevés peuvent également servir dans un but statistique et de marketing;

- permettre des paiements électroniques;

- assurer des fonctions de sécurité telles que l'authentification, l'intégrité des données, la protection des données pour des raisons de protection de la vie privée, la confidentialité, la non-répudiation des transactions effectuées;

- assurer l'interopérabilité du système avec d'autres ECMS ou d'autres systèmes, par exemple de paiement, de protection des données, etc.

⁶ Ces fonctions sont celles du logiciel Copysmart

L'avantage des ECMS pour les titulaires de droits est à la fois leur interactivité et leurs possibilités de contrôle des exploitations successives d'une oeuvre. La base de données ou la collection d'oeuvres gérée par l'ECMS peut s'enrichir constamment de nouvelles oeuvres par un simple apport on-line de celles-ci par l'auteur ou le titulaire de droits. Les usages et exploitations réalisées de l'oeuvre sont précisément détectées et suivies, ce qui garantit une répartition des droits des plus adéquates. En outre, tout élément du système est protégé contre d'éventuelles reproductions non autorisées et les licences et donc le fonctionnement du système peut être individualisé selon les types d'utilisateurs (établissements d'enseignement, particuliers, entreprises, etc.).

Un exemple récent d'une utilisation d'un système tel qu'un ECMS pour gérer électroniquement des droits d'auteur sur le réseau tel qu'Internet pourrait être le projet ELISE II, projet de recherche financé par la Commission Européenne regroupant des universités et bibliothèques. Le but du projet est de constituer une base de données d'images on-line à destination principalement des institutions d'enseignement supérieur. La particularité de ce projet est que la base de données regroupe à la fois des reproductions d'oeuvres d'art à l'usage de l'enseignement artistique et des images médicales à l'usage des facultés de médecine et de sciences et sort donc du champ strict de la propriété intellectuelle.

4. Aspects juridiques des ECMS

a) Nécessité d'une prise en compte globale de la licéité des ECMS et autres systèmes techniques

Les mesures techniques de gestion soulèvent une multitude de problèmes juridiques jusqu'ici largement étrangers au droit d'auteur. Il est toutefois important de prendre en compte ces différentes questions à chacun des stades de développement du système. D'une part, parce que de nombreuses obligations prévues dans les matières particulières que nous exposons brièvement ci-dessous, devront impérativement être 'moulées' dans la technologie elle-même. C'est le cas notamment des obligations d'information de l'utilisateur, de conservation de preuves de la transaction, de la sécurité des données.

D'autre part, il nous paraît important que la large protection que l'on envisage à l'heure actuelle d'accorder à de tels dispositifs techniques, garantisse le respect de la vie privée⁷ et des droits du consommateur.

Il est important de souligner dès à présent trois caractéristiques essentielles des ECMS qui influenceront considérablement les développements juridiques qui vont suivre :

1. Un ECMS enregistre les termes de contrats conclus entre les différents acteurs impliqués dans le système afin de pouvoir gérer les droits de propriété intellectuelle selon les termes de ces contrats (par exemple en permettant autant de copies pour un

⁷ OPPENHEIM, CH., (1996), Legal Issues associated with Electronic Copyright Management Systems, <<http://ukoln.bath.ac.uk/ariadne/issue2/copyright/intro.html>>

utilisateur donné, en les interdisant pour un autre, etc...). Ces contrats de licence électroniques se forment soit par écrit préalablement à l'utilisation du système (par exemple si les parties sont en relation commerciale suivie ou décident d'utiliser l'application protégée par un ECMS sur un longue durée), soit par voie électronique lors de chaque utilisation de l'application (ce sera plus souvent le cas lorsque l'utilisateur est occasionnel). La technologie se contente de refléter les contrats de licence. La liberté contractuelle trouve ici tout son sens sous la réserve importante des dispositions impératives ou d'ordre public, qui à défaut d'avoir été respectées dans le contrat doivent l'être par le système technologique. Nous en verrons un exemple plus loin en matière d'exceptions au droit d'auteur.

2. Un ECMS est une technologie neutre en ce sens que le système n'est pas compétent pour vérifier que son fonctionnement s'effectue dans le respect des prescriptions légales en vigueur. La programmation du système doit donc suppléer à cette carence du système.
3. Un ECMS est par définition universel et a vocation à s'appliquer dans un environnement on-line qui ne connaît pas de frontières, ce qui complique bien évidemment la question du respect des lois compétentes.

b) Formation des contrats par voie électronique

Le fonctionnement d'un ECMS implique la conclusion de nombreux contrats par voie électronique que ce soit entre le titulaire de droits et le producteur de l'application, entre le producteur et le diffuseur, ou entre le diffuseur et les utilisateurs. Ces contrats électroniques posent principalement des problèmes en matière de preuve du consentement. Ceci est particulièrement vrai lorsque l'auteur recourt à un ECMS pour effectuer une cession de droits, dans la mesure où de nombreuses lois nationales⁸ requièrent que toute cession soit prouvée par écrit dans un but de protection de l'auteur.

Or, dans l'état actuel de nos législations, un document électronique ne peut valoir comme écrit. Des discussions ont cependant pris place depuis quelques années sur la force probante des documents électroniques, que ce soit dans le cadre de l'EDI⁹ ou de l'utilisation de la signature digitale et des autorités de certification. Un projet de loi belge sur ce point est d'ailleurs en cours de rédaction afin de reconnaître comme moyen de preuve des documents électroniques revêtus d'une signature digitale réalisée sur base de certificats émis par des autorités de certification agréées. Une proposition de Directive Européenne va dans le même sens¹⁰.

Il est donc essentiel que les ECMS puissent être interopérables avec de tels systèmes de signature digitale. Il peut également être utile de passer des conventions de preuve, telles que prévues par l'accord européen en matière d'EDI ou dans la loi Modèle de l'UNCITRAL

⁸ voir les différents rapports nationaux sur la protection des auteurs et artistes interprètes par les contrats individuels, in *Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, Congrès ALAI 97, (éd.)Yvon Blais, Québec, 1998.

⁹ Voir L. ELIAS, J. GERARD, G.K. WANG, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Cahiers du Crid n°8, 1992, p. 115

¹⁰ Proposition de Directive du Parlement et du Conseil Européen sur un cadre commun pour les signatures digitales, COM(1998)297/2, considérant 34.
disponible sur <<http://www.ispo.cec.be/eif/policy/com98297.html>>

en matière de commerce électronique, lorsque les transactions opérées par le système technique se situent dans le cadre de relations d'affaires suivies.

c) Protection des données personnelles

On peut facilement déduire des différentes fonctions de l'ECMS exposées ci-dessus, que de nombreuses données personnelles sont susceptibles d'être collectées et traitées cette technologie, qu'il s'agisse des données relatives aux titulaires de droit, aux utilisateurs du système, ainsi qu'aux personnes qui accèdent sans autorisation à l'application protégée¹¹. En raison du caractère interactif et transnational des réseaux dans lesquels s'effectue cette gestion électronique, les données ainsi collectées sont susceptibles d'être traitées avec une grande facilité et pour des buts dont la personne concernée n'a peut-être pas conscience, tels que le cybermarketing, la réalisation de profilages précis du consommateur selon ses habitudes de 'consommation', etc.

L'opérateur de ECMSs et tout autre acteur du système qui pourrait être considéré, en vertu de la loi belge du 8 décembre 1992 sur la protection des données personnelles, comme le maître des fichiers constitués par le fonctionnement du système, devra en conséquence veiller au respect des obligations suivantes :

- * assurer la sécurité des données
- * notifier le traitement à l'autorité nationale compétente (en Belgique il s'agit de la Commission de la Protection de la Vie Privée)
- * déterminer et respecter un but légitime au traitement (il peut s'agir de la gestion commerciale de l'ECMS, du traitement commerciale des données à des fins propres, éventuellement de la commercialisation des données à des fins de marketing)
- * informer la personne concernée de l'existence du traitement de son ou ses buts et de son droit d'accéder aux données et de s'opposer au traitement
- * s'assurer de l'exactitude des données.
- * s'interdire de collecter et traiter des données sensibles (définies comme des données relatives à ...)

La Proposition de Directive Européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur envisage d'ailleurs la question dans l'exposé des motifs en recommandant d'incorporer les principes de la protection de la vie privée dans les fonctions des dispositifs techniques de protection¹².

d) Protection du consommateur.

¹¹ B. DE NAYER, *Droit d'auteur et protection des intérêts des consommateurs dans la société de l'information*, R.E.D.C., 1998, p.16

¹² Proposition de Directive du 10.12.1997, COM(97)628 final, considérant 34, ci-après Proposition de Directive droit d'auteur.

Une directive européenne récente¹³ régit le régime des contrats à distance qui est définie comme *tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même.*

Cette définition couvre toute transaction réalisée on-line sur des réseaux ouverts tels qu'Internet et donc les ECMS opérant dans un tel environnement, en dépit du fait que ce mode de communication ne figure pas expressément dans la liste des techniques figurant à l'annexe I de la directive.

En conséquence, le consommateur doit être informé préalablement à la conclusion du contrat notamment sur l'identité du fournisseur, les caractéristiques des biens et services, les frais de port, etc. Une confirmation de ces informations par écrit ou sur un autre support durable doit ensuite être communiquée au consommateur, ce qui repose la question de la validité de tels documents envoyés par e-mail ou on-line.

Le consommateur dispose également d'un droit de rétractation, qui ne pourrait toutefois être très pertinent en matière de licence on-line d'oeuvres protégées, dans la mesure où la directive prévoit une exception à ce droit soit, lorsqu'on se trouve en présence de contrats de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours normalement prévu pour l'exercice du droit de rétractation, soit en cas de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques scellés par le consommateur. Sur ce dernier point une analogie pourrait être dressée avec des oeuvres protégées par un droit de propriété intellectuelle et décryptées par le consommateur en contrepartie du paiement de la licence d'utilisation.

e) Propriété intellectuelle

C'est bien évidemment dans le domaine du droit d'auteur que les systèmes techniques de gestion électronique de droits risquent d'apporter une véritable révolution à la fois technologique et philosophique.

Mais avant tout, il est utile de faire une petite parenthèse sur une particularité de la loi belge en la matière qui risque de freiner le déploiement d'ECMS et autres systèmes de gestion sur notre territoire. La loi belge définit en effet et de manière précise, les sociétés de gestion de droit d'auteur -elle constitue à notre connaissance le seul système européen comprenant une telle définition, les autres lois nationales se référant probablement au sens commun afin de déterminer à quels organismes appliquer le régime des sociétés collectives d'auteurs. Ainsi, l'article 65 de la loi du 30 juin 94 dispose que "*est soumis aux dispositions du présent chapitre quiconque perçoit ou répartit des droits reconnus par la présente loi, pour le compte de plusieurs titulaires de droit*". Une telle formulation ne nous paraît pas exclure les personnes responsables de la gestion d'un ECMS dans la mesure où ce type de dispositif permet à la fois de percevoir des droits pour chaque utilisation de l'oeuvre ou pour une utilisation limitée d'un répertoire et de répartir les rémunérations adéquates à chaque titulaire de droits. Une analogie pourrait être dressée avec le système des grands

¹³ Directive 97/7/CE Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 20 Mai 1997 Concernant La Protection Des Consommateurs En Matière De Contrats À Distance.

orchestres qui en Belgique ont suivi la procédure d'autorisation ministérielle relativement à leur activité de répartition des droits. La conséquence de cette définition large serait que les gestionnaires de systèmes de gestion électronique, établis en Belgique ou n'y exerçant même qu'une partie de leur perception et répartition (ce qui, dans un environnement tel qu'Internet, semble assez facilement acquis) seraient soumis au régime assez lourd du chapitre VII de notre loi réglementant les sociétés de gestion de droits. Une telle conséquence paraît un peu absurde eu égard au fondement de ces dispositions protectrices. Or, rien dans la définition ne nous semble pouvoir exclure une telle extension.

Plus fondamentalement, l'utilisation de systèmes techniques de protection et de gestion des oeuvres que ce soit off-line ou on-line bouleverse sensiblement les principes mêmes de notre protection par le droit d'auteur en substituant la technologie à la loi et soulève des questions particulières quant à l'équilibre institué par notre régime de protection entre droit des auteurs et accès à l'information.

L'application de la loi par la technologie.

Face au développement de systèmes de protection et de gestion électronique des droit d'auteur et droits voisins, on peut craindre que la technologie ne soit tentée de se substituer à la loi pour régir les conditions de protection, l'étendue de celle-ci et l'exercice des sanctions. Certains auteurs ont évoqué une certaine 'marginalité du droit d'auteur'¹⁴. Le critère d'originalité ne serait plus la condition de la protection qui serait accordée principalement par la 'machine', les droits exclusifs de reproduction et de communication au public ne seraient plus une prérogative légale mais une prérogative uniquement technique, les exceptions aux droits ne seraient plus garanties (ou tolérées- nous reviendrons sur ce débat) par la loi mais aménagées, voire interdites, par la machine. Il ne nous semble pas que le droit d'auteur se verrait marginalisé par ces mesures techniques mais bien au contraire, qu'il sort renforcé du recours à la technologie. A ce titre on pourrait parler, à l'instar de la protection de la vie privée, de 'copyright enhancing technologies'. Ce qui risque d'être fortement marginalisé par contre est la place de la loi dans la sanction et la garantie de la propriété littéraire et artistique.

La remise en cause de l'équilibre établi par le droit de la propriété intellectuelle

La majorité des régimes de droit d'auteur réalisent un compromis entre la protection de la création et des droits de propriété intellectuelle sur celle-ci et la protection d'intérêts publics ou de droits fondamentaux des personnes¹⁵, tels que l'accès à l'information et à la culture, la liberté d'expression, la conservation d'archives, etc¹⁶. Cet équilibre est entre autres matérialisé dans la limitation de la durée et de l'objet de la protection, dans la définition des droits exclusifs garantis et dans le système des exceptions à ces droits.

¹⁴ A. STROWEL, J.P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Cahiers du CRID, 1997, p. 457

¹⁵ Certains auteurs confondent parfois ces droits fondamentaux avec la volonté des entreprises d'accomplir certains actes d'exploitation d'oeuvres protégées, par exemple la décompilation (voir Th. VINJE, A brave new world of technical protection systems: will there still be room for copyright ?, E.I.P.R., 1996, p. 431.). Nous rejoignons sur ce point l'opinion de l'ABDA exprimée à l'occasion de la proposition de Directive droit d'auteur en rejetant ce genre d'amalgame.

¹⁶ LITMAN, J., (1997) New Copyright Paradigms, <<http://www.msen.com/~litman/paradigm.htm>>

Or, face à l'émergence de la Société de l'Information, les titulaires de droit, se sentant menacés et sans doute à juste titre, ont demandé un renforcement de leur protection. Ce renforcement commence à apparaître dans des instruments législatifs internationaux et nationaux, par exemple en ce qui concerne l'étendue du droit de reproduction du droit de communication, la refonte des exceptions. Il faut rappeler que les caractéristiques techniques de réseaux tels qu'Internet supposent que l'utilisation d'oeuvres implique nécessairement une reproduction de celles-ci. De ce fait, les usages libres des oeuvres se réduisent à peau de chagrin. Or face à cette modification profonde des conditions d'exploitation des oeuvres sur les réseaux, on n'a jusqu'à présent développé une réponse qu'aux menaces que cette modification fait planer sur les droits des auteurs et autres titulaires. Une seule branche de l'équilibre n'a en conséquence été envisagée pour le moment et il nous paraît essentiel que l'autre branche de l'équilibre, à savoir les conditions d'utilisation des oeuvres par les utilisateurs et le public, soit examinée de manière égale.

A cela se rajoute l'emprise des protections techniques qui permettent de passer outre les limites posées par la loi au droit d'auteur¹⁷. Ceci implique que les utilisateurs qui souhaiteraient effectuer une reproduction ou une communication au public comprise dans le cadre des exceptions aux droits exclusifs ne pourraient le faire qu'en contournant la protection. L'utilisateur devrait donc déployer des efforts d'ingéniosité et de compétence technique pour accomplir certains actes d'utilisation d'oeuvre accomplis tout naturellement dans un environnement traditionnel non numérique. D'autant plus que les instruments éventuellement à sa disposition pour le faire seraient de toute évidence sanctionnés par les dispositions que nous envisagerons ci-après¹⁸.

Il nous apparaît donc indispensable d'une part de préciser légalement quelles pourraient être les limites des ECMS et autres protections techniques quant à leur éventuelle appropriation du domaine public et quant à la restriction de l'accès à l'information qu'ils apportent. Dans la mesure où cet accès à l'information est garanti par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, une telle réflexion doit prendre place au plus vite sous peine de voir se développer une appropriation illimitée de choses par essence ou par législation inappropriables. 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, la mémoire de nos sociétés ne seraient-ils pas mis en péril ?

Le problème est similaire en ce qui concerne le respect des exceptions. Pourrait-on pour des raisons de recherches accéder aux informations détenues par Spielberg ? Une solution serait de trancher la difficile, et encore assez inédite, question du statut de ces exceptions. En effet, dans la mesure où les systèmes techniques ne reflètent que les termes des contrats, déterminer qu'une exception précise est de nature impérative ou d'ordre public empêcherait qu'une protection technique n'y déroge¹⁹. Une classification possible des exceptions pourrait reprendre les distinctions opérées par le professeur Hugenholtz²⁰:

1. les exceptions qui sont l'expression de droits fondamentaux tels que l'accès à l'information, la liberté d'expression, la liberté de la presse ou la protection de la

¹⁷ LEDGER, M., (1998), The Ambiguous Neutrality of Electronic Copyright Management Systems : An Impossible Challenge ?, to be published in *E.I.P.R*

¹⁸ SAMUELSON, P. (1996), The Copyright Grab, *Wired 4.01*

¹⁹ HARDY, T.I., (1995) Contracts, Copyright and Preemption in a Digital World, *Richmond Journal of Law and Technology*, 1995/1, <<http://www.urich.edu/~jolt/v1i1/hardy.html>>

²⁰ HUGENHOLTZ, B., (1997), Rights, Limitations and Exceptions : Striking a Proper Balance, Keynote Speech at the Imprimatur Consensus Forum, 30/31 October 1997, Amsterdam

vie privée : pourraient y figurer l'exception de parodie, la citation à des fins de critique, de polémique, la citation informative

2. les exceptions qui traduisent des intérêts publics divers : par exemple l'exception reconnue à la Cinémathèque royale, les dispositions relatives à la recherche, à l'enseignement, au prêt.
3. les exceptions qui constituent des réponses à des défauts du marché ou 'market failure': on y range traditionnellement la copie privée et la reprographie qui n'ont constitué que des aménagement (de nombreux auteurs insistent sur le fait que ce n'était que temporaire) à des possibilités techniques de reproduction qui réduisent considérablement l'exercice des droits de l'auteur.

Seuls pourraient être considérées d'ordre public les deux premières catégories, avec probablement quelques réserves en ce qui concerne les exceptions de la deuxième catégorie. Cette question reste toutefois encore très controversée. Seul le législateur, qu'il soit national ou européen, nous paraît légitimement habilité à trancher sur ce point, de la même manière qu'il l'a déjà fait en matière d'exceptions à la protection du logiciel et des bases de données.

Un second point mérite d'être soulevé. La gestion électronique et la conclusion de licence on-line opérées par les ECMS s'apparente dans de nombreux cas à des contrats d'adhésion et à l'acceptation de conditions générales par un simple 'click' effectué par la souris de l'ordinateur. Selon une certaine jurisprudence le consentement du cocontractant adhérent au contrat se limite aux conditions générales qui ne sont pas manifestement dérogatoires au droit commun. A ce titre, qu'en serait-il de conditions générales empêchant la reproduction privée d'oeuvres, même si c'est exception est jugée supplétive ?²¹

5. La protection des systèmes techniques

Dès l'annonce du développement des dispositifs techniques, les titulaires de droits ont cherché à empêcher le contournement de ces dispositifs par une autre technologie. De nombreux textes législatifs ou propositions de textes ont dès lors sanctionner une grande part d'activités visant directement ou non ce contournement²².

Notre loi du 30 juin 1994 sur la protection juridique des logiciels transposant la Directive européenne en la matière, comprend une disposition sanctionnant ceux qui "*mettent en circulation ou détiennent à des fins commerciales tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation des dispositifs techniques qui protègent le programme d'ordinateur*".

Les traités adoptés en décembre 1996 par l'OMPI demandent aux Etats signataires du traité d'adopter une protection juridique "*contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en oeuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs*

²¹ GUIBAULT, L., (1998), Contracts and Copyrights Exemptions, Institute for Information Law, available at <<http://www.imprimatur.alcs.co.uk>>

²² M. LEDGER, op. cit.

droits et qui restreignent l'accomplissement ... d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi"²³.

Enfin la récente proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur impose aux Etats Membres d'instaurer "une protection juridique appropriée contres toutes les activités, y compris la fabrication ou la distribution de dispositifs ou la prestation de services qui n'ont qu'une raison commerciale ou utilisation limitée autre que la neutralisation des dispositifs techniques et que la personne concernée exécute en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elles permettront ou faciliteront la neutralisation non autorisée de toute mesure technique efficace destinée à protéger tout droit d'auteur ou droit voisin..."²⁴.

On peut encore citer une autre proposition de directive sur la protection des services à accès conditionnel, ceux-ci étant définis comme "toute mesure et/ou dispositif technique subordonnant l'accès au service sous une forme intelligible à une autorisation individuelle préalable visant à assurer la rémunération de ce service"²⁵. Bien que cette directive exclut expressément de son champ d'application la protection des droits de propriété intellectuelle, nous verrons plus loin que les systèmes techniques qu'elle entend protéger et les activités, outils ou prestations de contournement qu'elle juge illicites sont assez similaires aux protections instaurées en matière de droit d'auteur.

Outre l'abondance de ces textes et protections -et encore nous sommes nous limités au territoire européen-, ces dispositions présentent le danger d'être contradictoires et confuses car les sanctions qu'impliquent chacun de ces textes s'appliquent à des activités éparses et requièrent des conditions sensiblement différentes.

Ainsi, les activités illicites sont la mise en circulation et la détention à des fins commerciales selon la loi sur la protection des programmes d'ordinateur, toutes activités dont la fabrication et la distribution de dispositifs ou la prestation de services pour la proposition de directive sur le droit d'auteur, la fabrication, l'importation, la vente et la détention à des fins commerciales, l'installation, l'entretien et la promotion de dispositifs illicites selon la proposition de directive accès conditionnel. Le texte des traités de l'OMPI est plus large puisqu'il parle de la neutralisation des mesures techniques ce qui laisse une grande liberté d'appréciation aux Etats.

Le critère même de l'illicéité du dispositif varie largement. En matière de protection de logiciels, il s'agit de tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation de dispositifs techniques de protection. En matière de protection du droit d'auteur et de droits voisins, le critère proposé par la Commission Européenne est celui de la raison commerciale ou utilisation limitée autre que la neutralisation des dispositifs techniques. Quant à l'accès conditionnel, il suffit que l'équipement ou le logiciel soit conçu ou adapté pour permettre l'accès non autorisé à un service protégé pour être jugé illicite.

Dans la directive droit d'auteur s'y ajoute la condition de la connaissance des potentialités de neutralisation du dispositif des prestations.

²³ REINBOTHE, J., MARTIN-PRATT, M. AND VON LEWINSKI, S., (1997) The New WIPO Treaties : a First Résumé, *E.I.P.R.* 1997/4, 173

²⁴ Proposition de Directive droit d'auteur, op. cit., art. 6

²⁵ Proposition de directive relative à la protection des service sà accès conditionnel, 9/7/1997, disponible sur <<http://www2.echo.lu/legal/en/converge/condaccess.html>>

Ces textes apparaissent avoir un champ d'application différent, ce qui pourrait justifier la disparité de leur objet. Une telle assertion n'est pourtant pas conforme à la réalité. Les dispositifs ou équipements permettant de neutraliser des mesures techniques seront probablement identiques, qu'il s'agisse d'accéder à un service, à des oeuvres ou prestations protégées ou à un logiciel. De plus, les mesures techniques qui font l'objet de la protection ne se rangent pas elles-mêmes forcément dans une catégorie bien définie. Leur objectif peut être à la fois de permettre l'accès à un service (par exemple une base de données de films), de gérer les utilisations relatives à des oeuvres disponibles dans le cadre de ce service, de protéger le logiciel qui sous-tend le service. Comment le fabricant de technologies qui pourraient être utilisées ou détournées de leur fonction afin de contourner illicitement des dispositifs de protection pourrait-il s'y retrouver ? L'opérateur de telles mesures techniques risque également de brouiller la frontière entre ces différentes fonctions. Pour des raisons fiscales notamment, il pourrait être plus avantageux de déclarer que le prix relatif à l'accès à son service représente des royalties perçues en contrepartie d'oeuvres protégées plutôt que de percevoir un prix forfaitaire pour accès conditionnel.

C'est sur ce point que les deux propositions de directives paraissent à la fois contradictoires et surabondantes. D'autant plus que la proposition droit d'auteur limite l'objet de sa protection aux mesures techniques efficaces, à savoir lorsque l'oeuvre n'est rendue accessible à l'utilisateur que grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé, y compris par décryptage ou désactivation du brouillage ou autre modification de l'oeuvre ou objet protégé. La différence avec la notion d'accès au service utilisée dans la directive accès conditionnel est minime. Dans certains cas, une telle définition pourrait réduire à néant l'utilité de cet article 6 de la directive. Imaginons le cas notamment d'un service multimédia librement accessible au public mais où toute reproduction est interdite par une protection technique. Dans ce cas, aucune activité de contournement ne pourrait être illicite, la protection contournée n'étant pas réputée efficace selon les termes de la proposition de directive.

En outre, le principe même de sanctionner en amont du contournement, en visant la fabrication et autres actes de distribution est en soi peu pertinent²⁶. Comment savoir lors de la fabrication quel usage sera fait du système développé ? Il est tout aussi incohérent de prévoir une absence de sanction lorsque des contournements sont effectués pour des actes autorisés par l'auteur ou permis par la loi²⁷. Ce que la technique est capable de faire est de permettre un accès, une reproduction d'un contenu en défiant sa protection technique. Mais le principe de neutralité de la technologie ne lui permet pas de juger du but de la reproduction (comment juger qu'une reproduction est réalisée dans un but de recherche, de critique ?).

En conclusion sur cette question de la protection des dispositifs techniques, nous rejoignons certains auteurs²⁸ qui préconisent l'adoption d'une telle protection législative non pas directement liée au droits de propriété intellectuelle mais englobée dans la matière plus générale de la criminalité informatique. Il apparaît en effet de l'ensemble des protections que nous avons évoquées que leur fondement se situent plus du côté de la protection de l'investissement consacré à la technologie assurant la protection. En conséquence une législation (au moins européenne, au mieux internationale) sanctionnant

²⁶ Th. VINJE, op. cit., p. 431.

²⁷ Ce que prévoit explicitement le texte du Traité de l'OMPI et un peu moins explicitement le texte de la proposition de directive sur le droit d'auteur.

²⁸ LEDGER, M. AND TRIAILLE, J.P., (1997) Dispositions contre le contournement des dispositifs techniques de protection, in *Copyright in Cyberspace*, ALAI Study Days, Amsterdam, June 1996, Ed. ALAI, 1997. <<http://www.droit.fundp.ac.be/espacedroit/textes>>

l'accès non autorisé aux réseaux et tout autre contournement non légitime de dispositifs techniques nous paraît plus appropriée. Cependant, l'adoption de telles mesures devra impérativement être précédée d'une réflexion d'ensemble sur l'accès aux réseaux et à l'information ainsi que d'une nécessaire prise en compte de l'équilibre instauré en matière de droit d'auteur.

6. CONCLUSION

Il n'est pas question de dénier les bénéfices que des dispositifs de protection et de gestion électronique d'oeuvres ou autres objets protégés pourraient apporter au droit d'auteur traditionnel. La technologie opère sur ce point un juste retour des choses en se préoccupant des problèmes qu'elle a créés. Toutefois, les dispositifs techniques ne sont pas une panacée universelle et ne pourront se développer que s'il est tenu compte de toutes les questions juridiques qu'ils posent à leur tour.

Le législateur national et européen doivent fournir une réponse claire à ces questions notamment en ce qui concerne la possibilité de cadenasser techniquement le domaine public, la nature des exceptions et la sauvegarde de l'équilibre entre protection et d'autres intérêts publics et droits fondamentaux. Une protection des mesures techniques de protection ne pourrait être assurée que dans un tel contexte. Le respect des législations de protection de la vie privée et des droits des consommateurs devrait également être particulièrement considéré par ces systèmes.

Enfin, la sanction des dispositifs de contournement devrait prendre place dans une législation plus générale en matière de criminalité informatique, dépassant la simple protection des droits intellectuels. Une telle législation en gagnerait en cohérence.

En conclusion, la réponse à la machine est sans doute dans la machine, mais nécessairement encadrée par la loi.